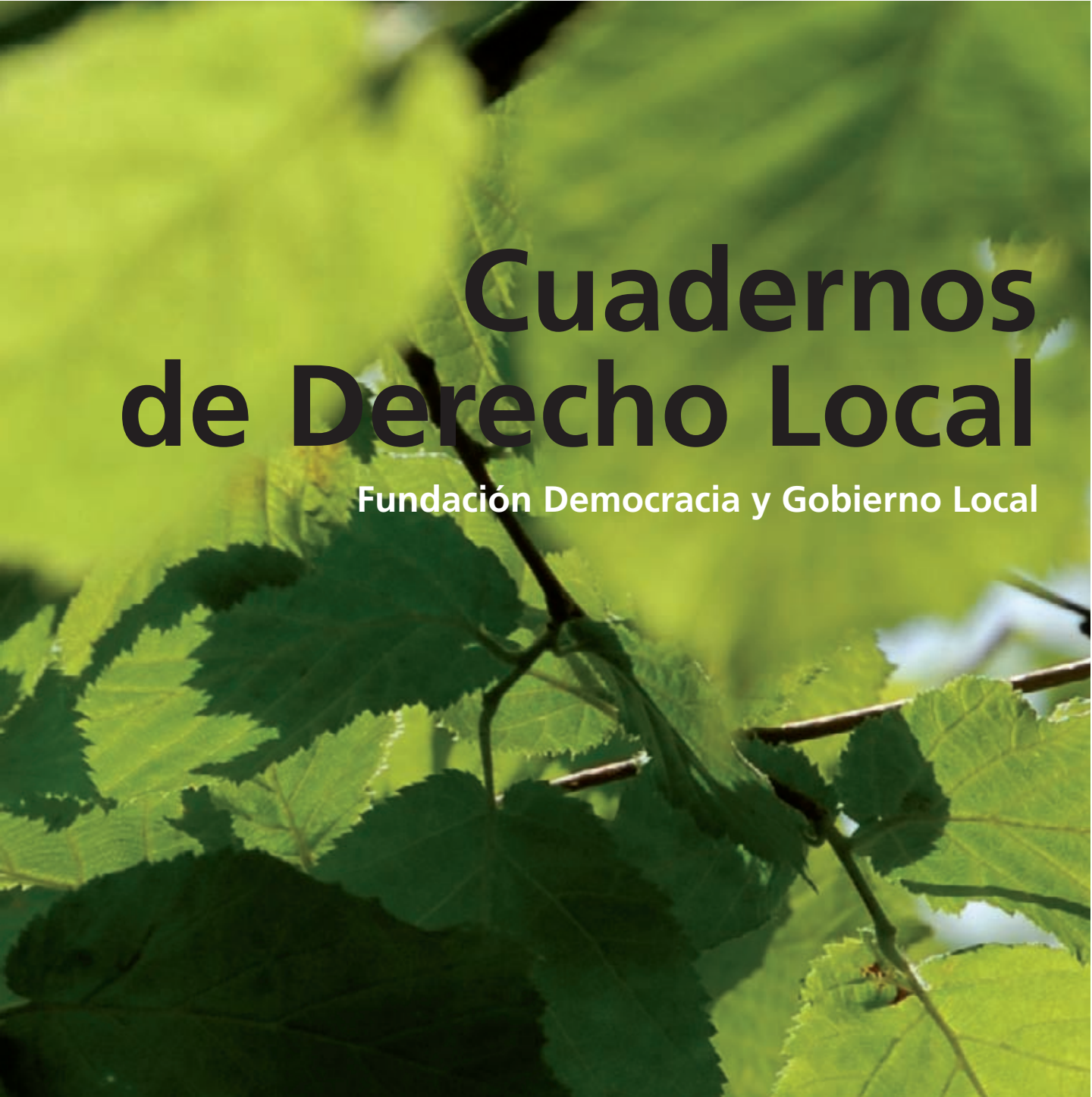




Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

23 QDL

Junio de 2010



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local

23

Junio de 2010



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Consejo científico

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

Directores

Manuel Medina Guerrero
Domènec Sibina Tomàs

Coordinadora

Petra Mahillo García

Edición

© Fundación Privada Democracia y Gobierno Local
Rambla Catalunya, 126
08008 Barcelona

General Castaños, 4, 2º dcha.
28004 Madrid

Producción

Edicions Saldonar

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

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

	Domènec Sibina Tomàs
5	Presentación
	Petra Mahíllo García
7	La incidencia de la Directiva de servicios en la normativa local y el proceso de adaptación de la misma
	Eduardo Paricio Rallo
12	La aplicación material de la Directiva de servicios
	Emilio Aragonés Beltrán
29	Las repercusiones tributarias de la Directiva de servicios en el ámbito local
	Manuel Táboas Bentanachs
61	La proyección de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en los ámbitos urbanístico y medioambiental
78	Ordenanza municipal tipo reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en el ámbito territorial de la entidad local (...)
	Xavier Boltaina Bosch
92	La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral: la compleja aplicación en el ámbito de las administraciones públicas
	Matilde Carlón Ruiz
106	El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas
	Gloria Calvo Díaz
125	Ayudas de Estado en telecomunicaciones: el Wi-Fi municipal
	Julia Ortega Bernardo
137	Intervención local en la implantación de parques eólicos. Reflexiones a partir de las últimas novedades aprobadas en este sector con el objetivo de la simplificación del procedimiento administrativo
 Informes de las asesorías jurídicas de los entes locales	
153	Ana Belén Sánchez Parra El reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de las administraciones públicas. El despido improcedente después de la entrada en vigor del EBEP

- 166 Carme Fibla Nicolau
Causas de incompatibilidad y abstención del personal al servicio de las entidades
locales (autoridades y funcionarios)

Crónica de jurisprudencia

Domènec Sibina Tomàs

- 193 A) Jurisdicción constitucional
198 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
205 C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
214 D) Jurisdicción contencioso-administrativa
233 E) Jurisdicción civil
236 F) Jurisdicción penal

Este número del QDL se inicia con cuatro artículos y una ordenanza tipo que tienen como hilo argumental la transposición de la Directiva de servicios y una primera valoración de su incidencia en la actividad de la Administración local.

Petra Mahillo García, secretaria general de la Diputación de Barcelona, en el artículo “La incidencia de la Directiva de servicios en la normativa local y el proceso de adaptación de la misma”, al ponderar la obligación de las administraciones públicas locales de garantizar la compatibilidad de sus reglamentos y ordenanzas a la Directiva de servicios y de implementar las medidas técnicas y organizativas que su aplicación exige, pone el acento en el contraste entre la obligación y realidad. Esta última nos pone de manifiesto un incumplimiento generalizado en la transposición en un sentido pleno, consecuencia de la dificultad y del coste en recursos humanos, técnicos y económicos.

En el artículo, una vez constatada la dificultad, se explica la voluntad y la metodología y actuaciones que impulsa la Diputación de Barcelona, el contenido de la “Ordenanza municipal tipo reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en el ámbito territorial de la entidad local (...)” que ha impulsado esa corporación (modelo tipo que publicamos), y las jornadas organizadas por la Diputación en esta materia, las ponencias de las cuales son el origen de los tres artículos siguientes.

Se trata de los artículos de los tres magistrados Eduardo Paricio Rallo, “La aplicación material de la Directiva de servicios”; Emilio Aragonés Beltrán, “Las repercusiones tributarias de la Directiva de servicios en el ámbito local”, y Manuel Táboas Bentanachs, “La proyección de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en los ámbitos urbanístico y medioambiental”. En su conjunto dan respuesta, desde su particular perspectiva, a las grandes cuestiones planteadas: ¿qué ámbito de la actividad local está afectado por la Directiva?; ¿con qué alcance?; ¿cuándo concurren razones de interés general?; ¿hasta dónde alcanza la responsabilidad de la transposición normativa de la ley, del reglamento y de la ordenanza?; ¿cómo incide todo ello en los tributos locales?, y por fin, ¿cómo afecta en dos de los ámbitos, urbanismo y medio ambiente, en los que las competencias locales adquieren mayor relevancia?

Son artículos que nos parecen de gran interés, sin perjuicio de que somos sabedores de que en estas cuestiones la última razón la va dando el tiempo; el liderazgo y la coordinación interadministrativa que genera economías de escala e impulsa la racionalidad en el proceso de simplificación administrativa y la introducción de formación y medios tecnológicos y el siempre convulso proceso de cambio de las normas sectoriales con rango de ley.

El artículo siguiente significa un cambio total de tercio; Xavier Boltaina Bosch, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, aborda “La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral: la compleja aplicación en el ámbito de las administraciones públicas”. El autor examina de manera minuciosa los cambios normativos que afectan la materia, hasta poder determinar con precisión cuál es el régimen jurídico aplicable para el personal de las administraciones públicas (la DA 10ª del Estatuto de los Trabajadores). Seguidamente analiza el alcance de los requisitos que exige la indicada DA 10ª (previsión expresa en un convenio; que el empleado público local haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y que se cumplan los requisitos de carácter empresarial –política de empleo– e individual de cada trabajador –tener derecho a la pensión de jubilación contributiva–), la doctrina, no uniforme, del Tribunal Supremo, y finaliza señalando cómo debe abordarse la cuestión en la negociación colectiva.

Matilde Carlón Ruiz, profesora titular de Derecho Administrativo UCM y letrada del Tribunal Constitucional, publica el trabajo “El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas”,

que tiene interés en cuanto análisis sectorial y concreto de este servicio universal y también, y es muy importante, como referente general en el contexto de la necesaria reconstrucción de las técnicas jurídicas que se deriva de la transición del concepto de servicio público en el sentido más clásico al concepto comunitario de “servicio de interés económico general”. Desde esta doble perspectiva la autora examina los principios y características de la regulación de la técnica de servicio universal de telecomunicaciones; el qué (contenido); el quién (mecanismos de designación del operador obligado a prestar el servicio universal); y el cuánto (el carácter asequible del servicio universal en conexión con la cuestión de la financiación).

Gloria Calvo Díaz, consejera de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y abogada del Estado en excedencia, publica “Ayudas de Estado en telecomunicaciones: el Wi-Fi municipal”. En este trabajo la autora aborda el papel de las administraciones públicas en estas actividades, precisando cuándo son meras facilitadoras del despliegue de infraestructuras y cuándo su participación directa en el mercado las convierte en operadoras de redes y servicios. Para ayudar a precisar y delimitar la actuación de los municipios finaliza proyectando sus conclusiones en el Código de buenas prácticas de las AA.PP. que ha elaborado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La sección de estudios se cierra con el trabajo de Julia Ortega Bernardo, “Intervención local en la implantación de parques eólicos. Reflexiones a partir de las últimas novedades aprobadas en este sector con el objetivo de la simplificación del procedimiento administrativo”, en el que analiza el alcance de la intervención local en el proceso en el que se decide la implantación de un parque eólico.

Para finalizar, nos place advertir al lector, que el QDL que tiene en sus manos, recupera la sección de “Informes de las asesorías jurídicas de los entes locales”, que coordina la secretaria general de la Diputación de Barcelona, Petra Mahílló. En este número se publican dos trabajos: “El reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de las administraciones públicas. El despido improcedente después de la entrada en vigor del EBEP”, elaborado por Ana Belén Sánchez Parra, letrada del Servicio de Asistencia en Recursos Humanos de la Diputación de Barcelona, y “Causas de incompatibilidad y abstención del personal al servicio de las entidades locales (autoridades y funcionarios)”, realizado por Carme Fibla Nicolau, letrada asesora del Servicio de Asistencia Jurídica Local de la Diputación de Barcelona.

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

La incidencia de la Directiva de servicios en la normativa local y el proceso de adaptación de la misma

Petra Mahílló García

Secretaria General de la Diputación de Barcelona

Dado que es relativamente reciente el debate sobre la incidencia en la normativa local de la Directiva 2006/123/CE (en adelante referida como Directiva de servicios) y que la Directiva entró en vigor el 28 de diciembre de 2006 (su plazo de transposición, particularmente largo, terminó el 28 de diciembre de 2009), en la actualidad las administraciones públicas estamos obligadas a garantizar la compatibilidad de nuestras normas y ordenanzas con dicha Directiva, así como a tener implementadas las medidas organizativas y técnicas que se contienen en ella. Sin embargo, uno se plantea y debate un cúmulo de dudas sobre la aplicación de la Directiva de servicios, desde la extensión de su ámbito de aplicación al grado de incidencia y las consiguientes modificaciones a introducir en la normativa sectorial, en particular en cuanto a las ordenanzas municipales no independientes.

1. En este contexto, hay que hacer una reflexión previa sobre las dificultades que para los entes locales supone la transposición de la Directiva de servicios, en la medida que son circunstancias que, como veremos, de hecho están determinando el cumplimiento real y generalizado de la Directiva de servicios.

En efecto, si bien la Directiva tiene en última instancia la finalidad de reactivar el mercado de servicios y con este la economía, lo cierto es que su transposición se plantea en un contexto de seria crisis económica tanto a nivel estatal como europeo, crisis que, naturalmente, afecta al erario público y a los recursos de las administraciones públicas. A ello se añaden la crónica insuficiencia financiera de las haciendas locales y los escasos medios económicos de gran número de municipios de pequeñas dimensiones extendidos por nuestra geografía, situación principalmente problemática a efectos de la implantación de la ventanilla única.

Aunque no se ha cuantificado exactamente el valor total de la transposición de la Directiva en el conjunto

del Estado, este proceso conlleva, obviamente, no solo una verdadera renovación técnica de los medios y procedimientos de la Administración, y la necesaria modificación de buena parte de sus normas, sino, en primer lugar, un gran esfuerzo de formación del personal de las administraciones públicas, por el radical cambio de filosofía procedimental que la Directiva implica.

En cuanto a las necesarias modificaciones normativas, la transposición de la Directiva de servicios 2006/123/CE corresponde a los diferentes niveles de gobierno en sus respectivos ámbitos competenciales, pero los entes locales tienen un margen de actuación en buena medida condicionado y limitado por la acción normativa del Estado y las comunidades autónomas. Y, a pesar de la aprobación de las leyes estatales 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante referida como Ley paraguas, publicada en el BOE de 24 de noviembre de 2009) y 25/2009, de 22 de diciembre (la llamada Ley ómnibus, publicada en el BOE de 23 de diciembre de 2009), así como de los diferentes “reglamentos ómnibus” por parte de los ministerios respectivos, a fecha de hoy todavía se está tramitando en el Parlamento de Cataluña el Proyecto de ley de bases de delegación en el Gobierno para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva de servicios, siendo en buena medida similar la situación en las otras comunidades autónomas.

En consecuencia, en la medida que la mayoría de ordenanzas locales dependen de la normativa aprobada por otros niveles territoriales, y salvo en el caso de las ordenanzas independientes (que, por su naturaleza, se pueden modificar directamente), los entes locales solo podrán adecuar su normativa a la Directiva de servicios una vez la normativa marco que las normas locales desarrollan o complementan haya sido previamente adecuada.

Además, la Ley paraguas plantea una serie de problemas con directa incidencia en el mundo local.

Primeramente, en relación a su ámbito de aplicación, ya que el de la llamada Ley paraguas no es expresamente coincidente con el de la Directiva de servicios. Así, en la Ley estatal se omite, por ejemplo, la expresa exclusión del urbanismo, reflejada en el considerando noveno de la Directiva. Además, existen otras disfunciones importantes entre la Directiva y la transposición que de la misma ha hecho la Ley estatal horizontal, como se puede apreciar en relación con el artículo 15.4 de la Directiva de servicios en cuanto a los servicios económicos de interés general. Por último, la Ley paraguas implica el riesgo de sanción derivado de la disposición final cuarta de la misma Ley, disposición relativa a la “compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento”;¹ por vía de esta disposición, se puede repercutir a los entes locales la responsabilidad en caso de una eventual sanción de España por parte de las instituciones europeas; lo que, en caso de una sanción por transposición inadecuada, se puede traducir en sanciones económicas sobre la financiación de los entes locales, que obviamente pueden agravar la ya difícil situación de las haciendas locales.

En definitiva, todas las circunstancias señaladas –además de las dificultades específicas analizadas por los señores magistrados en los estudios que se presentan por vía de estas líneas– han hecho por completo irrealizable el cumplimiento en plazo del cúmulo de obligaciones que, para las administraciones públicas, conlleva dicha Directiva.

Ante esta situación, la secretaria general de la Diputación de Barcelona ya manifestó la necesidad de solicitar a la Unión Europea la moratoria en el plazo de transposición de la Directiva de servicios a fin de ampliar el mismo en, como mínimo, un año. Dicha moratoria no se hizo efectiva, en buena medida por su difícil gestión política, pero lo cierto es que el conjunto de circunstancias expuestas ha conducido, sin duda y por vía *de facto*, al mismo resultado, de manera que hoy día podemos hablar, más que de cumplimiento de la Directiva, de “generalizado incumplimiento” de la misma. Habrá que esperar, sin embargo, al resultado del proceso de evaluación

recíproca dentro del Clúster núm. 3 en que se ha colocado a España junto con Italia, Portugal, Bulgaria y Malta. En este punto hay que recordar, asimismo, lo señalado por la Comisión en una nota informativa de septiembre de 2009:² una transposición con éxito requiere tanto el apoyo político como la provisión de suficientes recursos económicos para financiar la nueva operativa y el trabajo técnico en cada Estado miembro. A estas alturas, en algunos estados miembros el compromiso político por la transposición no se ha traducido en acciones adecuadas, situación que tiene una problemática específica en el caso de estados descentralizados como el nuestro.³

2. En el contexto de referencia, y a efectos de las medidas normativas y no normativas a realizar en el mundo local para el cumplimiento tanto de la Directiva de servicios como de la Ley paraguas, a nivel estatal y autonómico se está imponiendo la importancia del cometido de las diputaciones provinciales. En efecto, el apoyo de las mismas a los ayuntamientos de las provincias respectivas se está manifestando en la vertiente de adaptación normativa consiguiente a la Directiva, pero también en cuanto a las medidas técnicas a implantar, en esencia la ventanilla única; y, como herramienta para hacer efectivo el principio de cooperación, el sistema IMI (*Internal Market Information system*, herramienta de intercambio electrónico de información entre las autoridades competentes de los estados miembros). Así, por ejemplo, las diputaciones provinciales son las protagonistas de la red de intercambio bidireccional de información constituida por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP).

La premisa básica de toda corporación local al hacer frente a las tareas de transposición de la Directiva de servicios es: por un lado, formar a su propio personal en la materia, en particular a aquellos que tengan que acometer la revisión de la normativa de la corporación, así como a los encargados de la implantación de procedimientos electrónicos; y, por otra parte, establecer la colaboración

1. Una disposición análoga se contiene en la disposición adicional séptima incorporada a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, por vía de la Ley 1/2010, de 1 de marzo (BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2010).

2. “Implementation of the Services Directive: Making the internal market for services better”, information note from the Commission (Meeting of the Competitiveness Council, 24-25 September 2009).

3. “There are a number of Member States where regions have important competences as regards the regulation of services and where therefore an important effort of coordination is also required at that level. The information available to the Commission on the state of progress of the regions in those countries is limited but Member States are obviously aware of the fact that the implementation obligation remains notwithstanding difficulties resulting from their internal legal order. The situation is similar as regards implementation at local level”.

necesaria con otros entes e instituciones implicados en el proceso de transposición. La actuación de algunas diputaciones provinciales –entre ellas, la Diputación de Barcelona– y los cabildos o consejos insulares, se ha orientado en primera instancia, en cuanto a los ayuntamientos, en este sentido.

De manera paralela, en cuanto a las tareas de revisión normativa a emprender por las corporaciones locales, se ha generalizado entre los entes locales y algunas entidades municipalistas la fórmula organizativa adoptada y propugnada por la Diputación de Barcelona. Sin perjuicio del sistema por el que opte cada corporación en función de su personal y volumen de normativa, entendemos que es recomendable la constitución de un grupo de trabajo para la implantación de la Directiva de servicios; grupo que debe recopilar las ordenanzas de la corporación potencialmente afectadas, y, en base a ello, realizar el ejercicio de identificación, evaluación y modificación de las ordenanzas no independientes u otras normas potencialmente afectadas, para proceder posteriormente a su modificación en la medida en que la adaptación paralela de la normativa marco –estatal y autonómica– lo permita.⁴

Sin embargo, al concluir la fase de evaluación del conjunto de ordenanzas inicialmente identificadas como potencialmente afectadas por la Directiva de servicios, todas las corporaciones locales se han encontrado y se encuentran con el problema de la falta de una adecuación completa de la normativa marco (en particular de la normativa sectorial autonómica) a la Directiva de servicios, normativa que condiciona y

limita la acción normativa de los entes locales salvo el casi anecdótico supuesto de las “ordenanzas independientes”.

Tanto es así que, en el contexto de la transposición de la Directiva de servicios y en la medida que, a fecha de hoy, la normativa estatal y autonómica está todavía en vías de adaptarse a la Directiva, los entes locales se preguntan cuál es la posición que deben adoptar a efectos de la adaptación a la Directiva de servicios de sus ordenanzas no independientes. Nuestra respuesta es que, en principio, en la medida que las mismas están condicionadas por la normativa sectorial aprobada por otros niveles de gobierno, cuando esta sea adaptada correlativamente también tendrán que entenderse modificadas en el mismo sentido las ordenanzas dependientes. Pero es necesaria, sin embargo, una acción normativa inmediata de los entes locales respecto de sus ordenanzas dependientes, respecto de otros tipos de normas e incluso respecto de los procesos que no se contienen en ninguna norma.

Por ello, para proveer a los ayuntamientos de una fórmula que, una vez agotado el plazo de transposición de la Directiva y a falta de un marco normativo plenamente adaptado, diera solución a los diferentes problemas planteados en este periodo transitorio de modificaciones normativas a todos los niveles, transpusiera a nivel horizontal y en el ámbito local los principios de la Directiva de servicios y de la Ley 17/2009⁵ y a la vez definiera las bases para la adecuación de las respectivas ordenanzas a la Directiva de servicios (todo lo cual es igualmente relevante a efectos de la DF 4ª de

4. En la Diputación de Barcelona, por Decreto de 5 de junio de 2009 se aprobó la constitución de un Grupo de trabajo para la implantación de la Directiva de servicios, Grupo básicamente compuesto por personal de la Secretaría General, siendo dirigido y coordinado por esta secretaria general, pero que cuenta a su vez con un representante de Intervención y otro del Área de Promoción Económica de la Diputación.

Como base del trabajo del Grupo de trabajo, en Secretaría se recopilaron las ordenanzas de la Diputación potencialmente afectadas (tanto las ordenanzas propias de la corporación como las tipo, que se formulan como modelos que pueden adoptar los municipios de la provincia). A nivel formal, la información recopilada en la fase previa de identificación se sistematizó en cuadros de identificación de normativa “potencialmente afectada” y “no afectada”, siguiendo la misma pauta del estudio de las ordenanzas de L’Hospitalet de Llobregat que se realizó desde la Diputación de Barcelona como parte del estudio global de identificación coordinado por la Fundación Democracia y Gobierno Local y presentado en septiembre de 2008.

Asimismo, con anterioridad a la primera reunión del Grupo de trabajo, se habían prefijado por Secretaría los criterios generales de análisis que, junto con las pautas básicas descritas en los manuales de identificación y evaluación, publicados tanto por la Comisión Europea -manual que se podría decir que actúa a modo de “interpretación auténtica”-, como por el Ministerio de Política Territorial junto con la FEMP y el COSITAL (febrero de 2009), debían guiar las tareas del Grupo de trabajo en la identificación y el tratamiento de la normativa afectada.

En las sucesivas reuniones del Grupo de trabajo se distribuyeron materialmente las distintas ordenanzas previamente identificadas como potencialmente afectadas, para realizar una efectiva “evaluación” del conjunto de la normativa sometida a análisis, y exponer y debatir el resultado de los análisis realizados por las respectivas unidades de trabajo inicialmente conformadas.

5. En razón de la cuestionable eficacia derogatoria respecto de las normas locales (además de las autonómicas) de la disposición derogatoria de la Ley estatal 17/2009, “paraguas”.

la Ley 17/2009), se elaboró en el seno de la Secretaría General de la Diputación de Barcelona el Modelo tipo de Ordenanza municipal reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

3. Por Decreto del presidente de la Diputación de Barcelona de 23 de diciembre de 2009, se aprobó el Modelo tipo de Ordenanza municipal reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, Modelo cuyo texto definitivo se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona núm. 44, de fecha 20 de febrero de 2010.⁶

La aprobación de dicho Modelo se hizo al tiempo de la publicación en el BOE de 23 de diciembre de 2009 de la Ley 25/2009, “ómnibus”, que entró en vigor el pasado 27 de diciembre. Por vía de esta Ley, el control posterior alcanzó el rango de forma de intervención, dando así cobertura legal al proceso de modificación de nuestras ordenanzas de acuerdo con los principios de la Directiva de servicios y la Ley 17/2009. En efecto, la modificación del artículo 84 de la Ley de Bases de Régimen Local, determinada por el artículo 1.2 de la Ley 25/2009, es la clave de todo el nuevo sistema, ya que, por vía de él, la comunicación previa, la declaración responsable y el control posterior alcanzan la naturaleza jurídica de forma de intervención. Y este es, en definitiva, el fundamento de la aprobación del Modelo de Ordenanza de referencia.

Quizá la fórmula normativa propuesta por la Diputación de Barcelona no sería estrictamente necesaria, en la medida que las administraciones públicas europeas tienen la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo, y de inaplicar el Derecho interno que resulte incompatible con el comunitario, pero las ventajas de

esta Ordenanza son varias: dar cobertura general a la obligación de todo ente local de aplicar la Directiva de servicios, determinar la inaplicabilidad de toda norma o procedimiento contrarios a la Directiva, y garantizar que todos los procedimientos y trámites que se lleven a cabo para el establecimiento y desarrollo de los servicios sujetos a la Directiva de servicios y a la Ley 17/2009 se atengan a las mismas.

Dicha Ordenanza recoge los principios tanto de la Ley 17/2009 como de la propia Directiva de servicios, e incorpora elementos de la Ley 25/2009, pero al mismo tiempo contiene previsiones expresas respecto a los principales problemas planteados por la Directiva de servicios, en cuanto a su incidencia en la normativa sectorial. En efecto, la Ordenanza se posiciona claramente en materias como el urbanismo, el dominio público, el régimen de actividades, servicios funerarios, etc. Por todo ello, a la espera de que la normativa estatal y autonómica se adecue completamente a la Directiva, la adopción del Modelo de Ordenanza de referencia es la solución normativa idónea para el mundo local en el actual contexto transitorio de adaptación normativa a la Directiva; a cuyo respecto, y como veremos, el Modelo de Ordenanza recoge los mismos criterios postulados por los señores magistrados cuyos estudios se presentan.

A nivel material hay que destacar, como criterios que han inspirado la redacción de la Ordenanza, entre otros, los siguientes:

– En las definiciones establecidas en las disposiciones generales se ha introducido, en cláusula general y por su particular importancia en el ámbito local, una definición de los servicios no económicos de interés general.⁷

– Entendemos que en la normativa relativa a los ámbitos de interés local, solo, incide realmente la

6. El sistema definido por el Modelo de referencia se complementa, desde la perspectiva fiscal, con modelos ya publicados por el Organismo Autónomo de Gestión Tributaria en el BOPB de 29 de septiembre de 2009, modelos en los que ya se incorporan a los hechos imposables elementos posibilitados por el ordenamiento vigente. En concreto, dichos modelos son:

- La Ordenanza fiscal núm. 5, relativa al “Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras”.
- La Ordenanza fiscal núm. 20, relativa a la “Tasa por licencias o la comprobación de actividades comunicadas en materia de urbanismo”.
- La Ordenanza fiscal núm. 21, en cuanto a la “Tasa por la prestación de los servicios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos y las empresas a través del sometimiento a previa licencia, comunicación previa o declaración responsable y por los controles posteriores al inicio de las actividades”.
- La Ordenanza fiscal núm. 33, relativa a la “Tasa por concesión de licencias, la comprobación de las actividades comunicadas y el control de la publicidad dinámica”.

7. Los servicios de interés económico general son una cuestión de particular importancia para el mundo local y que la Directiva de servicios considera particularmente, pero que entendemos que no ha sido recogida correctamente por la Ley paraguas, como evidencia, por ejemplo, el artículo 15.4 de la Directiva de servicios, según apunta el profesor Paricio Rallo en el estudio que presentamos.

perspectiva de la Directiva de servicios en lo relativo al derecho de establecimiento; de ahí que en este Modelo de Ordenanza no se ha hecho incidencia en el régimen definido en la Ley 17/2009 en cuanto a la libre prestación de servicios, en relación con el régimen de actividades y servicios.

– En el artículo 6 del mismo Modelo se establece una previsión específica para poder someter sistemáticamente a controles las sucursales, ya que de lo contrario operaría el principio de no sometimiento de las sucursales a controles, en razón de la regla de validez en el ámbito estatal de las autorizaciones.

– En la medida que la adaptación normativa a la Ley 17/2009 y la Directiva de servicios debe estar acompañada de la verdadera implantación de procedimientos electrónicos, uno de los otros pilares de la Directiva, se regulan en ella los principios generales, pero no se da un sistema acabado, ya que este dependerá de la forma en que evolucione la Administración electrónica y de las posibilidades de cada corporación. Igualmente, se prevé un régimen transitorio a este respecto.

– Por medio de sus disposiciones adicionales y transitorias, se ofrecen soluciones específicas respecto a cuestiones tan problemáticas como la adaptación de las ordenanzas fiscales (estableciendo unas cláusulas generales, sin perjuicio de la particular adaptación que se realice de las ordenanzas fiscales respectivas, en función de la paralela adaptación de la normativa sectorial que les sea relativa), la incidencia en las normas de construcción y en las licencias urbanísticas de uso, la ocupación del dominio público, servicios funerarios, actividades de incidencia ambiental, etc. De esta manera es la base a efectos de la futura adaptación a la Directiva de servicios de las ordenanzas no independientes de los entes locales, condicionadas, como hemos dicho, por la normativa sectorial aprobada por otros niveles de gobierno.

de 2010, tuvo por objeto dar luz sobre cuestiones como el ámbito de aplicación de la Directiva y de sus normas internas de transposición, y su proyección en los ámbitos urbanístico, medioambiental y tributario, y que contó con una amplia participación de más de 220 secretarios y técnicos de ayuntamientos.

En dicha Jornada monográfica sobre la incidencia de la Directiva de servicios en el mundo local, fueron ponentes los Ilmos. Sres. Eduardo Paricio Rallo, Manuel Táboas Bentanachs y Emilio Aragonés Beltrán, destacados magistrados todos ellos, que son punto de referencia tanto en el mundo de la judicatura como a nivel doctrinal. Los estudios que respectivamente presentaron en el curso de dicha Jornada son los que se publican por vía de este ejemplar de Cuadernos de Derecho Local, y son los que se incluyen a continuación.

Cabe destacar que la opinión de dichos magistrados, manifestada en sus ponencias, es coincidente, en particular en cuanto a la incidencia de la Directiva en la normativa sectorial, con el posicionamiento de la Diputación de Barcelona plasmado en el Modelo tipo de Ordenanza municipal reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, habiendo corroborado aquellos su contenido. Sin embargo, a pesar de darse cobertura por vía de dicha Ordenanza a las obligaciones y los problemas de los entes locales, en este periodo transitorio de adaptación normativa a la Directiva de servicios, lo cierto es que el proceso de adaptación normativa en el mundo local no ha hecho sino empezar, y que seguro que en los próximos años todavía hablaremos y debatiremos mucho sobre los efectos de la Directiva. ■

4. Más allá de las generalidades de las que se puede hablar en torno a la Directiva de servicios, esta plantea una serie de cuestiones controvertidas que, por su ámbito competencial, son particularmente importantes desde la óptica de los gobiernos locales. Es por ello que, partiendo del hecho de la dificultad que supone la adaptación de la normativa local y del conjunto de obligaciones que plantea la Directiva, la Secretaría General de la Diputación de Barcelona organizó una Jornada que, celebrada en Barcelona el 26 de febrero

La aplicación material de la Directiva de servicios

Eduardo Paricio Rallo

Magistrado

- 1. Introducción**
- 2. El proceso de transposición hasta el momento**
 - 2.1. Alcance de la obligación municipal
 - 2.2. La transposición de la Directiva en la normativa del Estado
 - 2.3. La transposición en la normativa de las comunidades autónomas
 - 2.4. Algunos casos de transposición municipal
- 3. Situación actual y régimen transitorio**
- 4. La proyección de la Directiva en la gestión del dominio público**
- 5. La aplicación de la Directiva en materia urbanística**
 - 5.1. Planeamiento
 - 5.2. Licencias
 - 5.3. Silencio administrativo
- 6. Razones imperiosas de interés general**
- 7. Establecimiento de sucursales**
- 8. Servicios de interés general y servicios de interés económico general**
- 9. Ventanilla única y procedimientos virtuales**
- 10. Requisitos inherentes a las solicitudes de autorizaciones y actos de control**
- 11. Otros**
 - 11.1. El régimen de los nuevos controles
 - 11.2. La responsabilidad de la Administración

1. Introducción

La interpretación y aplicación de la Directiva 2006/123/CE admite un margen ciertamente amplio. Ciertamente la legislación de desarrollo cierra en parte ese margen, aunque la cuestión sigue en buena medida abierta.

El proceso de transposición se ha visto dominado inicialmente por un espíritu liberalizador convencido de que el desarme de controles y restricciones, esto es, la desburocratización en el establecimiento y prestación de actividades por parte de particulares, solo puede producir efectos positivos, entre ellos los económicos. Sin embargo, en el proceso de implantación de la Directiva se ha puesto de manifiesto la reacción defensiva de algunos de los sectores administrativos más afectados. Así ha sucedido en materia de espectáculos y actividades recreativas, medio ambiente, y también en el ámbito del comercio

interior. Junto a esta reacción defensiva, otras reacciones responden a un cierto pánico a la inseguridad, lo que ha llevado a ceder el terreno que haga falta con tal de situar la gestión municipal en un ambiente de indiscutibilidad jurídica.

Ciertamente estamos educados en la creencia de que el ordenamiento legal está perfectamente predefinido, que las consecuencias jurídicas son previsibles y, en definitiva, que el sistema es estable y comprensible. Unas características todas ellas inherentes al Estado de Derecho. Sin embargo, nos consta que la realidad es muy diferente, puesto que la legislación es cambiante, asistemática, a menudo contradictoria e insegura en su interpretación y en las consecuencias que depara. Esta es la situación en la que nos encontramos particularmente a propósito de la transposición de la Directiva de servicios.

En efecto, la Directiva es en primer lugar una norma de principios, una norma por tanto cargada de ambigüedades y redactada con una flexibilidad calculada como es tradicional en una normativa europea que ha de adaptarse a contextos jurídicos nacionales muy variados. Por otro lado la Directiva, como en general las normas comunitarias, no responde a nuestra cultura jurídica en cuanto a los planteamientos y a la forma de definir las reglas de comportamiento.

En este contexto la operación de transposición debería abordar en primer lugar la adaptación de la Directiva a nuestra cultura jurídica, a nuestro lenguaje conceptual. En segundo lugar la transposición debe establecer puentes con la normativa interna vigente en cada sector afectado. Unas funciones que no cumple en absoluto la Ley de transposición dictada por el Estado español, que se limita a copiar simplemente la Directiva, en ocasiones a copiar con errores, manteniéndose en el terreno de los principios en vez de descender a la arena de lo concreto.

En definitiva, aun después de las primeras normas generales de transposición, continuamos estando en un contexto notablemente inseguro. Ahora bien, la fluidez del entorno y la desaparición de la tierra firme bajos los pies de los juristas no es un fenómeno nuevo. Se trata de una situación ya conocida en Derecho Público. La cuestión está, por tanto, en no quedarse añorando los tiempos de seguridad. Por el contrario, nos corresponde aprender a movernos en un entorno que ya hace tiempo que está dejando de ser sólido para volverse líquido, en ocasiones gaseoso.

Inevitablemente en este nuevo contexto toma fuerza la idea del riesgo jurídico. El jurista ha dejado de ser un erudito en certezas legales para convertirse en un evaluador y gestor de riesgos. Se trata, pues, de diseñar y gestionar los planteamientos y la derrota de navegación que mejores perspectivas de éxito ofrezca, minimizando el riesgo en lo posible, aunque sabiendo que el riesgo cero no existe.

El caso es que, habiendo opciones, antes de optar por una opción restrictiva de las potestades municipales en la línea de la Ley de transposición, pueden considerarse otras alternativas menos radicales valorando los riesgos que comportan, en el bien entendido que la asunción de un riesgo calculado es aceptable, incluso inevitable, en un contexto tan inseguro como el que nos ocupa.

2. El proceso de transposición hasta el momento

2.1. Alcance de la obligación municipal

La Directiva de servicios contiene un conjunto de mandatos que deben ser aplicados por los diversos niveles de gobierno según la distribución de competencias interna en cada país de la Unión.

Consiguientemente, los gobiernos locales quedan directamente vinculados en el ámbito de sus responsabilidades. Sustancialmente, las obligaciones que comporta la aplicación de la Directiva en el ámbito local son las siguientes:

- Eliminación de autorizaciones y otras restricciones al establecimiento y prestación de actividades, excepto en los casos expresamente admitidos y justificados.
- Clarificación y simplificación de procedimientos, con el objetivo de eliminar obstáculos, retrasos, costes y restricciones. Específicamente, se impone la tramitación por medios electrónicos.
- Ventanilla única. La Directiva dispone la articulación de un sistema virtual para informar a los prestadores sobre el establecimiento de actividades, a los usuarios sobre aquellas, y para tramitar los procedimientos.

Así pues, la Directiva impone la obligación de revisar la normativa local y los procedimientos vigentes, con el fin de evaluar cada una de las previsiones que afecten al establecimiento y a la prestación de servicios, las autorizaciones exigibles, y también los restantes requisitos o imposiciones. El resultado de este proceso de análisis y modificación debía ser comunicado a la Comisión Europea antes del 28 de diciembre de 2009, momento a partir del cual se inició una fase de evaluación recíproca entre los estados miembros.

Ello no obstante, la aplicación de la Directiva por parte de las administraciones locales queda condicionada directamente por la normativa general que corresponde tanto al Estado como a las comunidades autónomas, de forma que la transposición no es posible en el ámbito local sin que los niveles de gobierno superiores definan la aplicación de la Directiva en el sistema normativo que enmarca la actividad local. Una transposición que, en el caso del Estado, ha empezado a llegar al final del período de tres años previsto al efecto, y, en el caso de buena parte de las comunidades autónomas, aún no ha sido resuelta.

Esta situación plantea problemas serios respecto al régimen transitorio, y también en el ámbito de la

responsabilidad de los diversos niveles de gobierno afectados frente a la Comunidad Europea.

2.2. La transposición de la Directiva en la normativa del Estado

En el ámbito estatal la transposición de la Directiva de servicios se ha concretado esencialmente en dos leyes estatales, la Ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009 de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior Ley.

– La **Ley 17/2009** tiene carácter básico, y consiste, esencialmente, en la reproducción de la Directiva. Se trata, en este sentido, de proyectar transversalmente los principios y contenidos de la Directiva en todo el ordenamiento interno.

Ahora bien, la Ley va más allá en algunos aspectos, de forma que no solo se pretende la mera transposición, sino que además se aprovecha la ocasión para ahondar en un modelo de desregulación.

En este sentido, la Ley incluye las siguientes novedades:

- El listado de razones imperiosas de interés general que justifican el mantenimiento de restricciones, que en la Directiva es un listado abierto, queda, en la Ley, cerrado a las expresamente relacionadas.

- El establecimiento de autorizaciones queda reservado a una Ley, que además debe motivar específicamente tal restricción (artículo 5). Un planteamiento que va más allá de la Directiva que, ni exige norma con rango formal de Ley, ni motivación previa (artículo 9).

- En un planteamiento confuso, la validez territorial de las autorizaciones y comunicaciones y el establecimiento de sucursales parecen extenderse tanto en lo referido a la Administración autorizante –cualquier Estado miembro– como en lo referido a su alcance territorial –todo el Estado español–.

- También puede advertirse una novedad significativa respecto a los requisitos sometidos a evaluación; esto es, sobre la posibilidad de establecer restricciones como por ejemplo la limitación cuantitativa o territorial de las actividades, o el control de precios y tarifas. En la Directiva tal posibilidad dependía exclusivamente de la concurrencia de una razón imperiosa de interés general. La Ley de transposición califica además tal posibilidad como excepcional.

- La reserva de Ley para la exigencia de seguros de responsabilidad civil a los prestadores.

- La **Ley 25/2009** modifica un conjunto de leyes estatales, singularmente la Ley de bases del régimen local, la Ley 30/1992 y la Ley de acceso electrónico.

Respecto a la Ley de bases del régimen local, las modificaciones se refieren, en primer lugar, al reconocimiento del derecho de los prestadores a la ventanilla única y al procedimiento electrónico. En segundo lugar, la Ley limita la potestad municipal de sometimiento de la actividad de particulares a licencia en el ámbito de la Directiva; asimismo, se incluyen específicamente entre los sistemas de control la comunicación previa y la declaración responsable, y se establece la potestad genérica de control posterior. Una potestad que incorpora la facultad de inspección, que es una facultad que, hay que decirlo, no quedaba incluida en el haz de potestades generales que el artículo 4 LBRL establece con carácter general respecto a las entidades locales territoriales.

La reforma de la Ley 30/1992 tiene el mismo objetivo, aunque desarrolla específicamente el procedimiento de declaración responsable. Incluye también el reconocimiento genérico de la potestad de inspección de las administraciones públicas.

Cabe destacar de la Ley 25/2009 que se extiende a sectores económicos no afectados por la Directiva, introduciendo modificaciones liberalizadoras en materias como transportes, telecomunicaciones o sanidad.

Esta Ley proyecta asimismo la Directiva a la gestión del dominio público del Estado, como sucede en materia de puertos, costas, aguas o montes; y también a sectores que han de ser considerados como servicios de interés general, sectores que sin embargo están inicialmente excluidos de la Directiva. En el mismo sentido, el Real decreto 367/2010, de modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente.

- También hay que citar en este proceso de adecuación de la normativa estatal la modificación del **Reglamento de servicios** de las corporaciones locales de 1955, en concordancia con la modificación de la LBRL. Una modificación que viene a complicar el sistema de fuentes, puesto que se le atribuye carácter básico, de forma que se sitúa en el escalón más alto del sistema de fuentes normativas.

- Finalmente destacan la **Ley 1/2010 de ordenación del comercio minorista** y el Real decreto 199/2010 de regulación de la venta ambulante, al que se aludirá más adelante.

La Ley de comercio minorista ratifica la regla de no sujeción a licencia, excepto en los casos de concurrencia de razones imperiosas de interés general, razones que, por otro lado, deben identificar las comunidades autónomas mediante Ley específicamente motivada al efecto. Ello no obstante, la propia Ley identifica un impacto ambiental que justifica la licencia respecto a los establecimientos comerciales de superficie superior a 2.500 m².

Respecto a los requisitos exigibles para la instalación de comercios, se admiten, además de los medioambientales, los referidos al entorno urbano y ordenación del territorio. Destaca asimismo la legitimación del urbanismo comercial, al menos en algunos aspectos.

2.3. La transposición en la normativa de las comunidades autónomas

La situación es muy variable en los ordenamientos autonómicos. En efecto, algunas comunidades no han dictado todavía ninguna norma de transposición; entre las que lo han hecho, en general la opción mayoritaria ha consistido en afrontar la cuestión mediante normas ómnibus que incluyen modificaciones puntuales en la normativa sectorial afectada (es el caso de Andalucía, Madrid, Navarra o Galicia), mientras que en otros lugares, como Cataluña, la opción ha sido la de emitir algunas normas sectoriales completas y anunciar sendos decretos legislativos que refundan las restantes normas afectadas.

No se va a abordar un análisis exhaustivo de la situación en las diversas comunidades autónomas, aunque sí se pueden advertir algunas de las características o constantes que más afectan a las licencias y controles locales:

En materia **medioambiental**, ya se ha indicado que Aragón emitió, ya mediado el año 2009, una Ley de urbanismo de carácter general (Ley 3/2009), que incluye referencias no solo a las licencias urbanísticas, sino también a las medioambientales y las de apertura de actividades, sin variar el régimen tradicional. En el caso de Cataluña se ha promulgado una Ley medioambiental (Ley 20/2009), que mantiene el régimen de autorización y el régimen de restricciones tradicionales; esto es, la clasificación de actividades por grupos, uno sometido a autorización autonómica, otro a licencia municipal, un tercero sometido a mera comunicación. La novedad está en la posibilidad de desarmar autorizaciones municipales, transformándolas en controles menos intensos, en cambio se proscriben la posibilidad contraria, esto es,

la transformación de la comunicación en licencia en los sectores sometidos por la Ley a aquella.

En cuanto a la normativa sobre **espectáculos públicos y actividades recreativas**, cabe entender que las comunidades autónomas no consideran afectado el tradicional régimen de licencia, puesto que, o bien no entienden necesario abordar la cuestión en sus respectivas leyes ómnibus, o bien lo hacen sin afectar a las restricciones tradicionales (Ley 8/2009 de Madrid). En Cataluña se ha dictado una Ley específica (Ley 11/2009), aunque igualmente se limita a convalidar la situación, basando las licencias en objetivos como la convivencia, la salud y la seguridad.

En materia de **comercio** algunas leyes autonómicas legitiman de forma abierta el urbanismo comercial, esto es, la posibilidad de introducir restricciones en el emplazamiento de actividades comerciales mediante el planeamiento territorial y urbanístico. Se establece en este sentido un abanico de intereses públicos o bienes jurídicos a proteger más allá del listado de razones imperiosas de interés general, como la cohesión y equilibrio territorial, la protección del comercio de proximidad o el tradicional, el paisaje urbano o la movilidad y la circulación. Respecto a las grandes superficies comerciales se prevén licencias municipales siempre previa previsión del establecimiento en el planeamiento general (Decreto ley 3/2009 de Andalucía) o plan especial *ad hoc* (Ley 6/2010 de Navarra).

El grado de sensibilidad local en cuanto a la licencia es variado. Así, en Andalucía y Madrid (Ley 8/2009) se dispone al efecto que sea la licencia municipal de obras la que asuma la fiscalización de la normativa comercial, mientras que en Cataluña (Decreto ley 1/2009) la licencia pasa a ser autonómica, no quedando a los municipios más margen que el de la inspección. En Baleares, se prevé una licencia autonómica de grandes establecimientos que es concurrente con una licencia municipal específica (Ley 8/2009).

Por lo demás, en materia comercial se implanta el régimen de libre prestación, o en algunos casos un régimen de comunicación y declaración responsable según la dimensión del establecimiento.

2.4. Algunos casos de transposición municipal

El marco descrito constituye el sistema legislativo que en estos momentos enmarca la aplicación de la Directiva que los municipios deben afrontar.

Como se ha dicho, la operación incluye la modificación de la normativa municipal, la adaptación de los procedimientos hasta ahora vigentes, y la puesta en marcha de la ventanilla de información y tramitación.

Respecto a la modificación normativa, se han planteado hasta ahora dos modelos. Por un lado, la aprobación de una ordenanza transversal, a modo de la Ley 17/2009; una alternativa que puede servir para modificar de un golpe las ordenanzas vigentes. El segundo modelo consiste en la modificación puntual de las ordenanzas municipales, operación esta que de todas maneras hay que afrontar, aunque la ordenanza transversal puede servir para ganar tiempo, hasta que se complete la modificación del marco normativo que depende de las administraciones superiores, y hasta que se aclaren las muchas dudas que en estos momentos se plantean respecto al alcance real de la Directiva.

Algunos ayuntamientos han abordado ya la transposición, aunque sea parcialmente:

- El Ayuntamiento de Vitoria ha escogido el segundo modelo. En efecto, ha aprobado ya inicialmente un proyecto de ordenanza que modifica el conjunto de ordenanzas municipales para su adaptación a la Ley 17/2009.

El planteamiento de Vitoria parte de clasificar las actividades en tres grupos: las que requieren licencia según la legislación ambiental, las exentas según tal legislación, pero respecto a las cuales el Ayuntamiento mantiene la licencia municipal, y, finalmente, un tercer grupo de actividades inocuas sometidas a mera comunicación. Este tercer grupo queda limitado a las actividades relacionadas en un anexo, pero además, para quedar exentas, las actividades han de cumplir unos requisitos generales, como ejercerse solo en horario diurno y tratarse de un uso permitido por la normativa urbanística. Como se decía, estos casos residuales quedan sometidos a comunicación, aunque la misma debe ir acompañada de memoria e informe suscrito por el técnico correspondiente y visado.

El Ayuntamiento de Vitoria mantiene, asimismo, la necesidad de la licencia urbanística de usos, tanto para la primera ocupación (primera ocupación y apertura se denomina) como para el cambio de uso.

- El Ayuntamiento de Madrid aprobó el 29 de junio de 2009 la Ordenanza del régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades. Como su nombre indica, la Ordenanza efectúa una simbiosis entre la licencia urbanística de usos y la licencia tradicional de actividades en un sistema que parece algo

confuso. El sistema se basa en los siguientes puntos esenciales:

La privatización de una parte significativa del sistema de control, a partir de unas entidades de colaboración que deben fiscalizar la documentación necesaria, a partir de un “certificado de conformidad” expedido por una entidad colaboradora y que resulta necesario para presentar el proyecto y la solicitud en el Ayuntamiento. A su vez, la entidad colaboradora debe supervisar las obras de ejecución.

En los casos en que la instalación de la actividad requiera obras que necesiten proyecto, o se trate de actividades sometidas a evaluación ambiental, debe obtenerse la “licencia de obras para la instalación de actividades”, compuesta de una licencia de obras inicial y una posterior de primera ocupación y funcionamiento que fiscaliza la adecuación de las obras al proyecto autorizado y su conformidad con los requisitos de la actividad.

Las otras actividades que no requieran obras, o solo obras menores, se tramitan mediante el procedimiento de “licencia para la implantación o modificación de actividades”. La documentación debe ser fiscalizada por la entidad colaboradora. Una vez superada esta fase y presentada la solicitud en el Ayuntamiento, se entiende concedida autorización provisional. Si se trata de actividades sometidas a la legislación de espectáculos y actividades recreativas, se requiere la licencia correspondiente para el inicio de la actividad. Esta última licencia refunde la licencia ambiental en los casos en que la misma es necesaria. En tales supuestos, el inicio de la actividad queda sometido a un previo control inicial.

Finalmente hay un tercer grupo de actividades sometidas a mera comunicación. Ahora bien, la documentación también debe ser fiscalizada previamente por una entidad colaboradora, que debe emitir el correspondiente certificado de conformidad.

- La cátedra Prat de la Riba ha propuesto por su parte un modelo de Ordenanza sobre comunicación de obras, y otra sobre limitaciones cuantitativas o territoriales para la implantación de actividades de servicios y su ejercicio. En ellas se parte de la base de que la Directiva afecta de pleno al ámbito urbanístico. La primera Ordenanza motiva la concurrencia de razones imperiosas de interés general y justifica la proporcionalidad en el grueso de licencias urbanísticas excepto las de obras menores, obras en el interior de edificios, instalaciones y otras obras de trascendencia menor o la colocación de publicidad visible desde la vía pública. También las

licencias de primera ocupación y cambio de uso quedan sometidas a mera comunicación.

La segunda Ordenanza establece distancias mínimas respecto a establecimientos públicos de espectáculos y actividades recreativas, previendo al efecto un sistema de concurrencia limitado para el caso que coincidan varias peticiones o comunicaciones nuevas y no sea posible atenderlas todas. No se establece en la Ordenanza la temporalidad del derecho a la prestación por parte del particular. Finalmente, se considera que no hay razón que justifique la limitación en la instalación de locutorios, de forma que se eliminan los límites territoriales o cuantitativos en este ámbito.

– El Ayuntamiento de Alicante coincide en el anterior planteamiento, en el sentido de asumir una operación global que afecta conjuntamente a las licencias o controles de actividades y las urbanísticas. Respecto a las primeras, se opta por una liberalización referida a las licencias de actividades no calificadas, que quedan sometidas a comunicación previa. Se mantiene la licencia en las actividades calificadas por la Ley ambiental, añadiendo a la licencia una declaración responsable para el momento de inicio de la actividad.

Respecto a las licencias urbanísticas, se parte del mantenimiento del grueso de licencias tanto de construcción como de uso, quedando liberalizadas las de obras menores, que pasan a comunicación previa.

3. Situación actual y régimen transitorio

El caso es que, se haya efectuado o no la transposición, la Directiva resulta de aplicación ya desde el 28 de diciembre de 2009, y la Ley 17/2009 lo es desde el 26 de diciembre. Nótese que la Ley no se limita a imponer deberes a los poderes públicos, sino que reconoce directamente derechos a los ciudadanos. Por ejemplo, el artículo 4 determina el derecho de los prestadores a “establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios, sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley”. Asimismo, los preceptos de la Ley quedan formulados en términos que deben entenderse de aplicabilidad inmediata: “La normativa reguladora (...) no podrá imponer (...)”, “Los procedimientos y trámites (...) deberán tener carácter (...) y darse a conocer con antelación”, “Las administraciones públicas no podrán exigir requisitos (...)”.

Este planteamiento supone que los derechos reconocidos a terceros son ya exigibles, lo que coloca a las admi-

nistraciones locales en la situación de dar respuestas adecuadas al nuevo ordenamiento, aun sin haber realizado la transposición, y en muchas comunidades aun sin que la hayan completado los niveles de gobierno superiores.

La cuestión se agrava si se tiene en cuenta que la Ley 17/2009 derogó, a partir del 27 de diciembre pasado, toda la normativa que se oponga a la liberalización que nos ocupa. Ello quiere decir que las restricciones tradicionales han perdido vigencia, incluso en aquellos casos en que las autorizaciones o límites sean susceptibles de justificación si la misma todavía no se ha explicitado.

El caso es que la Ley de transposición no aborda prácticamente el período transitorio. Se limita a imponer a las administraciones públicas la obligación de comunicar, antes del 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias modificadas a estos efectos. Una obligación de cumplimiento prácticamente imposible, puesto que la Ley entró en vigor el mismo día en que debía hacerse la comunicación. Por otro lado, mal se puede efectuar la adaptación de normas y procedimientos si hay que esperar a una legislación general que en muchos casos, a estas alturas, todavía no se ha publicado. Sin embargo, y paradójicamente, la Ley de transposición incluye una disposición adicional que imputa a cada Administración las responsabilidades que la Comisión Europea pueda exigir al Estado español por incumplimiento, obligación recalcada en la Ley de ordenación del comercio minorista.

Como se ha dicho, la transposición debe proyectarse necesariamente respecto al conjunto de ordenanzas y actividades locales. Sin duda, una ordenanza transversal ayuda a afrontar la situación, pero algo hay que resolver respecto a la masa de normas y procedimientos vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Directiva.

En este contexto, y en una primera aproximación, cabe entender lo siguiente:

– Respecto a las licencias y controles sobre actividades que afectan al medio ambiente, ya se ha visto cómo en general no se ha modificado la normativa tradicional. Por tanto, hemos entrado en un período en que la Directiva ya es aplicable sin adaptación de la legislación interna.

Estamos en una materia en que los controles quedan, en general, justificados por una razón imperiosa de interés general –la protección del medio ambiente y entorno urbano–. Otra cosa es que se pueda discutir si el control establecido es proporcionado. Ciertamente,

en este punto hay un margen legítimo de apreciación, especialmente en el ámbito de las actividades que comportan una afectación ambiental menor.

Sea como fuere, como se ha dicho, estamos ante actividades que comportan afectación ambiental y, por tanto, existe ya de entrada una razón imperiosa de interés general que justifica las restricciones. Por otro lado, la legislación general mantiene el sistema de autorizaciones y restricciones una vez agotado el plazo de transposición, de forma que las ordenanzas municipales se mantienen bajo la sombra de la Ley durante este tiempo.

Respecto a las actividades inocuas, entiendo que el mantenimiento de la comunicación se puede justificar en la necesidad de una toma de razón a los efectos de facilitar la inspección para verificar si hay o no afectación ambiental.

- Respecto a las licencias y controles en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, las licencias quedan salvaguardadas en los mismos términos que las ambientales.

- Licencias referidas a establecimientos de pública concurrencia o las fundamentadas genéricamente en el Reglamento de servicios. Cabe entender que teóricamente podrían mantenerse en la medida en que se justifique su vinculación con la seguridad de las personas, aunque los requisitos exigibles deberán limitarse a tal objetivo y a los relacionados con otras razones imperiosas de interés general, como la protección de los consumidores o la garantía de la convivencia ciudadana. Ahora bien, cabe recordar que la Ley de transposición impone una reserva de Ley para el establecimiento de autorizaciones, y en este caso en general no hay norma de cobertura.

- Respecto a las licencias y actos de control respecto a comercios como tales, ya se ha visto cómo la situación es variable en función de la Comunidad Autónoma. Ahora bien, igual que en los casos anteriores, o bien la norma autonómica instituye la autorización, o bien la misma no es posible. Incluso en algunos casos como el de la Ley catalana, se cierra el paso a cualquier posibilidad de intervención municipal, incluso la introducción de una declaración responsable o comunicación previa.

Así pues, en los dos últimos casos cabe entender que independientemente de que pudiesen existir razones imperiosas de interés general que justifiquen las licencias, la necesidad de su previsión por Ley motivada impide su mantenimiento actual.

4. La proyección de la Directiva en la gestión del dominio público

Cabe entender que la Directiva no afecta inicialmente a las concesiones, licencias y restricciones en general sobre el dominio público. El apartado 9 de la exposición de motivos circunscribe claramente la aplicación de la Directiva a los requisitos que afecten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, no a aquellos otros que son de general aplicación a los ciudadanos, aunque puedan ser instrumentalmente necesarios para el establecimiento de una actividad privada de servicios.

En términos generales, las autorizaciones y restricciones tradicionalmente establecidas en relación al dominio público responden a dos motivos principales. El primero consiste en la misma protección del dominio público; el segundo en la garantía de utilización del dominio público conforme a su naturaleza y destino, así como la organización y compatibilización de los usos.

El caso es que ni la protección del dominio público ni la ordenación de los usos son finalidades que hayan quedado incluidas como razones imperiosas de interés general en el listado de la Directiva ni en la Ley de transposición. Parece evidente que si en la intención de una y otra norma hubiera estado proyectar la Directiva de servicios a la gestión del dominio público, sería esta una cuestión de suficiente importancia para mencionarla específicamente en los objetivos y ámbitos de aplicación de las mismas. Desde luego esta situación hubiera obligado a prever al efecto razones imperiosas de interés general, y no es el caso.

Es cierto, no obstante, que la Ley 25/2009 proyecta la Directiva a la gestión de algunos sectores del dominio público del Estado, o así se puede entender desde el momento en que la Ley incluye modificaciones liberalizadoras en la legislación sectorial sobre puertos, costas, aguas o montes. Sin embargo, las transformaciones son relativamente menores, de forma que no cabe entender que el Estado haya proyectado masivamente la Directiva en su propio régimen de gestión del dominio público.

En la misma línea, algunas de las ordenanzas municipales que se promueven en estos momentos incluyen también la extensión de la Directiva de servicios a algunos aspectos de la gestión del dominio público. Sin embargo, cabe considerar que tales modificaciones legislativas son consecuencia de una voluntad de simplificación o de homogeneización de las ordenanzas, y no un imperativo legal.

La proyección de la Directiva de servicios en bloque al dominio público tendría consecuencias muy trascendentes, especialmente si se aplica no solo al establecimiento de actividades en sentido estricto, sino también a su ejercicio, de forma que habría que aplicar el conjunto de principios de la Directiva también a veladores, cajeros automáticos, publicidad, paradas de transportes y cualquier otro supuesto de afectación del dominio público por parte de actividades privadas.

Sin embargo, el objetivo de la Directiva es la libertad de establecimiento y prestación de servicios por parte de particulares, libertad que queda naturalmente referida al establecimiento y ejercicio de la actividad por medios propios, sin que ello comporte derechos sobre la propiedad ajena –incluido el dominio público– más allá de lo previsto en la legislación sobre el patrimonio de las administraciones públicas en cuanto al uso común especial y el uso privativo. En consecuencia, las reglas sobre publicidad y concurrencia han de ser en este ámbito las previstas en la normativa sobre el dominio público, sin más. Ni tan solo en los casos en que la Administración libra al sector privado un espacio y una ocasión para prestar servicios –mercados y mercadillos, por ejemplo– ha de resultar de aplicación la Directiva, puesto que debe respetarse la libertad de la Administración titular de la iniciativa y del espacio afectado para imponer las condiciones que definen el perfil de la prestación del servicio según un modelo propio vinculado a su particular concepción del interés público. Esto es, la libertad de establecimiento y prestación de servicios de los particulares no puede generar derechos sobre el dominio público más allá de los principios de publicidad y concurrencia, inherentes a la gestión patrimonial y a la gestión indirecta de los servicios públicos.

Alguna duda puede plantearse respecto a determinadas situaciones de control en las que se da un uso poco intensivo del dominio público, como la publicidad visible desde la vía pública, o situaciones en que la normativa municipal no distingue entre la ordenación general de la convivencia, los usos admisibles en el dominio público y restricciones aplicadas a alguna determinada actividad económica de particulares. Por ejemplo en casos de venta ambulante itinerante o en camiones-tienda, prostitución u otras profesiones ejercidas en la vía pública sin un uso particularmente intensivo de la misma, o en el caso de la publicidad visible desde la vía pública. En tales supuestos, quizás habría que encontrar alguna razón imperiosa de interés general que dé cobertura.

Un caso especial es el de la **venta ambulante**. En efecto, la Ley de comercio minorista y el Real decreto 199/2010 han considerado este sector como incurso en la Directiva de servicios, y han establecido un régimen caracterizado por la supresión de requisitos relacionados con la valoración de la necesidad o la demanda del mercado, o la programación económica, imponiendo un régimen de concesión de naturaleza pública y transparente. El Real decreto citado prevé el mantenimiento de la autorización municipal, aunque de duración limitada en función del tiempo necesario para amortizar y retribuir la inversión. La norma se remite específicamente a la Ley de transposición, de forma que quede vetada la renovación automática y también el reconocimiento de ventajas al prestador una vez extinguida la autorización.

El anterior planteamiento ha sido secundado explícitamente por buena parte de las comunidades autónomas, aunque con variaciones significativas. Por ejemplo, la duración de la licencia en Andalucía es de 1 a 4 años, mientras que en Madrid tiene un plazo mínimo de 5 años.

5. La aplicación de la Directiva en materia urbanística

Ya se ha visto cómo la Directiva de servicios se aplica solo a los requisitos que afecten al acceso a una actividad o servicio, de forma que no se refiere a otras restricciones, aunque sean instrumentalmente necesarias para ejercer la actividad. Por tal razón, el apartado 9 de la exposición de motivos de la Directiva excluye expresamente las normas relativas a ordenación del territorio, urbanismo u ordenación rural. Debe entenderse que este planteamiento salva no solo las normas urbanísticas, incluido el planeamiento, sino también los actos singulares como las licencias, de la misma forma que no se discute que la exclusión de la normativa de tráfico se proyecta también sobre la autorización de conducir.

En este sentido, destaca cómo las leyes de transposición aprobadas hasta el momento tanto por el Estado como por las comunidades autónomas no incluyen referencias a la normativa urbanística. Es más, las iniciativas legislativas que en materia urbanística han tramitado algunos parlamentos autonómicos, ya al final del período de transposición, ignoran la Directiva de servicios. Tal es el caso de la Ley de Aragón 3/2009 o el Decreto ley 1/2007 y la Ley 26/2009 de Cataluña. En

el primer caso, un olvido ciertamente llamativo, puesto que la Ley incluye referencias al régimen tradicional de licencias ambientales y licencia de apertura sin modificaciones.

En algunos de los planteamientos que se han hecho en el ámbito local se parte de la idea contraria, lo que lleva a la necesidad de justificar la necesidad y proporcionalidad de las diferentes licencias urbanísticas y asimismo las limitaciones establecidas respecto a algún género de establecimientos si fuera el caso, o bien a desarmar los controles previos y a sustituirlos por comunicaciones o declaraciones responsables.

Entiendo que en todo caso una parte sustancial del urbanismo ha de quedar claramente al margen de la Directiva de servicios. Se trata de la parte referida a la planificación y disciplina de las construcciones. La duda se puede plantear en todo caso en materia de planificación y disciplina de usos, que es donde puede haber una repercusión directa sobre la libertad de establecimiento.

5.1. Planeamiento

En el ámbito del planeamiento, la duda puede referirse a las restricciones no formuladas en términos absolutos –prohibición de determinados usos–, sino a las restricciones relativas para determinados servicios o actividades, como por ejemplo la imposición de distancias entre establecimientos o un número máximo de las mismas, o superficies mínimas. La Ley de transposición solo prevé la limitación del número de establecimientos en el supuesto de escasez de recursos naturales o físicos, o por limitación de la capacidad técnica a utilizar en el desarrollo de la actividad (artículo 8.1), posibilidad excepcional que necesita ser motivada en razones imperiosas de interés público (artículo 11.1). Ciertamente hay razones poderosas que justifican limitaciones de tales características en el planeamiento, el límite a la densidad de determinadas actividades puede tener una justificación urbanística para evitar clústeres o guetos urbanos (monocultivo comercial, prostitución), o molestias por concentración (bares y actividades recreativas). Ahora bien, la presencia de una limitación en el número de actividades admisible en una zona, y, al mismo tiempo, la sumisión a licencia de tales actividades, produce una situación difícil desde la perspectiva de la Directiva de servicios, puesto

que en tal supuesto las autorizaciones –las licencias urbanísticas de uso– habrían de ser temporales, y estarían sometidas a concesión mediante licitación pública, según imponen inexorablemente el artículo 12 de la Directiva y el artículo 8 de la Ley de libre acceso.

Cabe señalar que la Ley de comercio minorista autoriza la introducción en el planeamiento de restricciones de este tipo, por razones derivadas de la movilidad respecto a comercios situados fuera del núcleo urbano y el favorecimiento de las necesidades de compra en un entorno de proximidad (disposición adicional 10ª). Legitimación que como se ha dicho algunas comunidades autónomas han ampliado notablemente. Por cierto, ninguna de ambas razones, ni en general las ampliadas por la legislación autonómica, consta en las razones imperiosas de interés general de la Ley de transposición. Sea como fuere, al menos las anteriores razones permiten una planificación urbanística de usos comerciales.

5.2. Licencias

Respecto a las licencias, ya se ha adelantado que en principio las licencias de construcción deberían quedar al margen de la Directiva, como también en general las restantes licencias. El problema se plantea en todo caso respecto a las licencias de usos, y solo a las que afectan directamente al establecimiento de actividades.

En materia de licencias, puede ser recomendable la posibilidad de organizar los procedimientos para aprovechar la licencia de obras con el fin de tramitar también, simultáneamente y en unidad de acto, otros controles que afecten a la actividad; esto es, acumular a la licencia urbanística la comunicación o declaración responsable que pueda resultar necesaria desde otras perspectivas no urbanísticas, de forma que la licencia urbanística pueda operar a modo de autobús procedimental. Ahora bien, entiendo que esta posibilidad tiene un límite que está en no confundir el régimen jurídico de las diferentes técnicas de policía, extendiendo materialmente los efectos represivos de la licencia urbanística a materias no urbanísticas. En definitiva se trata de aplicar la previsión tradicional respecto a la tramitación de licencias en expediente único, incluyendo los supuestos de comunicación previa y declaración responsable y operando la licencia urbanística como locomotora procedimental.

5.3. Silencio administrativo

Finalmente, uno de los aspectos que parte de la doctrina pone de relieve respecto a la eventual aplicación de la Directiva de servicios al urbanismo, se refiere al silencio administrativo.

En efecto, la Directiva y la Ley de transposición (artículo 6) recalcan la regla del silencio positivo, permitiendo excepcionalmente supuestos de silencio negativo cuando una Ley así lo establezca y quede motivado por razones imperiosas de interés general. La Ley 25/2009 ha modificado en este sentido el régimen general del silencio regulado en el artículo 43 de la Ley 30/1992, introduciendo ambas condiciones, modificación que por cierto se hace con carácter general y no solo para las solicitudes afectadas por la Directiva de servicios. Por su parte, la disposición adicional 4ª presupone que existen razones imperiosas de interés general en todos los supuestos de silencio negativo establecidos hasta el momento por normas con rango de Ley y normas comunitarias. Se trata sin duda de un supuesto extremo de justificación genérica que plantea serias dudas sobre su adecuación a la Directiva, puesto que esta impone que las excepciones sean reflexivas y motivadas de forma singular, una motivación que incluye no solo la justificación de la concreta razón imperiosa de interés general considerada, sino también la proporcionalidad de tal solución.

En este contexto, se ha planteado si puede mantenerse todavía el silencio negativo en materia urbanística en los supuestos en que la licencia presunta sea *contra legem*. En tal caso se duda de que el silencio negativo sea realmente necesario y proporcional cuando la Administración dispone ya del mecanismo del control previo –licencia–, además de las facultades de inspección, sanción, restauración de la legalidad urbanística y revisión de oficio. En este contexto la razón de ser del silencio negativo no es otra que la incompetencia de la Administración o su incapacidad para resolver en plazo, que es una justificación bien pobre.

6. Razones imperiosas de interés general

La identificación de alguna razón imperiosa de interés general, constituye la condición que permite mantener controles y restricciones municipales en la implantación y prestación de actividades por parte de particulares.

La Directiva se remite, inicialmente, a las razones que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido estableciendo hasta ahora. En este sentido, se acepta expresamente un listado de razones concretas de imperiosa necesidad que, en lo que afecta a la actividad local, incluye las siguientes (DS, artículo 4.5):

Orden público; seguridad pública y protección civil; salud pública; política social; protección de consumidores y usuarios; prevención de fraudes; bienestar animal; prevención de la competencia desleal; protección del medio ambiente y entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural; seguridad vial; política cultural; garantía de un alto nivel de educación; fomento de la lengua; patrimonio nacional, histórico y artístico.

En la Directiva, el anterior listado de motivos que pueden legitimar el mantenimiento de autorizaciones y restricciones no queda formulado en relación cerrada. Esta es una lista de ejemplos extraída de la jurisprudencia europea, que es una jurisprudencia que se ha ido dictando casuísticamente hasta el momento, en un proceso que no se puede tener por finalizado. Se trata de una jurisprudencia en construcción, de forma que no puede excluirse la posibilidad de que el Tribunal admita nuevas razones.

Conviene señalar en este sentido que, hasta ahora, las razones imperiosas de interés general las ha ido identificando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en un contexto determinado, esto es, a propósito de la libertad de capitales o la libre competencia, también en el ámbito de la libertad de establecimiento, aunque más bien desde la perspectiva de la discriminación entre nacionales de estados diferentes y no desde la concreta perspectiva de la Directiva que nos ocupa. Por consiguiente, las razones imperiosas de interés general no necesariamente tienen que ser las mismas desde una perspectiva que es nueva, ni tienen que operar con la misma intensidad. Por otro lado, la identificación de razones de interés general puede variar cualitativamente en un ámbito tan específico como el local, donde algunos valores de indudable interés público como la convivencia, la cohesión social, el derecho a la circulación o, por ejemplo, la limpieza y el ornato, tienen una singular relevancia.

De hecho, la jurisprudencia comunitaria ha identificado otras razones de interés general aparte de las transcritas en la Directiva, como “la necesidad de preservar la coherencia de un régimen tributario” (TJCE, Sala 5ª, sentencia de 21 de noviembre de 2002, núm. C-436/00) o “la necesidad de incentivar la investigación y

el desarrollo" (TJCE, Sala 3ª, sentencia de 13 de marzo de 2008, núm. C-248/06).

La Ley de transposición incluye también un listado de razones imperiosas de interés general –artículo 3.11–, que es la base para el mantenimiento o introducción de controles previos –artículo 9–, restricciones cuantitativas o territoriales y otras limitaciones –artículos 11.2 y 12.3–. Como se ha apuntado ya, a diferencia de la Directiva, la Ley cierra el listado de razones imperiosas de interés general a las expresamente admitidas, lo que impide inicialmente identificar nuevas razones. Ciertamente es que, al mismo tiempo, la Ley incorpora una nueva razón no existente en la Directiva, como "la protección de derechos", sin más especificación, circunstancia que ofrece un margen amplio de desarrollo.

En este contexto, y partiendo de una lista cerrada de razones imperiosas de interés general, la alternativa que queda es desglosar las razones admitidas en la Ley, a los efectos de incluir en las mismas objetivos de interés público típicamente locales, como los citados de protección de la convivencia, la circulación de personas y vehículos, la cohesión social o la protección del paisaje.

7. Establecimiento de sucursales

En términos generales, la Directiva de servicios introduce el principio de validez general de las autorizaciones y controles establecidos en un Estado miembro, y la interdicción de duplicidad de requisitos y controles equivalentes. En este sentido, el artículo 10.4 de la Directiva dispone que la autorización concedida en un Estado deberá permitir la prestación de servicios en todo el territorio del Estado en cuestión, incluso mediante la apertura de filiales o sucursales, a menos que una razón imperiosa de interés general justifique una autorización individual de cada establecimiento singular; circunstancia que, dicho sea de paso, debe advertirse específicamente a través de la ventanilla única (artículo 11.3.a). Así pues, se sienta el principio de validez territorial estatal –no comunitaria– de las autorizaciones y el principio de validez comunitaria de las condiciones de concesión ya acreditadas.

Este planteamiento queda reproducido en la Ley 17/2009, aunque de forma confusa. En efecto, el artículo 7.3 sienta el principio general de validez en todo el territorio español de las autorizaciones, comunicaciones o declaraciones responsables, aunque la redacción es ambigua respecto a la de la Directiva,

puesto que no acota el origen nacional o europeo de la autorización como sí hace la Directiva. El caso es que la validez de la autorización en todo el Estado se extiende también al establecimiento de sucursales. El mismo precepto salva la posibilidad de introducir la obligatoriedad de autorizaciones y controles para sucursales en los mismos términos de la Directiva, esto es, a partir de la constatación de una razón imperiosa, y respetando los principios de proporcionalidad y no discriminación.

En todo caso, la regla es la validez en ámbito estatal de las autorizaciones, de forma que, si se quiere someter sistemáticamente la apertura de sucursales a algún control, así tiene que quedar establecido y motivado expresamente en la Ordenanza.

El planteamiento del artículo 7.3 puede quedar confundido, a causa de la redacción categórica de otro precepto de la Ley de transposición. En efecto, el artículo 9.1 impide taxativamente a las administraciones públicas la exigencia de requisitos, controles previos o garantías equivalentes a las que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro, sin más. Hay en este precepto un error de transposición, puesto que, como se ha dicho, el artículo 10.3 de la Directiva se refiere a la validez en el ámbito comunitario de la acreditación de las condiciones requeridas para la autorización o control, pero no a la validez general de estas últimas. El artículo 9.1 de la Ley, al tomar el principio de no duplicidad en el ámbito europeo de las condiciones de concesión de licencias como no duplicidad de las licencias y los controles mismos, está implantando de hecho la licencia única europea, mucho más allá de lo que la Directiva prevé.

Debe tomarse el redactado del artículo 9.1 de la Ley como un error grueso de transcripción –como ocurre también, por ejemplo, con el artículo 12.3 de la Ley respecto al artículo 16.3 de la Directiva, en relación a los apartados 77 y 78 de su exposición de motivos–.

Cabe entender que la cuestión de las sucursales debe atenderse al planteamiento del artículo 7.3 de la Ley, de forma que no debe cuestionarse la posibilidad de someter las mismas a autorizaciones y controles singulares, siempre que se den las circunstancias generales establecidas para cualquier restricción, aunque, como se ha dicho, probablemente las ordenanzas municipales habrían de abordar esta cuestión a partir de alguna previsión específica y expresa en este sentido, puesto que, de lo contrario, opera el principio de no sumisión de las sucursales a controles.

8. Servicios de interés general y servicios de interés económico general

La Directiva de servicios excluye de su ámbito de aplicación los monopolios prestadores de servicios (DS artículo 1.3). A la vez, excluye también los servicios de interés general (SIG) en la medida que no quedan afectados por el artículo 57 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (DSEM 17 y DS artículo 2.1.a/); esto es, porque en estos casos no hay una prestación de servicios a cambio de remuneración. Por la misma razón se considera que los servicios económicos de interés general quedan inicialmente incluidos, ya que se realizan a cambio de contrapartida económica.

Respecto a los servicios de interés económico general (SIEG), la Directiva establece que su aplicación no tiene que comportar la liberalización del SIEG ni la privatización de la entidad pública prestadora del servicio (DS artículo 1.1). A su vez, el artículo 15.4 admite, en el caso de los servicios de interés general, un margen relativamente amplio para introducir restricciones cuantitativas, territoriales, imposición de servicios de prestación obligatoria, de tarifas u otros.

El caso es que la Directiva marca una línea divisoria entre servicios de interés general y los servicios de interés económico general, dando por sentado que la diferencia entre un concepto y otro está inicialmente en la presencia de una contraprestación. Sin embargo, en la práctica, esta distinción SIG-SIEG no es demasiado significativa para nosotros, si resulta que la existencia de contraprestación económica es habitual también en los supuestos de servicios públicos tradicionales –tasas–.

Los conceptos de servicio de interés general y servicio de interés económico general son ajenos a nuestro Derecho interno. Es más, se puede advertir que, a pesar de tener una gran tradición de servicio público, nuestro ordenamiento no acierta a definir de forma clara las modalidades de intervención de las administraciones públicas y las fronteras de la actividad pública con la libertad de empresa y la libre competencia.

La Ley de bases del régimen local admite la libertad de creación de servicios públicos, con la única condición de que respondan a las competencias que los municipios tienen reconocidas (artículo 85), sin perjuicio de que se haga una reserva específica de algunos sectores en favor de las entidades locales en el artículo 86.3.

De este planteamiento se deriva la admisión de una categoría de servicio público de configuración abierta, y que se encuentra más allá de la iniciativa pública y

de la reserva de sectores esenciales. Una categoría genéricamente ligada a las competencias atribuidas a los entes locales, sin más.

Ahora bien, cuando se trata de articular materialmente las fronteras entre estas categorías y su régimen jurídico –servicio público, iniciativa económica, reserva–, las contradicciones y ambigüedades son constantes, en parte por la utilización de conceptos equívocos y en ocasiones transversales, como el de actividad económica.

En la lógica de la Directiva, lo relevante no es si un concreto ente instrumental que presta un servicio público –sea SIG o SIEG– queda incluido en la Directiva, sino en qué medida los eventuales operadores privados del sector económico en el que opera el servicio público reciben los beneficios de la Directiva, o por el contrario pueden quedar afectados por restricciones. Así, por ejemplo, poco sentido tiene excluir los servicios sociales prestados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas, pues desde la perspectiva comunitaria poca relevancia tiene si el Estado o las asociaciones benéficas gozan de suficiente libertad de establecimiento, o si se pueden ahorrar alguna restricción; lo que importa es saber si el sector económico de los servicios sociales, en su conjunto, queda afectado por la Directiva, y si las entidades privadas –incluidas o no en el sistema de servicios públicos– quedan inicialmente afectadas por la liberalización.

La jurisprudencia comunitaria admite que el concepto de SIEG es un concepto jurídico no consolidado, aunque parece que lo identifica como una misión concreta de interés general que se proyecta sobre los operadores de un mercado económico; lo que requiere, en primer lugar, la necesidad de definir de forma precisa la misión en cuestión, y, en segundo lugar, un acto formal de adjudicación de esta misión a uno, a varios, o a todos los operadores que actúan en el mercado afectado.

Por lo tanto, en la lógica de la Directiva, los sectores en los que operan servicios de interés económico general quedan inicialmente sometidos a la misma, aunque la preservación de la misión de interés general inherente al SIEG constituye una razón que permite justificar determinadas restricciones o mantener autorizaciones si las mismas resultan necesarias a tal efecto.

Poco sentido tendría que la Directiva utilice los conceptos de SIG y SIEG para referirse a los entes instrumentales con que las administraciones públicas prestan el servicio o intervienen. El objetivo de la Directiva es

el de facilitar el establecimiento y la prestación de actividades económicas por parte de particulares, de forma que las referencias a los servicios de interés general y a los servicios de interés económico general se han de entender hechas a los sectores materiales en los que se proyectan.

Ciertamente, sería útil incluir una definición práctica y aplicada al ámbito local de los servicios de interés general y los servicios de interés económico general, incluso una lista de sectores o servicios excluidos por responder a la categoría de servicio de interés general o por otras razones, como por ejemplo los servicios objeto de reserva asumidos en régimen de monopolio, mercados municipales, o la distribución y tratamiento de aguas; esto es, sectores en los que no existe plena libertad de establecimiento, por estar mediatizados por un servicio público.

Respecto a los servicios de interés económico general, ya se ha advertido que los sectores de actividad correspondientes quedan incluidos en el ámbito de la Directiva. En la lógica de la Directiva, la presencia de un SIEG simplemente permite justificar determinadas restricciones o autorizaciones, si las mismas resultan indispensables para garantizar la eficacia de la misión inherente al SIEG. Ello pone de relieve que, antes o después, habrá que reordenar nuestro entramado de servicios, definiendo cuáles son de interés general sin más y cuáles son servicios de interés económico general. En este último caso habrá que definir de forma precisa la misión de servicio público que constituye su razón de ser, y en segundo lugar, habrá que dictar un acto formal de adjudicación de tal misión a uno, a varios, o a todos los operadores que actúan en el mercado afectado (TPICE, Sala 3ª, sentencias de 12-2-2008 –núm. T/289/2003–, y de 1-7-2008 –núm. T/266/2002–). Quizás el proceso de transposición sea un buen momento para empezar a pensar en esta reordenación.

Pues bien, las leyes de transposición no avanzan ni mucho menos en esta línea. En efecto, la Ley 17/2009 no aclara cómo debemos interpretar en Derecho interno los conceptos de SIG y SIEG. Al contrario, parece ignorar estas categorías, de forma que no hay referencias excepto la inicial limitada a la exclusión de los servicios de interés general. En este sentido destaca cómo mientras el artículo 15.4 de la Directiva admite la aplicación de restricciones excepcionales, cuando las mismas sean necesarias para preservar una misión SIEG, esta posibilidad queda clamorosamente omitida en el correlativo artículo 11 de la Ley 17/2009.

Los **servicios funerarios** pueden servir de ejemplo. A partir del Real decreto ley 7/1996, los servicios funerarios dejaron de ser una actividad reservada a los municipios para pasar a ser un sector liberalizado, sin perjuicio de la competencia municipal para definir normativamente los requisitos necesarios para su ejercicio y la posibilidad de someter el mismo a licencia. En algunos casos este planteamiento fue matizado por leyes autonómicas, como la Ley 2/1997 catalana, que atribuyó a este sector la condición de “servicio esencial de interés general, servicio que puede ser prestado por la Administración, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos”. Una categoría jurídica ciertamente curiosa, puesto que no encaja exactamente ni en el sistema español ni en el europeo.

El caso es que la Directiva pone a este sector ante una nueva liberalización, en esta ocasión eliminando restricciones y controles a menos que se justifiquen adecuadamente. Por otro lado, la Directiva abre la posibilidad de prestación del servicio por parte de operadores españoles o europeos ya instalados en otros países, con la salvedad de autorizar el establecimiento o local si lo hay. Pero es que el impacto de la Directiva no acaba aquí, puesto que la disposición adicional séptima de la Ley 25/2009 anuncia una nueva y próxima liberalización de los servicios funerarios.

En definitiva, con independencia de que se identifique una razón imperiosa de interés general o se justifique la necesidad ineludible de la licencia municipal para estas actividades, la intervención municipal puede articularse a partir de la configuración del servicio como servicio económico de interés general y la definición de misiones de interés general, como por ejemplo la prestación de servicios de beneficencia o la imposición de tarifas o la obligación de prestar el servicio con un determinado grado de intensidad y extensión. En este contexto, la licencia puede asumir una razón de ser, que es el control de garantía y compatibilidad del prestador con el SIEG.

9. Ventanilla única y procedimientos virtuales

Los artículos 6 y 8 de la Directiva de servicios imponen un sistema de comunicación virtual entre Administración, prestadores y usuarios a través de una ventanilla única. Este sistema ha de proporcionar la información sobre requisitos y procedimientos de autorización o

establecimiento, y también información sobre los prestadores ya establecidos. Al mismo tiempo, la ventanilla única debe hacer posible la tramitación virtual de los citados procedimientos.

Los artículos 18 y 19 de la Ley 17/2009 recogen el citado derecho de los prestadores a obtener la información completa correspondiente a las condiciones y requisitos necesarios para prestar servicios, y a informarse y tramitar procedimientos a distancia mediante sistemas telemáticos de comunicación, un derecho que incluye el conocimiento del estado de tramitación de los procedimientos iniciados. También debe canalizarse por la ventanilla única el derecho de los usuarios a conocer la información correspondiente a los prestadores establecidos. Unas comunicaciones que hay que proporcionar en las dos lenguas oficiales más una tercera lengua comunitaria.

Por su parte, el artículo 17 dispone que, en los procedimientos instados en esta materia, han de aceptarse los documentos procedentes de otros estados miembros, que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos en España, documentos que serán válidos sin necesidad de traducción, ni siquiera será necesario aportar los originales o copias compulsadas.

Ciertamente, la Directiva ya imponía la necesidad de ventanilla única, pero no definía la articulación específica de tal sistema de comunicación, lo que dejaba abierta la posibilidad de plantearlo de formas diversas, esto es, de forma individualizada para cada Administración, o bien de forma agregada en uno u otro nivel territorial. La Directiva admite que el número de ventanillas únicas puede variar en cada Estado en función del número de administraciones competentes, aunque ello no debe impedir que el prestador tenga un interlocutor único al que dirigirse para realizar todos los trámites. Por tanto, una de las administraciones ha de asumir la interlocución –ventanilla única–, coordinando a las demás administraciones (EMDS 48).

Inicialmente la Administración del Estado se planteó un programa piloto para la puesta en marcha de una ventanilla única para el conjunto de las administraciones españolas. En la práctica tal ventanilla funciona (<http://www.eugo.es>), aunque se limita a ofrecer información de carácter general.

Pues bien, el caso es que la Ley de transposición parece que configura la ventanilla como un sistema de comunicación que cada Administración ha de ofrecer de forma individualizada, puesto que se establece la obligación individualizada de articular este sistema de comunicación,

y sin embargo no se incluye en la Ley un sistema de coordinación o de reconducción a la unidad de las ventanillas establecidas por cada Administración.

Por su parte, la modificación de la LBRL incluye el derecho inequívoco e inmediato de los prestadores de servicios a comunicarse mediante la ventanilla única, a obtener la información necesaria y a tramitar los procedimientos virtualmente. En el mismo sentido algunas leyes autonómicas se han referido explícitamente a la obligación municipal de establecer ventanillas propias (Navarra o Galicia).

Así pues, parece que se impone una ventanilla única en cada Ayuntamiento. Como se ha señalado, ello comporta la necesidad de canalizar, mediante este sistema, la posibilidad de comunicaciones electrónicas y la tramitación virtual de procedimientos, un escenario que supone un auténtico cambio de paradigma en la gestión burocrática de las administraciones públicas, un cambio de gran complejidad.

Precisamente ahora en España se está poniendo en marcha la Administración electrónica. En efecto, la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, definió recientemente el derecho de los ciudadanos a este medio de relación de los vecinos con las administraciones públicas y los parámetros de la Administración electrónica, estableciendo un plazo general de dos años para su puesta en marcha, plazo que concluyó el 31 de diciembre. A partir de tal fecha los ciudadanos habían de poder ejercer plenamente sus derechos por medios electrónicos en cualquier procedimiento y actividad competencia de la Administración. Precisamente en esta línea se publicó el pasado 18 de noviembre de 2009 el Real decreto 1671/2009.

El caso es que el anterior plazo de aplicación no resulta tan perentorio para las administraciones locales. La disposición final tercera de la Ley establece un régimen especial de aplicación para el ámbito local, de forma que el ejercicio de los derechos a la información y tramitación electrónica que la Ley reconoce a los ciudadanos será exigible a partir de 31 de diciembre de 2009 respecto a las administraciones locales, solo si lo permiten sus disponibilidades presupuestarias. Un planteamiento que, pese a su ambigüedad, permite un margen de flexibilidad.

Sin embargo, la Ley de transposición de la Directiva de servicios impone la puesta en marcha de la Administración electrónica sin dilación ni excepciones posibles, en lo que se refiere al establecimiento y prestación de servicios por parte de particulares.

En este contexto, las administraciones locales quedaban formalmente obligadas a disponer de ventanilla telemática de información y tramitación no ya el 31 sino el 28 de diciembre. Es obvio que no puede ponerse en marcha este nuevo sistema de comunicación con los ciudadanos de la noche a la mañana, pero el caso es que las administraciones locales se han de plantear ya a partir de ahora la aplicación de este servicio. Por ello, hay que estar al caso sobre la forma en que la Administración electrónica va tomando cuerpo en nuestro país, puesto que ningún sentido tendría montar un sistema *ad hoc* que luego resulte incompatible o sencillamente diferente al general. En este sentido, conviene tener en cuenta las soluciones que se apuntan ya en el Real decreto 1671/2009 antes citado, soluciones que muy probablemente tendrán repercusión general. Asimismo, debe estarse a lo previsto en el “Esquema Nacional de Interoperabilidad” (Real decreto 4/2010), que define los criterios comunes de gestión de la información que han de permitir intercambiar información entre administraciones, o el “Esquema Nacional de Seguridad” (Real decreto 3/2010), que establece los criterios y niveles de seguridad en los procesos de tratamiento de la información.

Otras novedades a tener en cuenta son las previsiones sobre la efectividad del derecho de los ciudadanos a no presentar documentación que se encuentre en poder de las administraciones públicas, el concepto de sede electrónica y el régimen de creación de las mismas, el punto de acceso común a toda la Administración, los sistemas de identificación y de autenticación, la actuación por representante, la posibilidad de que los funcionarios asuman una intermediación prestando su identificación, la gestión de la documentación electrónica, el cambio de soporte de la misma y su archivo. También la reciente Decisión de la Comisión Europea relativa a la validez de los certificados de firma digital avanzada emitidos en otros países, y la obligación de los estados de emitir una relación de las autoridades de certificación extranjeras reconocidas, a los efectos de que sus certificaciones puedan tener eficacia interna (Decisión de 16 de octubre de 2009, DOUE de 14 de noviembre).

Sea como fuere, parece claro que a estas alturas no puede acometerse una empresa de una magnitud como la descrita, para su incorporación a las ordenanzas que están en ciernes. Por consiguiente, poca utilidad tendría que las mismas incorporen algún intento apresurado en este sentido, si no puede ofrecerse un modelo acabado.

En este marco, lo más razonable es que las ordenanzas municipales reenvíen la cuestión a los medios de información y comunicación telemática ordinarios de la corporación, y al sistema común de Administración electrónica en el momento en que el mismo se ponga en marcha.

10. Requisitos inherentes a las solicitudes de autorizaciones y actos de control

Las solicitudes de licencia, las declaraciones responsables y las comunicaciones, requieren, de ordinario, la aportación de documentación anexa, y, eventualmente, el cumplimiento de determinadas condiciones. Así, usualmente, con la solicitud o comunicación hay que aportar proyectos, programas, visados y, en general, la documentación que corresponda. La normativa sectorial correspondiente precisa cuál es esa documentación, y las condiciones necesarias. En este sentido, en el caso de que la documentación aportada sea incompleta, la legislación impone, al efecto, un trámite de subsanación previo al decaimiento de la solicitud por desistimiento presunto –artículo 71 de la Ley 30/1992; DS, artículo 13.6–.

Los requisitos iniciales son hasta ahora los establecidos en la legislación específica, pero, al margen del control inicial de documentación, en un procedimiento común de configuración abierta, como es el caso en nuestro país, durante la tramitación del expediente y en el marco de la instrucción la Administración puede requerir documentación complementaria –artículo 78 Ley 30/1992– en los casos en que la documentación y requisitos iniciales no están bien definidos en la normativa específica o, como sucede a menudo, cuando la necesidad de tales requisitos se pone de manifiesto al hilo de la instrucción a la vista de la naturaleza y alcance de la actividad cuya licencia se tramita, requerimiento cuyo incumplimiento comporta la caducidad del procedimiento –artículo 92 Ley 30/1992–.

Pues bien, todos los requisitos que, en un momento u otro del procedimiento, sea necesario cumplir o aportar para tramitar la licencia, o que deben acompañar necesariamente a la declaración responsable, o la comunicación, tanto la inicial como la que se pueda requerir en el transcurso del procedimiento, tienen en la lógica de la Directiva la consideración de restricción para el establecimiento de actividades. En esta línea,

la Directiva se refiere inicialmente a los requerimientos en general, tanto en el apartado 69 de la exposición de motivos, como en el artículo 4.7, precepto este que define los requisitos que son objeto de la Directiva en los siguientes términos:

“7) ‘requisito’, cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los estados miembros o derivados de la jurisprudencia, de las prácticas administrativas, de las normas de los colegios profesionales o de las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales y adoptados en ejercicio de su autonomía jurídica; las normas derivadas de convenios colectivos negociados por los interlocutores sociales no se considerarán requisitos a efectos de la presente Directiva;”.

El caso es que, aunque la documentación y condiciones exigidas para tramitar la licencia o el acto de control que corresponda no son requisitos supeditados a evaluación (Ley 17/2009, artículo 11; DS, artículo 15), la Directiva obliga a revisar y simplificar los procedimientos (Ley 17/2009, artículo 17; DS, artículo 5), definiendo de forma clara e inequívoca cuáles son los trámites y requerimientos inherentes a los actos de control, e informando de los mismos a los particulares interesados (DS, artículos 7.1, 7.3). Unos trámites y requisitos que no pueden tener carácter disuasorio, complicar o retrasar indebidamente el inicio de las actividades, ni representar un coste desproporcionado (DS, artículo 13.2). Por su parte, la Ley 17/2009 de libre acceso va un poco más allá, al imponer en su artículo 6 que los procedimientos y trámites para la obtención de autorizaciones sean reglados, claros, inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados, y que han de darse a conocer con antelación, incluyendo tales requisitos entre la información a proporcionar a través de la ventanilla única (artículos 18.2.a/ y 19.1.a/ de la Ley 17/2009).

Por consiguiente, la Directiva y la Ley de transposición imponen la predefinición de los requisitos necesarios para tramitar los controles de establecimiento, entre ellos, la documentación a aportar y las condiciones que el prestador debe cumplir, circunstancia que cuestiona la posibilidad de improvisar nuevos requisitos durante la instrucción del procedimiento.

Hay que reconocer la dificultad de prever en este momento, de forma inmediata y por adelantado, la totalidad de documentos, requisitos y condicionantes que el titular de la actividad debe aportar o cumplir.

Para afrontar la situación hay que partir ciertamente de la obligación de predeterminación de requisitos que resulta ineludible por imposición legal; ahora bien, la cuestión es qué sucede cuando se identifica durante la instrucción un requisito nuevo, no incluido entre los establecidos para el procedimiento estándar en cuestión. Cabe entender que si el requisito –como debe ser– está normativamente previsto, resulta ineludible por más que no quedase incluido en la información inicial facilitada al titular de la actividad, de forma que el eventual error no puede generar un derecho del titular a prescindir del mismo con la consiguiente vulneración normativa. Estaríamos, pues, ante un defecto de información que no genera un derecho a prescindir puntualmente de la normativa, una irregularidad que, a lo sumo, comporta responsabilidad patrimonial si el desconocimiento inicial supone algún daño por sí solo.

En este sentido, puede ser útil afrontar la situación acotando mediante Ordenanza la responsabilidad administrativa para evitar el riesgo de una responsabilidad patrimonial ilimitada en estos casos, o bien la posibilidad de que la desinformación acabe por constituir un puente para salvar requisitos legalmente exigibles.

11. Otros

11.1. El régimen de los nuevos controles

La liberalización que comporta la Directiva impone el desarme de los controles previos, de forma que la garantía del cumplimiento de las normativas que incidan en el establecimiento de actividades deberá articularse a partir de la inspección. Sin embargo, la intervención posterior es normalmente más costosa desde el punto de vista económico que la intervención previa. Por otro lado, desde un punto de vista jurídico, la posición de la Administración es más débil. En este sentido, la implantación de la Directiva comporta la necesidad de articular recursos económicos y también recursos jurídicos adicionales.

En este último aspecto, la modificación de la LBRL formula genéricamente la potestad de sometimiento de las actividades de particulares a control posterior. Ahora bien, la regulación se limita a tal formulación genérica. Ocurre que la potestad de inspección y en general los controles de funcionamiento no están regulados con

carácter general. En esta materia las regulaciones son exclusivamente sectoriales. Hace falta una regulación específica, bien en la normativa general, bien al menos en las ordenanzas municipales, particularmente una regulación de la potestad de inspección –caducidad, facultades de la Administración, infracciones y sanciones por desobediencia o resistencia, tasas...–.

También se hace necesario el desarrollo de otros aspectos del control posterior; esto es, la determinación del régimen jurídico de las comunicaciones responsables y las comunicaciones más allá de los enunciados generales introducidos en la Ley 17/2009 y en la Ley 30/1992. Aspectos como la situación derivada de comunicaciones o declaraciones incompletas, erróneas o inadecuadas, su caducidad o ineficacia sobrevenida, los deberes del titular respecto a los controles e inspecciones, la responsabilidad del titular, el procedimiento de clausura o suspensión, infracciones y sanciones y otros tantos.

Esta situación puede influir precisamente en la motivación de ciertos controles. En efecto, según se ha visto, una de las claves en la aplicación de la Directiva y en la adaptación de normas y controles municipales es la proporcionalidad de las restricciones que se quiera mantener. En este sentido las restricciones –singularmente, las autorizaciones– deben justificarse en una razón imperiosa de interés general, y al mismo tiempo debe verificarse la proporcionalidad entre restricción y finalidad. El caso es que el juicio de proporcionalidad no es objetivo, sino que depende de cada situación. Uno de los factores a ponderar es la capacidad de gestión de la Administración en cada caso y la verosimilitud de un control posterior eficaz. La disponibilidad de recursos de inspección, represión y reposición de la legalidad es un factor determinante que no es homogéneo en todas las administraciones. A menor garantía de eficacia del control posterior, mayor justificación del control anterior. Debe tenerse en cuenta también lo que podría denominarse como velocidad jurídica de reacción, esto es, la complejidad de los procedimientos legales que habrá que articular para hacer frente a la situación generada por la implantación ilegítima de una actividad, los tiempos de tramitación hasta la completa ejecución de las medidas de restauración y otros factores como la posibilidad de medidas cautelares e incluso el coste económico no solo en recursos necesarios sino también en riesgo jurídico.

11.2. La responsabilidad de la Administración

En la medida en que se materialice realmente, el paso a un sistema de controles posteriores tiene la ventaja de aligerar la responsabilidad de la Administración. En efecto, al conceder la autorización, la Administración adopta una posición de garante respecto a la seguridad y corrección de la actividad autorizada, y, por tanto, asume parte de la responsabilidad frente a terceros por los daños que esta pueda causar. Bien es cierto que en el nuevo sistema la responsabilidad puede aparecer igualmente por la vía de la culpa en la vigilancia; esto es, por falta o insuficiencia en la función de inspección y control del funcionamiento de la actividad, pero se trata de un ámbito de responsabilidad menor, como ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 (recurso núm. 5921/2004).

Uno de los aspectos que puede ayudar es la fijación de estándares de control administrativo, o la periodicidad de los autocontroles por parte de los titulares de las actividades, en su caso con aportación de certificaciones profesionales o intervención de entidades colaboradoras. ■

Las repercusiones tributarias de la Directiva de servicios en el ámbito local

Emilio Aragonés Beltrán

Magistrado

- 1. Nota previa**
- 2. Primera parte: la Directiva de servicios**
 - 2.1. Aproximación a la Directiva de servicios
 - 2.2. Normativa estatal de transposición: Ley 17/2009. Problemas transitorios y derogatorios
 - 2.3. Ley “ómnibus” y reformas reglamentarias
 - 2.3.1. Reformas de las leyes de régimen local y del procedimiento administrativo común.
 - 2.3.2. Reformas reglamentarias.
 - 2.3.3. Anteproyecto de ley de economía sostenible
 - 2.4. Nuevo régimen de autorizaciones
 - 2.4.1. Sistemas de intervención.
 - 2.4.2. Nueva regla general: motivación.
 - 2.4.3. Necesidad.
 - 2.4.4. Proporcionalidad.
 - 2.4.5. Declaración responsable y comunicación previa.
 - 2.4.6. Mantenimiento de las facultades de control
- 3. Segunda parte: incidencia en la tributación local**
 - 3.1. La exclusión del ámbito tributario
 - 3.2. Exacciones locales no afectadas por la Directiva de servicios
 - 3.2.1. Preceptos no afectados.
 - 3.2.2. Incidencia en las tasas por utilización o aprovechamiento del dominio público local.
 - 3.2.3. Incidencia en las tasas por prestación de servicios públicos.
 - 3.2.4. Incidencia en las tasas por realización de actividades administrativas
 - 3.3. Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO)
 - 3.3.1. Origen del ICIO.
 - 3.3.2. Sujeción al Impuesto.
 - 3.3.3. Incidencia de la Directiva de servicios en el urbanismo.
 - 3.3.4. Repercusiones en el hecho imponible del ICIO.
 - 3.3.5. Gestión del Impuesto
 - 3.4. Hecho imponible en las tasas por el otorgamiento de licencias
 - 3.4.1. Carácter abierto del listado del artículo 20.4 de la Ley de haciendas locales (LHL).
 - 3.4.2. Establecimiento en las ordenanzas fiscales.
 - 3.4.3. Tasa relacionada con la apertura de establecimientos
 - 3.5. Cuantificación de las tasas
 - 3.5.1. Principio esencial.
 - 3.5.2. Tasa por apertura de establecimientos.
 - 3.5.3. Soluciones prácticas
- 4. Conclusiones y propuestas básicas**

1. Nota previa

La reciente entrada en vigor de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, y de la legislación interna de transposición y adaptación, obliga a interrogarse sobre los efectos que producirá en los entes locales, los cuales habrán de proceder también a adaptar sus propias ordenanzas, las relativas a los servicios ante todo, pero también las fiscales, habida cuenta de la incidencia en alguno de los tributos locales.

La primera parte de este trabajo examina la Directiva de servicios, analizando sus rasgos principales y las

novedades que introduce, así como las normas legales internas que la incorporan al Derecho español, la Ley “paraguas” y la Ley “ómnibus”, y las indispensables normas legales autonómicas, sin olvidar la necesaria reforma de las normas reglamentarias de desarrollo. La novedad esencial se encuentra en el nuevo régimen de intervención, pasando el control previo o preventivo a ser excepcional solo si concurre y se motiva una razón imperiosa de interés general, pero manteniéndose el control posterior o represivo.

La incidencia en la tributación local –objeto de la segunda parte del trabajo– es consecuencia de las

numerosas alusiones que la Ley de haciendas locales hace a las licencias. El Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO), que surgió en 1988 precisamente para mantener la recaudación que antes se obtenía mediante un uso ilegal de la Tasa por licencia de obras, lleva en la misma definición del hecho imponible la exigencia de tal licencia. Otras licencias locales por actividades administrativas conllevan la exigencia de las correspondientes tasas: el particular ha de abonar él mismo el costo de la medida interventora de la Administración, algo así como cobrarle la soga al ahorcado. Si cambia el régimen sustantivo de las licencias, necesariamente habrá de modificarse el régimen tributario de su contraprestación en forma de tasa.

Nuestras conclusiones serán que el hecho imponible tanto del ICIO como de las mencionadas tasas no debe verse afectado por la Directiva de servicios, con o sin las convenientes adaptaciones de las ordenanzas, siempre que exista efectivamente algún tipo de control local (urbanístico, en el caso del ICIO) que da lugar al devengo del Impuesto y al surgimiento de la contraprestación en las tasas. Sin embargo, la Directiva de servicios pone otra vez de actualidad la necesidad de que se respete la naturaleza de toda tasa, cuya cuantía ha de ceñirse estrictamente al coste conjunto de esa actividad administrativa de control. Las llamadas “desnaturalizaciones de las tasas”, por incurrirse en “excesos reprobables” en la determinación de sus cuantías, encontrarán en la Directiva un nuevo y potente obstáculo para su mantenimiento.

2. Primera parte: la Directiva de servicios

2.1. Aproximación a la Directiva de servicios

El 28 de diciembre de 2009 finalizó el plazo de transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, más conocida como Directiva de servicios.¹

Se trata de una Directiva de especial complejidad, que viene precedida de 118 considerandos, en el primero de los cuales se destaca que el artículo 43 del Tratado garantiza la libertad de establecimiento y el artículo 49 establece la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad, siendo la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre estados miembros un medio esencial de reforzar la integración entre los pueblos de Europa, y de fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible.

Se mencionan, en lo que aquí interesa, y en los considerandos que se citan:

– El exceso de trámites administrativos (núm. 3).

– La inclusión únicamente de aquellos servicios que se realizan por una contrapartida económica (núm. 17).

– La necesidad de suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento, y la creación de nuevas empresas de servicios que esta comporta (núm. 42).

– El establecimiento de principios de simplificación administrativa, en concreto limitando la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable, e introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado (núm. 43).

– La necesidad de garantizar que la autorización dé acceso como norma general a una actividad de servicios o a su ejercicio en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento –por ejemplo, para cada implantación de grandes superficies comerciales–, o una limitación de la autorización a un lugar específico del territorio nacional, por una razón imperiosa de interés general (núm. 47).

– El principio de que la tarifa que puedan cobrar las ventanillas únicas debe ser proporcional al coste de los procedimientos y trámites de que se ocupen (núm. 49).

1. DOL 27 diciembre 2006, núm. 376; LCEur 2006\3520. Dice su artículo 44:

“Incorporación al Derecho interno.

“1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009.

“Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

“Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

“2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.”

– El criterio de que la posibilidad de acceder a una actividad de servicios solo debe quedar supeditada a la obtención de una autorización por parte de las autoridades competentes cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, significando que la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control a posteriori, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar a posteriori los defectos de los servicios en cuestión, y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control a priori (núm. 54).

– La no interferencia de la Directiva, y en particular las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización, en el reparto de competencias regionales o locales en los estados miembros, incluidos los gobiernos autónomos regionales y locales y el uso de lenguas oficiales (núm. 60).

– La regla general de que debe considerarse que la autorización ha sido concedida, pero con la posibilidad de aplicar regímenes distintos con respecto a determinadas actividades cuando estén justificadas objetivamente por razones imperiosas de interés general, entre ellas el interés legítimo de terceros (núm. 63).

Siguiendo el resumen contenido en el Manual de Evaluación elaborado por los ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas,² han de destacarse las siguientes importantes novedades de la Directiva, de interés para nuestro análisis:

- Reforma en profundidad del sector servicios y cambio del modelo de regulación, pasando de una supervisión a priori a un control *ex post*.
- Supresión, como regla general, de las autorizaciones, y sustitución, si es necesario, por notificaciones, reduciendo así las trabas y obstáculos al acceso y ejercicio de una actividad de servicios.
- Eliminación de aquellas autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones de interés general, o sean innecesarias para atender esos fines.

• Impulso a la cultura de la buena regulación en torno a una serie de principios básicos: justificación, proporcionalidad y no discriminación.

Ha de destacarse, con Rivero Ortega,³ que la Directiva no plantea una “desregulación”⁴ plena, ni mucho menos, porque las normas reguladoras de las actividades de servicios, una vez estas se inician, se mantienen si están justificadas. El cambio que introduce consiste en la sustitución de los controles previos –las clásicas autorizaciones administrativas– por filtros mucho más ágiles y menos costosos y verdaderos controles *ex post*, traducidos en inspecciones administrativas. De esta forma, el efecto fundamental de la Directiva es someter regulaciones (exigencias de autorización, en concreto) a un control de proporcionalidad, al no ser discutible que la discrecionalidad administrativa en la concesión de ciertas autorizaciones se utiliza, de hecho, como una barrera a la competencia y a menudo como una herramienta indirecta de proteccionismo. Por ello, de acuerdo con el considerando 42 de la Directiva, se ha estimado oportuno exigir una evaluación de las autorizaciones, garantizando que respeten los principios de proporcionalidad y no discriminación cuando la existencia de controles previos esté justificada, eliminando las exigencias de autorización excesivamente onerosas. El efecto común ha de ser, en definitiva, la llamada descarga burocrática, traducida en la supresión de trámites y aceleración de procedimientos. Simplificación que debe sumarse a las iniciativas impulsadas en las administraciones españolas para adaptar los procedimientos administrativos a los ritmos y las necesidades de las empresas.

2.2. Normativa estatal de transposición: Ley 17/2009. Problemas transitorios y derogatorios

Frente al criterio seguido por otros estados, en que la incorporación al Derecho interno se ha llevado a cabo exclusivamente mediante la modificación de normas

2. Directiva de servicios: Manual de evaluación para las entidades locales. Guía orientativa para la evaluación de la normativa potencialmente afectada por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Febrero de 2009. Puede descargarse de la página web de dicho Ministerio de Administraciones Públicas (www.map.es) a través del siguiente enlace: http://www.map.es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Otras_Publicaciones/parrafo/012/text_es_files/file0/Manual_evaluacion_entidades_locales-INTERNET.pdf.

3. RIVERO ORTEGA, R., “Reformas de Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009.

4. Según el mismo autor, al contrario de la “desregulación”, que ha dado lugar a desgraciadas consecuencias, como la crisis financiera internacional, la Directiva podría y debería determinar un incremento de los controles administrativos sobre las actividades de prestación de servicios. Esto forma parte de sus objetivos y exigencias: controles no condicionantes del sí del desarrollo de la actividad (sujetos a un escrutinio estricto), sino del cómo se desarrolla la actividad.

internas sectoriales, sin aprobar una Ley general u horizontal de transposición, en España⁵ se ha optado por incorporar la Directiva a través de una Ley horizontal o genérica,⁶ haciendo fortuna su denominación como “Ley paraguas”, y, al propio tiempo, a través de otra Ley modificativa de la legislación estatal para adecuarla a los principios de la Directiva, que se ha dado en llamar “Ley ómnibus”.

La norma horizontal o “paraguas” es la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE de 24-11-2009). Entró en vigor a los treinta días de su publicación (por tanto, el 24 de diciembre de 2009), excepto algunos preceptos que lo hicieron tres días después, el 27 de diciembre de 2009.

Reviste esencial importancia en estos momentos su disposición transitoria, con las siguientes reglas básicas: 1.ª) Los procedimientos de autorización iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud; 2.ª) El interesado podrá, con anterioridad a la resolución, desistir de su solicitud y optar por la aplicación de la nueva normativa; y 3.ª) La eventual revisión o evaluación de la normativa reguladora del procedimiento de autorización, no podrá constituir elemento para la no concesión de las autorizaciones solicitadas.

Extremadamente conflictiva puede ser la previsión de su disposición derogatoria, que no solo contiene la cláusula general de derogación de “cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley”, sino que añade una precisión trascendental, relativa a las “disposiciones vigentes a la entrada en vigor de esta Ley que resulten incompatibles” con los preceptos que se citan (entre ellos, los del capítulo II, relativo a la “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios”). Tales disposiciones “mantendrán su vigencia hasta que sean objeto de

reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas el 27 de diciembre de 2009.”

La cuestión va a surgir, en primer lugar, por cuanto en la indicada fecha de 27 de diciembre de 2009 muchas disposiciones necesitadas de reforma expresa para su compatibilidad con la Directiva de servicios y con la Ley 17/2009 no han sido objeto de la misma; y, sobre todo, por la dificultad de determinar la incompatibilidad o no, dado el carácter y naturaleza de tales Directiva y Ley.

Así lo destacó el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de dicha Ley:⁷ se trata de una disposición con escasa virtualidad normativa, pues muchos de sus preceptos contienen meras proposiciones descriptivas o desiderativas, pero carecen de fuerza normativa inmediata, incluyéndose artículos que tienen un marcado carácter programático, cuyo incumplimiento no genera consecuencias previsibles, y que por su ubicación o contenido no pueden considerarse principios, fines o valores que, con frecuencia, conforman la “parte expositiva” de las normas, donde esa clase de previsiones más generales tienen su natural encaje.

Como añade el Consejo de Estado, “En algunos casos, esos preceptos constituyen un mandato dirigido al titular de la potestad normativa de que actúe con posterioridad. En tales supuestos, se ha optado por establecer una fijación de objetivos, algo que es más propio de un instrumento normativo finalista como la directiva que de una ley. El Consejo de Estado considera necesario llamar la atención acerca de los riesgos que para la adecuada y plena transposición de la Directiva puede entrañar este proceso de adaptación normativa, en caso de no articularse adecuadamente o no realizarse con la suficiente celeridad, con el consiguiente desencadenamiento de las consecuencias que un incumplimiento del Derecho comunitario en este sentido puede suponer para el Estado.”

Por otra parte, la Ley 17/2009 se cuida de establecer obligaciones de adaptación y compensación por

5. También Holanda, Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia, Hungría y Rumanía, entre otros. *Cfr.* más extensamente sobre todo ello, C. BUJELLOS CALVO: “Aplicación práctica de la Directiva de servicios en las ordenanzas locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3, abril-junio 2009. *Vid.* también H. VILLAREJO GALENDE y M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ: “El complejo proceso de transposición de la Directiva de servicios”, en *Informe Comunidades Autónomas 2008*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009, p. 81 a 122.

6. Según la memoria justificativa del Anteproyecto de ley, se ha considerado necesario, a fin de asegurar la existencia de un marco normativo claro y transparente que dé cumplimiento a las necesidades futuras, proceder a la elaboración de una Ley horizontal que incorpore los principios generales de la Directiva y aporte un marco jurídico de referencia que subsista más allá del plazo de transposición, y desde el que abordar la labor de depuración del ordenamiento español, necesaria para lograr una correcta y completa incorporación de la Directiva.

7. Dictamen núm. 99/2009, de 18 de marzo.

incumplimiento. Conforme al apartado 2 de la disposición final quinta, “A fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 44 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, las Comunidades y Ciudades Autónomas y las Entidades Locales comunicarán a la Administración General del Estado, antes de 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en la presente Ley”. Y de acuerdo con la disposición final cuarta, “Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta Ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella”.

El referido Dictamen del Consejo de Estado advierte de los riesgos de una regulación de los efectos derogatorios de tal naturaleza. Las dificultades inherentes a toda derogación tácita se acrecientan en este caso de manera considerable, ya que el tenor literal de los preceptos legales, los cuales se limitan, en muchos casos, a reproducir los de la Directiva, hace extremadamente difícil determinar la existencia o no de la contradicción de la que se sigue la derogación. Además, la derogación tácita no es una derogación automática (al menos, no en todos los casos), tratándose de evitar una situación de confusión normativa, dado que la Ley no contiene una verdadera regulación sustantiva aplicable a las materias señaladas. Y, sobre todo, el conjunto normativo afectado por la derogación tácita incluye, junto a leyes y reglamentos del Estado en sentido estricto, normas

legales y reglamentarias de las comunidades autónomas, resultando constitucionalmente cuestionable que el legislador estatal pueda disponer la derogación de estas normas autonómicas.

En marzo de 2009, el Consejo de Estado advertía que no cabía descartar que no se consiga asegurar que la magna obra de adaptar a la Directiva comunitaria un conjunto normativo extenso y heterogéneo, tanto por el rango de las normas que lo integran como por el origen de las mismas, se lleve a cabo con los mismos criterios y dentro del plazo exigido por la Directiva. Para conjurar este riesgo, se proponían otras técnicas o mecanismos, incluso recurrir al instrumento, hasta ahora inédito, de la Ley de armonización, previsto en el artículo 150.3 de la Constitución, y llegando a la sustitución provisional de la potestad normativa autonómica en caso de no ejercicio (mecanismo próximo a la cláusula de *cedevolezza* italiana).⁸

No consideradas estas propuestas, es seriamente delicada la tesitura en que se ha colocado a las entidades locales españolas respecto de su obligación de transponer la Directiva de servicios, de adaptar su normativa a la misma, y de aplicarla incluso frente a normas legales o reglamentarias internas (estatales o autonómicas) que la contradigan:

a) Como se ha advertido,⁹ la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es clara e inequívoca, en el sentido de que las entidades locales se encuentran vinculadas a las directivas de forma más fuerte que a la Ley interna, y, cuando la Directiva es lo suficientemente precisa y no está sujeta a condición alguna, debe aplicarse con preferencia a la Ley interna en caso de antinomia.

La sentencia de dicho Tribunal de 22 de junio de 1989 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 1989\149), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia*, en litigio contra el Municipio de Milán, declara que “al igual que al Juez nacional, a la

8. Según concluye el Consejo de Estado, “No ofrece dudas a este Consejo que el anteproyecto sometido a consulta puede ser el lugar idóneo para incluir una previsión como la que acaba de mencionarse, dada la tantas veces mencionada complejidad del proceso de transposición de la Directiva de Servicios y habida cuenta de su amplio alcance y del gran número de normas, tanto estatales como autonómicas y locales, que habrán de ser modificadas o derogadas para llevar a efecto una completa y puntual incorporación de esta norma comunitaria al Derecho interno. De ahí la importancia de contar con algún mecanismo que permita al Estado garantizar esa correcta transposición y, con ello, un adecuado cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario. A tal fin, cabe habilitarle, con arreglo al mecanismo expuesto, para dictar normas de sustitución solo de forma temporal y cuando, por inactividad de las Comunidades Autónomas, sea estrictamente necesario para evitar una posible condena por incumplimiento.”

9. Cfr. F. TORRES COBAS: “Los desafíos de la ‘Directiva Bolkestein’ para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 4, julio-septiembre de 2009.

Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo (LCEur 1971, 100) así como la de no aplicar aquellas disposiciones de Derecho nacional que infrinjan dicho precepto.”

En los apartados 29 a 32 de dicha sentencia, se recuerda que cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando este no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta. Si los particulares están legitimados para invocar lo dispuesto en una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es porque las obligaciones contempladas en la misma se imponen a todas las autoridades de los estados miembros. Todos los órganos de la Administración pública, incluso los no integrados en la Administración central, como pueda ser el caso de un municipio, están obligados a aplicar las disposiciones de las directivas. Los particulares están legitimados para invocar la Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y todos los órganos de la Administración pública, incluso los no integrados en la Administración central, como pueda ser el caso de un municipio, están obligados a aplicarla.

b) Sin embargo, tanto el Estado como las comunidades autónomas tienen atribuidas competencias legislativas y de normación sobre las materias locales, conviviendo sus normas con las ordenanzas locales e, incluso, imponiéndose en caso de conflicto.

Se ha sostenido¹⁰ por ello que, en la medida que la mayoría de ordenanzas locales dependen de la normativa aprobada por otros niveles territoriales, los entes locales solo podrán adecuar su normativa a la Directiva de servicios una vez que la normativa marco o sectorial que las normas locales desarrollan o

complementan haya sido previamente adecuada, sin que parezca ni oportuno ni conveniente que las entidades locales se anticipen a las decisiones normativas que deben adoptar el Estado o las comunidades autónomas sobre la transposición de la Directiva de servicios al ordenamiento jurídico local, puesto que se corre el peligro de una diversificación de interpretaciones sobre la forma de realizarla que sea contraria a la seguridad jurídica, al principio de igualdad y al establecimiento de un mercado europeo único. Solo podrán realizarse modificaciones íntegras respecto de las ordenanzas independientes, a cuya aprobación siempre han sido reacias las entidades locales.¹¹

2.3. Ley “ómnibus” y reformas reglamentarias

2.3.1. Reformas de las leyes de régimen local y del procedimiento administrativo común

La conocida como “Ley ómnibus”, es la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 23 de diciembre de 2009, al borde mismo de la finalización del plazo de transposición de la Directiva. Su entrada en vigor se produjo el 28 de diciembre de 2009, conteniendo disposiciones adicionales de interés sobre la aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio, regulado en normas preexistentes, y los proyectos que deban someterse a evaluación de impacto ambiental.¹²

En materia de Derecho transitorio se mantiene la misma regla general que en la “Ley paraguas”: Los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud, pero el interesado podrá, con anterioridad a la resolución, desistir de su solicitud y optar por la aplicación de la nueva normativa.

10. Cfr. el Informe de la Diputación de Barcelona, de 15 de septiembre de 2009, titulado “Tareas de transposición de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, por parte de la Secretaría de la Diputación de Barcelona”.

11. El mismo Informe llama la atención sobre el contexto de seria crisis económica tanto a nivel estatal como europeo, crisis que, por supuesto, afecta al erario público y a los recursos de las administraciones públicas, de forma que la perentoria transposición de la Directiva de servicios se hace inoportuna y contraproducente para todas las administraciones públicas.

12. Disposición adicional quinta: “Cuando, de acuerdo con esta Ley, se exija una declaración responsable o una comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y una evaluación de impacto ambiental, conforme al texto refundido de la Ley de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, o a la normativa autonómica de desarrollo, la declaración responsable o la comunicación no podrá presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite.”

El centro de gravedad de la Ley 25/2009, lo constituyen la eliminación de trabas o cargas administrativas y la supresión de numerosos regímenes de autorización, en ocasiones sustituidos por otros menos gravosos, como son la obligación de presentar una declaración responsable (telecomunicaciones, vías pecuarias, mercado del tabaco, prevención de riesgos laborales...) o una comunicación previa (servicios postales, autoescuelas que impartan exclusivamente clases teóricas...).

En su artículo 1, la Ley 25/2009 modifica dos preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, a saber, añade un nuevo apartado 4 en el artículo 70 bis, relativo a la ventanilla única, por vía electrónica y a distancia; y da nueva redacción al artículo 84.

Esta última modificación¹³ es trascendental: entre los medios que enumera el apartado 1 del precepto, a través de los cuales las entidades locales pueden intervenir la actividad de los ciudadanos, la redacción anterior del precepto se limitaba en su letra b) a señalar “Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo.”

Con la nueva redacción, son tres los medios que se citan al respecto:

“b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.

“c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

“d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.”

Paralelamente, el artículo 2 de la Ley 25/2009, “Ley ómnibus”, afecta a tres preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, añadiendo un nuevo artículo 39 bis (que recoge los principios de intervención de las administraciones públicas para el desarrollo de una actividad), dando nueva redacción al artículo 43 (silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado),¹⁴ e incorporando un nuevo artículo 71 bis, con la rúbrica “Declaración responsable y comunicación previa.”

Sin embargo, la Ley “ómnibus” no agota en modo alguno las posibilidades de regulación que la incorporación de los principios y medidas previstos en la Directiva de servicios ofrece, sino que, a menudo, opta por incorporar un mandato general y abierto que deberá ser objeto de concreción posterior mediante normas reglamentarias. Por consiguiente, y a pesar de que la Ley 25/2009 responde a la necesidad de adoptar medidas concretas en aplicación de los principios de la Directiva y de la Ley de transposición horizontal, una vez más será necesario, para lograr una plena incorporación de la norma comunitaria, acometer una labor de identificación y evaluación de la normativa afectada por ella –en este caso, en el nivel reglamentario–, para posteriormente modificarla, a fin de adecuarla a los preceptos de la Directiva, tal como advirtió el Consejo de Estado.¹⁵

De esta forma, el proceso completo de transposición de la Directiva habría de plantearse necesariamente en cascada: primero, habrían de promulgarse las normas legales estatales y autonómicas de adaptación;

13. También se modifica la redacción del apartado 2, que queda así: “La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue”. Por tanto, se prescinde de las anteriores menciones a la “congruencia con los motivos y fines justificativos” y al “respeto a la libertad individual”, y se añaden los propios de la Directiva de servicios: “necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue”.

14. Aun cuando se modifican la redacción y sistemática de todo el artículo 43, la única novedad sustancial que se introduce es la contenida en el primer párrafo del apartado 1, relativa a la necesidad de que el silencio negativo, contemplado como excepción a la regla general del silencio positivo, se encuentre establecido en “una norma con rango de Ley por razones justificadas de interés general o una norma de Derecho Comunitario Europeo”, como pone de manifiesto el citado Dictamen del Consejo de Estado núm. 779/2009, de 21 de mayo de 2009.

Sobre el silencio administrativo puede consultarse B. LOZANO CUTANDA: “Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa”, en *Diario La Ley*, núm. 7339, 10 de febrero de 2010. En las notas 2 y 3 de este trabajo, la autora expone la bibliografía esencial sobre la Directiva de servicios.

15. Dictamen núm. 779/2009, de 21 de mayo de 2009. Se advierte en él, y se critica, que el Dictamen hubo de elaborarse en el plazo de nueve días, dada la urgencia invocada por el Gobierno, pese a la importancia del Anteproyecto y a haberse dispuesto de tres años para la transposición de la Directiva.

después, habrían de dictarse las disposiciones reglamentarias, también estatales y autonómicas, que desarrollen aquellas normas legales; y, finalmente, las entidades locales habrían de adaptar sus ordenanzas al nuevo marco regulatorio.

Este planteamiento es el habitual en la doctrina, que no obstante destaca la necesidad de que, en todo caso, las entidades locales procedan ya, si no lo han hecho aún, a las etapas de identificación y evaluación necesarias para determinar las potencialmente afectadas,¹⁶ aunque no faltan planteamientos más ambiciosos derivados esencialmente de los nuevos estatutos de autonomía.¹⁷

2.3.2. Reformas reglamentarias

El 12 de junio de 2009, el Ministerio de Economía elevó al Consejo de Ministros un acuerdo con el desglose concreto de las normas reglamentarias que deben ser modificadas por cada Ministerio, como consecuencia de la transposición de la Directiva de servicios.

En lo que aquí interesa, entre esas normas figura una específica y señera de la Administración local, el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales.¹⁸

Por lo que nos es conocido,¹⁹ el Ministerio de Política Territorial elaboró un Proyecto de real decreto por el que se modifica este Reglamento, de aplicación en aquellas comunidades autónomas que no han regulado sobre la materia, como es el caso de Andalucía, y con eventual referencia en los procesos paralelos de modificación que efectúen las comunidades autónomas respecto a sus respectivas normas análogas (así, en Cataluña, el *Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals*, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio). El Proyecto se limitaba a derogar, por aplicación de la Directiva de servicios y en atención a las disposiciones de las leyes “paraguas” y “ómnibus”, tres preceptos del Reglamento, a saber:

- El artículo 5, contradictorio con el nuevo texto del artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. Se ha estimado preferible la derogación a la adaptación al texto legal.

- El artículo 8, del siguiente tenor: “Las Corporaciones podrán sujetar a sus administrados al deber de obtener previa licencia en los casos previstos por la Ley, el presente Reglamento u otras disposiciones de carácter general”. Ahora, por aplicación de la Directiva de servicios, rige el principio de excepcionalidad de los regímenes autorizatorios, pues solo podrán mantenerse en los casos de concurrencia de una razón imperiosa de interés general.

- El artículo 22.1, que establece que “Estará sujeta a licencia la apertura de establecimientos industriales y mercantiles”. Aquí, tan importante como la derogación de este apartado 1 del artículo 22 es el mantenimiento de la vigencia de los otros dos apartados del precepto: “2. La intervención municipal tenderá a verificar si los locales e instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad, y las que, en su caso, estuvieren dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados. 3. Cuando, con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si fuere procedente.”

El Proyecto fue objeto de examen en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 2137/2009, de 22 de diciembre de 2009, en el que se hicieron observaciones de interés, en cuanto fueron asumidas por el Gobierno, al dictar el Real decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 2009):

- En primer lugar, se consideró que la simple derogación de los artículos 5, 8 y el apartado 1 del artículo

16. Cfr. P. MARTÍN FERREIRA: “La modificación de las ordenanzas locales”, *Revista de estudios locales*, COSITAL, núm. 122 (julio-agosto de 2009), monográfico sobre la Directiva de servicios, p. 102-103.

17. Cfr., ya citado, F. TORRES COBAS: “Los desafíos de la ‘Directiva Bolkestein’ para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 4, julio-septiembre de 2009, p. 14 a 22.

18. Como advierte F. LÓPEZ MENUÑO: Voz “Autorización” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, volumen I, 1995, p. 712, este Reglamento de servicios de las corporaciones locales es el texto de obligada referencia, por cuanto contiene una regulación de las licencias que ha contribuido meritoriamente a dibujar sus perfiles jurídicos. Se trata –dice este autor– de un Reglamento tan modesto de rango formal como influyente desde el punto de vista práctico, y “didáctico” desde el doctrinal.

19. Informe de 15 de septiembre de 2009, de la Secretaría General de la Diputación de Barcelona, sobre “Afectación del Real decreto por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales por la Directiva de servicios”.

22 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, no facilitaría una adecuada comprensión e interpretación sistemática de la citada norma reglamentaria. De forma muy singular, ello ocurriría con la derogación del artículo 5 RSCL, cuya redacción vigente es la siguiente: “La intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los siguientes medios: a) ordenanzas, reglamentos y bandos de policía y buen gobierno; b) sometimiento a previa licencia, y c) órdenes individuales, constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo”. El precepto enuncia los modos de intervención de las corporaciones locales con carácter general, y no limitado a la regulación de las actividades de servicios, dado que se contiene dentro del capítulo I, disposiciones generales, del título I, Intervención administrativa en la actividad privada.

En consecuencia, para mantener la sistemática y coherencia del citado Reglamento de servicios, no se estimó conveniente su mera derogación, sino que se aconsejó la siguiente redacción: “La intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local”. El texto finalmente aprobado dice así: “La intervención de las corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en la legislación básica en materia de régimen local”. Por lo demás, se mantiene en el Real decreto 2009/2009 la supresión del artículo 8, dado que, según su preámbulo, es manifiestamente incompatible con la nueva redacción de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como con el contenido y principios de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.²⁰

- En segundo lugar, el Proyecto no contemplaba que el párrafo del artículo 15.2 del RSCL, según el cual “las [licencias] referentes a actividades personales podrán limitarse a plazo determinado”, contradice el principio general establecido en el artículo 7 de la Ley 17/2009 ya citada, a cuyo tenor las autorizaciones tienen carácter indefinido, por lo que se sugirió su derogación, que efectivamente lleva a cabo el Real decreto 2009/2009.

- En tercer lugar, se consideró que la supresión del artículo 22.1 del RSCL impediría la adecuada com-

prensión del resto del precepto en vigor (apartados 2 y 3, ya transcritos), razón por la cual se propuso por el Consejo de Estado la siguiente nueva redacción para el artículo 22.1 RSCL: “Las Corporaciones Locales podrán exigir a sus administrados, para la apertura de establecimientos industriales y mercantiles, la presentación de una comunicación o declaración responsable o, en su caso, imponer un régimen de autorizaciones en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”. El texto finalmente aprobado reza así: “La apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.”

También se acogió por el Real decreto 2009/2009 la sugerencia del Consejo de Estado de sustituir el título competencial previsto en la disposición final primera (artículo 149.1.13ª de la Constitución) por el específico y, por tanto, prevalente del artículo 149.1.18ª, que atribuye al Estado la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas.

2.3.3. Anteproyecto de ley de economía sostenible

Por fin, como las tareas legislativas y preparatorias de las mismas son incesantes, ha de reseñarse que el Anteproyecto de “ley de economía sostenible”, dado a conocer el 2 de diciembre de 2009, prevé dentro del capítulo I (“Simplificación administrativa”) del título II (“Competitividad”) una sección dedicada a “Supuestos de licencias locales de actividad”, proyectándose la incorporación de dos nuevos preceptos a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Ley de bases de régimen local (artículos 84 bis y 84 ter), y la modificación de la letra i) del artículo 20.4 del texto refundido de la Ley de haciendas locales.

El nuevo artículo 84 bis tendría la siguiente redacción: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o

20. El artículo 8 suprimido era del siguiente tenor: “Las Corporaciones podrán sujetar a sus administrados al deber de obtener, previa licencia en los casos previstos por la Ley, el presente Reglamento u otras disposiciones de carácter general.”

control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada". El previsto nuevo artículo 84 ter diría: "Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial."

Por su parte, la letra i) del artículo 20.4 de la Ley de haciendas locales (LHL) pasaría a tener el siguiente contenido: "i) Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos, así como por la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo."

2.4. Nuevo régimen de autorizaciones

2.4.1. Sistemas de intervención

Como se ha destacado doctrinalmente,²¹ cabe distinguir en principio entre dos grandes modelos o sistemas abstractos de intervención, uno de signo represivo y otro de signo preventivo:

1.º) El sistema represivo supone la existencia de una completa regulación previa de la actividad, dentro de la cual el ejercicio de esta se entiende enteramente libre y no sometido *ab initio* a control administrativo alguno, de forma que solo a posteriori, en los casos en que se compruebe que una concreta actividad se desarrolla fuera de los cauces de la normativa establecida, surge la correspondiente reacción.

2.º) El sistema preventivo supone una intervención más intensa, ya que a la regulación previa de la actividad se une la comprobación, también previa, por la Administración de la adecuación a la misma del concreto proyecto por quien pretende ejercer dicha actividad, de forma que solo cuando esa comprobación tenga un resultado satisfactorio se levanta la prohibición establecida en aquella regulación.

El nivel máximo de limitación es la exigencia de una autorización previa (llámesele autorización, licencia, permiso, etc.), mientras que caben sistemas que cabría entender como intermedios, bastando la simple declaración, comunicación o notificación previa, seguida o no de la obligación de inscripción en un registro público, o, en su caso, dar lugar a una prohibición formal ulterior.

Todo ello ha dado lugar a una abundante literatura doctrinal y jurisprudencial, en la que no es posible detenerse aquí,²² y que habrá de revisarse en profundidad por la aplicación de la Directiva de servicios y de las normas legales de transposición al Derecho interno español.

El preámbulo de la Ley 17/2009 lo enfatiza así: "Los regímenes de autorización son uno de los trámites más comúnmente aplicados a los prestadores de servicios, constituyendo una restricción a la libertad de establecimiento. La Ley establece un principio general según el cual el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización. Únicamente podrán mantenerse regímenes de autorización previa cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados. En particular, se considerará que no está justificada una autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador, para facilitar, si es necesario, el control de la actividad."

Se trata, como destacara el citado Dictamen del Consejo de Estado núm. 99/2009, de 18 de marzo, de una de las novedades más destacables de la Ley, al establecerse una regla general de no sujeción a autorización previa del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio, si bien se garantiza la calidad de la prestación a través del refuerzo de los servicios de inspección y control a posteriori. Además, excepcionalmente y siempre que concurra una razón imperiosa de interés general, podrán mantenerse aquellas autorizaciones que no sean discriminatorias y sean proporcionadas, debiendo motivarse en la norma que prevea su exigencia la concurrencia de tales condiciones. En suma, se instaura un nuevo modelo de intervención pública, a fin de adaptarlo al Derecho comunitario, que se caracteriza por la sustitución de algunas técnicas clásicas de

21. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-Ramón FERNÁNDEZ: "Curso de Derecho Administrativo II", Civitas, décima edición, 2006, p. 114 y ss.

22. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 133 a 148; F. LÓPEZ MENDUO: Voz "Autorización" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, volumen I, 1995, p. 711 a 715; y Voz "Licencia administrativa" en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XV, 1974, p. 578 a 585.

ordenación de la actividad de los particulares por otras menos limitativas, y por actuaciones de investigación y control *ex post*.

2.4.2. Nueva regla general: motivación

El artículo 5 de la Ley 17/2009 consagra una regla general de no sujeción a autorización del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio, si bien admite la posibilidad de exigirla de forma excepcional y siempre que concurran determinados requisitos, que habrán de motivarse suficientemente en la norma correspondiente. Se corresponde, por tanto, con el artículo 9 de la Directiva de servicios, y responde a una de las finalidades de dicha norma, cual es la de eliminar las trabas a la libertad de establecimiento que puedan existir actualmente en algunos ordenamientos.

La motivación suficiente de las condiciones para apartarse de la regla general habrá de contenerse, según el texto legal, “en la ley que establezca dicho régimen”. Se recoge así una objeción del Consejo de Estado al Anteproyecto, que mencionaba la “norma” por la que se establezca tal régimen. El órgano consultivo sostuvo que la autorización es una manifestación típica de la actividad de intervención y ordenación de la Administración y, como toda técnica de ordenación, está sometida al principio de reserva de ley, por ser un supuesto claro de intervención o limitación de la actividad de los particulares y, en este caso concreto, de la libertad de establecimiento.

Sin embargo, ha de compartirse la crítica de Torres Cobas,²³ que considera gratuita esta introducción de la reserva de ley para someter a autorización previa el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, que afecta muy negativamente a la autonomía local entendida como el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales para regular una parte importante

de los asuntos públicos, puesto que si se dan las circunstancias excepcionales que la norma prevé, de necesidad y proporcionalidad de la medida, no resulta lógico que los gobiernos locales no puedan someter a autorización previa el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, aunque sí lo puedan hacer para la ciudadanía en general.

A lo anterior cabe añadir que el texto del nuevo artículo 39 bis de la Ley 30/1992, al recoger los principios de intervención de las administraciones públicas para el desarrollo de una actividad, no menciona tal reserva de ley, limitándose a disponer su apartado 1 que: “Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.”

Entre las condiciones que permiten imponer un régimen de autorización previa,²⁴ no ofrece problemas la relativa a la no discriminación.

2.4.3. Necesidad

La segunda de las condiciones, la de necesidad, en el sentido de que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, obliga a estar a la definición contenida en el apartado 11 del artículo 3 de la propia Ley 17/2009: “‘Razón imperiosa de interés general’: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes:²⁵ el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del

23. F. TORRES COBAS: “Los desafíos de la ‘Directiva Bolkestein’ para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 4, julio-septiembre de 2009, *op. cit.*, p. 10.

24. El número 10 del artículo 3 de la Ley 17/2009 define así el “Régimen de autorización”: “cualquier sistema previsto en el ordenamiento jurídico o en las normas de los colegios profesionales que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios.”

25. Sic en el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado. El artículo 4.8 de la Directiva de servicios dice: “razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes”. El Proyecto de ley, publicado en el B.O. del Congreso de 3 de abril de 2009, decía: “razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, incluidas las siguientes”. En el texto aprobado por el Congreso (B.O. de 13 de octubre de 2009) se habla de: “razón definida e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes”. Se recogió así la enmienda núm. 128 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso: “razón definida e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes”, con la siguiente justificación: “La lista es suficientemente amplia, por lo que ha de ser limitativa. De otra forma se comprometería la seguridad jurídica y el objeto liberalizador e integrador del mercado único de la directiva.”

régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.”

Las notorias deficiencias sintácticas del texto legal no son meras erratas de imprenta, sino producto de la incuria legislativa, al proceder de una enmienda mal redactada cuya pretensión era, no obstante, clara: pasar del sistema meramente enunciativo de las materias que se citan, a otro limitativo. La modificación es criticable, porque, desde luego, no con ella se limitará la labor de la propia jurisprudencia comunitaria, por naturaleza evolutiva, y, sobre todo, porque siendo lo esencial la remisión a tal jurisprudencia, carece de sentido pretender limitar su alcance. Además, no cabe “poner puertas al campo” de las derivaciones e interpretaciones de los variados y amplios conceptos y materias que se citan en el precepto.

Sin duda, de los conceptos que se mencionan es de especial interés en lo que aquí interesa, el relativo a la “protección del medio ambiente y del entorno urbano”, y pueden tener relevancia los referidos a “seguridad pública”, “protección civil”, “conservación del patrimonio histórico y artístico” y “política cultural”.

2.4.4. Proporcionalidad

La tercera de las condiciones que permiten imponer un régimen de autorización previa, es la tan aplicada en Derecho comunitario de proporcionalidad, la cual se postula con carácter general (“que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado”) y con carácter específico (“en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para

ser realmente eficaz”). Por fin, el régimen de autorización se establece siempre como subsidiario (“Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.”)

En todo caso, según establece el artículo 6 de la Ley 17/2009, los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones²⁶ a que se refiere la misma Ley, deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación.

2.4.5. Declaración responsable y comunicación previa

Como se ha destacado, la regla general será prescindir de la autorización previa, que no podrá exigirse cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable²⁷ del prestador. En ellas ha de manifestarse el cumplimiento de los requisitos exigidos y ha de facilitarse la información necesaria a la autoridad competente²⁸ para el control de la actividad.

Los apartados 1 y 2 del nuevo artículo 71 bis de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 25/2009, contienen las siguientes definiciones:

a) Se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Estos requisitos deberán estar recogidos de manera expresa,

26. El número 7 del artículo 3 de la Ley 17/2009 define así la “Autorización”: “cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.”

27. El número 9 del mismo artículo 3 de la Ley 17/2009 define la “Declaración responsable” como “el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad.”

28. “Autoridad competente”, será, según el número 12 del artículo 3 de la Ley 17/2009, “cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades de servicios, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales.”

clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

b) Se entenderá por comunicación previa, aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad.

De acuerdo con el apartado 5 del mismo precepto legal, las administraciones públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca, y que en todo caso se podrán presentar a distancia y por vía electrónica.

Esta última previsión legal ha de ponerse en relación con lo establecido en la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Se ha entendido²⁹ que la implantación de la ventanilla única queda facilitada a través de la implantación de la Administración electrónica, cuyos hitos fundamentales eran la instauración de una sede electrónica del ente público (al igual que existe una sede física), a lo cual van engarzados una serie de servicios electrónicos y derechos de la ciudadanía, tanto en lo que respecta a los registros electrónicos de documentos (tanto en su vertiente de presentación de documentos de manera electrónica a la Administración, como las notificaciones y comunicaciones electrónicas de la propia Administración a los interesados), así como la existencia de tableros de anuncios electrónicos y la tramitación electrónica de expedientes.

Sin embargo, la disposición final tercera.4 de la Ley 11/2007 establece que: "En el ámbito de las Entidades que integran la Administración Local, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias. A estos efectos las Diputaciones Provinciales, o en su caso los Cabildos y Consejos Insulares u otros organismos supramunicipales, podrán prestar los servicios precisos para garantizar

tal efectividad en el ámbito de los municipios que no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarlos". Por tanto, la aplicación de los servicios derivados de la Administración electrónica puede quedar condicionada por la insuficiencia de disponibilidades presupuestarias, en cuyo supuesto serán las diputaciones y demás organismos que se citan quienes habrán de prestar los servicios necesarios.

2.4.6. Mantenimiento de las facultades de control

No obstante las limitaciones a los regímenes de autorización, las administraciones públicas mantienen esenciales competencias en la materia:

a) En todo caso, como dispone el nuevo artículo 39 bis.2 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 25/2009, "velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan."

b) El comienzo del ejercicio de la actividad, en los casos en que no sea aplicable el régimen de autorización, no impide la actuación de control a posteriori. Así se señala en el nuevo artículo 71 bis.3 de la misma Ley 30/1992, redactado por la Ley 25/2009: "Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas."

c) El resultado de estas facultades de comprobación, control e inspección puede determinar la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad. Según dispone el apartado 4 del nuevo artículo 71 bis de la Ley 30/1992,³⁰ "La inexactitud, falsedad u omisión, de

29. Cfr. el citado C. BUJELLOS CALVO: "Aplicación práctica de la Directiva de servicios en las ordenanzas locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única", *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3, abril-junio 2009, p. 27.

30. En el mismo sentido, dispone el artículo 7.2 de la Ley 17/2009: "cuando el acceso a la actividad o su ejercicio esté condicionado a la realización de una comunicación o de una declaración responsable por parte del prestador, la comprobación por parte de la administración pública de la inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiere aportado o del incumplimiento de los requisitos señalados en la legislación vigente determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar."

carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.”³¹

3. Segunda parte: incidencia en la tributación local

3.1. La exclusión del ámbito tributario

El artículo 2.3 de la Ley 17/2009 dispone: “Esta Ley no se aplicará al ámbito tributario.”

El artículo 2.3 de la Directiva de servicios establece: “La presente Directiva no se aplicará a la fiscalidad”. La justificación de ello se encuentra en su considerando 29, donde se lee que, dado que en el Tratado se prevén bases jurídicas específicas en materia fiscal, y dados los instrumentos comunitarios ya adoptados en esta materia, procede excluir la fiscalidad del ámbito de aplicación de la Directiva.

El texto de la Directiva era el contenido en el Anteproyecto de la Ley 17/2009, pero fue corregido a instancias del Consejo de Estado, que señaló en su Dictamen que: “Cabe objetar la excesiva literalidad con que incorpora lo previsto en el apartado 3 del mencionado precepto, al establecer que ‘esta ley no se aplicará a la fiscalidad’. A juicio del Consejo de Estado, debería sustituirse este término por una expresión que permita identificar más adecuadamente el sector referido, como, por ejemplo, ‘ámbito tributario’.”

La corrección ha de estimarse innecesaria e incluso perturbadora. La Directiva se está refiriendo a la prestación de servicios propios de la gestión tributaria o fiscal, entendida la gestión como aplicación de los tributos (título III de la vigente Ley 58/2003, general

tributaria; artículo 83 de la misma; y Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real decreto 1065/2007, de 27 de julio) por los órganos públicos encargados de ello, o por los concertados o contratados por dichos órganos públicos. En suma, la Directiva excluye de su ámbito los servicios que tengan que ver con el acreedor del tributo (notificación, información, recaudación, etc.).

A la misma conclusión ha de llegarse respecto de la mención legal al “ámbito tributario”, pero como según el Diccionario ámbito es el “espacio ideal configurado por las cuestiones y los problemas de una o varias actividades o disciplinas relacionadas entre sí”, se propiciará la interpretación de que se está refiriendo a la fiscalidad también desde el punto de vista de los servicios que se prestan a los ciudadanos en su condición de contribuyentes o sujetos pasivos (“obligados tributarios” según la vigente Ley general tributaria), en suma, a los servicios conocidos como de “asesoría fiscal”, de una enorme trascendencia práctica y económica, servicios que en modo alguno quedan excluidos de su libre prestación.

Por otra parte, con la fórmula empleada no faltará quien pueda pensar, erróneamente, que la Directiva de servicios y la Ley 17/2009 carecen de trascendencia o incidencia en cuestiones fiscales o tributarias. El propio Manual de Evaluación para las entidades locales, ya citado,³² tiene que advertir que esta excepción no implica necesariamente la exclusión de las ordenanzas fiscales, ya que estas pueden, en ciertos casos, estar relacionadas con un régimen de autorización de una actividad de servicios.

Esta advertencia del Manual, en nota a pie de página, es manifiestamente insuficiente, al ser indudable la relación de algunos de los tributos locales con el régimen de autorización. El texto refundido de la Ley de haciendas locales (Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo) menciona las “licencias” o “autorizaciones” en los siguientes preceptos:

31. Según añade este mismo precepto, “Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.”

32. Ver nota núm. 2.

- Artículo 20.4.b): "Autorización para utilizar en placas, patentes y otros distintivos análogos el escudo de la entidad local."

- Artículo 20.4.c): "Otorgamiento de licencias o autorizaciones administrativas de autotaxis y demás vehículos de alquiler."

- Artículo 20.4.h): "Otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana."

- Artículo 20.4.i): "Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos."

- Artículo 23.2.b): "En las tasas establecidas por el otorgamiento de las licencias urbanísticas previstas en la normativa sobre suelo y ordenación urbana, los constructores y contratistas de obras."

- Artículo 76.2: "Sin perjuicio de la facultad de la Dirección General del Catastro de requerir al interesado la documentación que en cada caso resulte pertinente, en los municipios acogidos mediante ordenanza fiscal al procedimiento de comunicación previsto en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario, las declaraciones a las que alude este artículo se entenderán realizadas cuando las circunstancias o alteraciones a que se refieren consten en la correspondiente licencia o autorización municipal, supuesto en el que el sujeto pasivo quedará exento de la obligación de declarar antes mencionada."

- Artículo 76.3 (añadido por el artículo 11.1 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre): "Los ayuntamientos podrán exigir la acreditación de la presentación de la declaración catastral de nueva construcción para la tramitación del procedimiento de concesión de la licencia que autorice la primera ocupación de los inmuebles. En el caso de que el ayuntamiento se hubiera acogido al procedimiento de comunicación a que se refiere el apartado anterior, en lugar de la acreditación de la declaración podrá exigirse la información complementaria que resulte necesaria para la remisión de la comunicación."

- Artículo 100.1: "El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, siempre que su expedición corresponda al ayuntamiento de la imposición."

- Artículo 101.2: "En el supuesto de que la construcción, instalación u obra no sea realizada por el sujeto

pasivo contribuyente tendrán la condición de sujetos pasivos sustitutos del contribuyente quienes soliciten las correspondientes licencias o realicen las construcciones, instalaciones u obras."

- Artículo 102.4: "El impuesto se devenga en el momento de iniciarse la construcción, instalación u obra, aun cuando no se haya obtenido la correspondiente licencia."

- Artículo 103.1: "Cuando se conceda la licencia preceptiva o cuando, no habiéndose solicitado, concedido o denegado aún dicha licencia preceptiva, se inicie la construcción, instalación u obra, se practicará una liquidación provisional a cuenta, determinándose la base imponible."

- Artículo 103.3: "Las ordenanzas fiscales podrán regular como deducción de la cuota íntegra o bonificada del impuesto, el importe satisfecho o que deba satisfacer el sujeto pasivo en concepto de tasa por el otorgamiento de la licencia urbanística correspondiente a la construcción, instalación u obra de que se trate."

- Artículo 103.5: "Los ayuntamientos podrán establecer en sus ordenanzas fiscales sistemas de gestión conjunta y coordinada de este impuesto y de la tasa correspondiente al otorgamiento de la licencia."

3.2. Exacciones locales no afectadas por la Directiva de servicios

3.2.1. Preceptos no afectados

De los trece preceptos citados, no se ven afectados por la aplicación de la Directiva de servicios:

- 1.º El precepto residual relativo a la autorización para utilizar el escudo de la entidad local, que nada tiene que ver con la prestación de servicios.

- 2.º Tampoco el referido al otorgamiento de licencias o autorizaciones administrativas de autotaxis y demás vehículos de alquiler. En efecto, el artículo 2.2.d) de la Directiva de servicios excluye de su aplicación "los servicios en el ámbito del transporte", exclusión que se recoge en el artículo 2.2.d) de la Ley 17/2009. Y el considerando núm. 21 de la Directiva aclara que "Los servicios de transporte, incluido el transporte urbano, los taxis y ambulancias, así como los servicios portuarios, deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva". Excluidos los servicios de taxi, no rigen los

principios relativos a los regímenes de autorización para prestarlos.³³

3.º) Las normas sobre gestión catastral de los artículos 76.2 y 76.3 LHL carecen igualmente de interés a nuestros efectos, porque la misma, con toda claridad, está comprendida en la exclusión de la fiscalidad o ámbito tributario.

4.º) Aquellas normas que son accesorias o subordinadas de las principales, cuyas menciones a la licencia o licencias han de seguir la misma suerte que las principales a que se refieren. Es el caso, en particular, de los artículos 103.3 y 103.5 LHL, sobre deducción y gestión conjunta y coordinada del ICIO de la tasa por otorgamiento de la licencia urbanística.

3.2.2. Incidencia en las tasas por utilización o aprovechamiento del dominio público local

Por otra parte, conviene resaltar que cuando, de forma genérica, se habla de la incidencia de la Directiva de servicios en las tasas locales, han de discriminarse los tres tipos de tasas legalmente previstos (artículo 20.1 LHL): tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local; tasas por la prestación de servicios públicos de competencia local; y tasas por la realización de actividades administrativas de competencia local.

La afectación por la Directiva es diversa. Analicemos en primer lugar las estrictas tasas por utilización o aprovechamiento del dominio público local (en su totalidad consideradas precios públicos en la redacción

originaria de la LHL). Tales tasas nada tienen que ver con el objeto de la Directiva de servicios: la utilización o aprovechamiento queda fuera de la misma, pese a que vaya a ejercerse un servicio.

Más problemas pueden plantear las tasas por licencias o autorizaciones para, precisamente, llevar a cabo la utilización o aprovechamiento de tal dominio público local. Pueden citarse las relativas a puestos de mercado; veladores; establecimiento de puestos, espectáculos y atracciones; y quioscos.

Valga como ejemplo la Ordenanza fiscal núm. 3.6 del Ayuntamiento de Barcelona, reguladora de lo que denomina “Tasas de mercados”, cuyo hecho imponible comprende presupuestos tan diversos como el disfrute y aprovechamiento de los puestos o locales de los mercados municipales; la prestación de los servicios establecidos; la actividad municipal para la adjudicación o autorización del uso de los diferentes espacios de dominio público en los mercados y la renovación de las autorizaciones o permisos a dicho efecto; el disfrute y el aprovechamiento de los locales; la utilización de los servicios que se prestan en los mercados; la actividad administrativa necesaria para la adjudicación en los supuestos de cambio de titularidad; la realización de fotocopias, las compulsas de fotocopias de documentos; y la elaboración de certificados u otros documentos a instancia de particulares.

Ninguno de tales presupuestos queda afectado por la Directiva de servicios.³⁴ Así resulta de su considerando 57, según el cual, “las disposiciones de la presente Directiva relativas a los regímenes de autorización se

33. Sobre la Tasa de adquisición de licencias de autotaxi para financiar servicios distintos y futuros, exaccionada al acceder a la licencia, y el cálculo de su importe, se han pronunciado las siguientes sentencias de la Sección 1.ª del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: 216/2006, de 1 de marzo de 2006; 196/2007, de 28 de febrero de 2007; 264/2007, de 15 de marzo de 2007; y 263/2008, de 7 de marzo de 2008. En tales sentencias, tras descartar cualquier posible exceso respecto del coste de tales servicios, según el completo informe técnico-económico aportado, se resalta que la propia naturaleza de las tasas y de muchos de los servicios por los que se giran, obliga a acudir a criterios necesariamente genéricos y de “previsibilidad”. Y se concluye así: “El ejemplo que se cita en la contestación a la demanda es bien elocuente: ninguna duda cabe de que, idealmente, el importe de la tasa por recogida de basuras debiera responder a una medición diaria de las generadas por cada sujeto pasivo, como aquí sería que cada taxista pagara, trimestral o anualmente, cada uno de los concretos servicios enumerados en la Ordenanza impugnada, que efectivamente se hubieran utilizado en el respectivo período. Pero ese ideal es sencillamente inviable, o en caso de que lo fuera, su coste resultaría disparatado. Por eso es claro, y reconocido legal y jurisprudencialmente, que cabe acudir a elementos ‘previsibles’, a la ‘disponibilidad’ del servicio y a las correspondientes extrapolaciones y proyecciones, siempre con el infranqueable límite de no exceder el importe de las tasas, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad.”

34. En sentido al parecer contrario, dice F. TORRES COBAS, “Los desafíos...”, obra citada en nota 9, p. 24: “Desde otra perspectiva material como la Directiva de Servicios solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o su ejercicio (considerando 9) y excluye de su ámbito de aplicación las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, creo que las concesiones demaniales y las licencias sobre bienes de dominio público, uso público, previstas en la normativa sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas quedan claramente fuera del ámbito de aplicación de la DS, no así las concesiones y licencias sobre bienes de uso público, servicio público, como pueden ser los mercados, las lonjas, etc. Ahora bien, las ordenanzas reguladoras de kioscos, mercados ambulantes, etc., en cuanto afectan y regulan una actividad de servicios creo que caen claramente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios.”

refieren a los casos en los que el acceso a una actividad de servicios o el ejercicio de la misma por parte de operadores requiere una decisión de la autoridad competente”, mientras que en este supuesto se trata no de un acceso a una actividad de servicios, sino a la utilización o aprovechamiento del dominio, pese a que a través de ellos se ejerza una típica actividad de servicios.³⁵

Cuestión por completo distinta y muy polémica en la práctica, es la necesidad de que los preceptivos informes técnico-económicos discriminen correctamente en la determinación de la cuantía de cada uno de ellos, que ha de partir de reglas diferentes: para el disfrute y aprovechamiento de los puestos o locales, habrá de estarse a las reglas de las letras a) y, en su caso, b) del artículo 24.1 LHL; para la prestación de servicios, se estará a los criterios del artículo 24.2 LHL; por fin, para la adjudicación o autorización del uso de los puestos, renovación y cambio de titularidad, habrá de ceñirse al coste de la actividad administrativa.

3.2.3. Incidencia en las tasas por prestación de servicios públicos

Las tasas por la prestación de servicios públicos de competencia local están excluidas también de la Directiva de servicios, al menos en línea de principio.

Así resulta de su considerando 34: “Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la evaluación de si determinadas actividades, en especial las que reciben financiación pública y las prestadas por entidades públicas, constituyen un ‘servicio’ debe efectuarse caso por caso y a la vista de todas sus características, en particular la forma en que se prestan, organizan y financian en el Estado miembro de que se trate. El Tribunal de Justicia ha reconocido así que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que constituye una remuneración por los servicios de que se trate, y ha reconocido que la característica de la remuneración no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial, tales como los cursos realizados en el marco del sistema educativo nacional o la gestión de regímenes de seguridad

social que no constituyen una actividad económica. El pago de cuotas por parte de los destinatarios, por ejemplo, las tasas académicas o de matrícula pagadas por los alumnos para hacer una contribución a los gastos de funcionamiento de un sistema, no constituye por sí mismo remuneración, porque el servicio se sigue financiando fundamentalmente con fondos públicos. Estas actividades no responden, pues, a la definición de ‘servicio’ del artículo 50 del Tratado y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”. Como se observa, habrá de estarse en cada caso concreto a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

3.2.4. Incidencia en las tasas por realización de actividades administrativas

Quedan excluidas de la afectación por la Directiva de servicios las tasas por la realización de actividades administrativas de competencia local, siempre que se refieran a materias o servicios excluidos de aquella (artículo 2 de la Directiva y de la Ley 17/2009).

Sin embargo, como advierte el referido Manual de Evaluación, existen actividades relacionadas con un ámbito o actividad excluida que pueden estar incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, siendo el caso de determinadas actividades cuyas competencias ostentan las entidades locales, como por ejemplo, las autorizaciones de transporte funerario o las empresas de mudanzas, que no se consideran servicios de transporte; o las autorizaciones para la gestión de residuos sanitarios o los servicios veterinarios, que no se incluyen en la excepción de los servicios sanitarios.

En conclusión, la afectación de la Directiva de servicios se produce, esencialmente, en el Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO) y en las tasas relativas a la realización de actividades administrativas de competencia local, relacionadas con los regímenes de autorización para el acceso a una actividad de servicios de las comprendidas en tal Directiva. Cabría reconducirlas a las previstas en las letras h) e i) del artículo 20.4 LHL: “Otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana” y “Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos”.

35. Tomando el ejemplo de los kioscos, mercados y mercados ambulantes, la utilización privativa del dominio público local que suponen queda excluida de todo punto de la Directiva. Y también estarán excluidas las licencias que autoricen, siempre con carácter previo, tal utilización, sin necesidad específica de motivación de las razones imperiosas de interés general, que resulta del todo obvia, al ser impensable, por ejemplo, que quepa instalar un kiosco en cualquier acera sin previa licencia.

3.3. Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO)

3.3.1. Origen del ICIO

La trascendencia de la Directiva de servicios y de su transposición al Derecho interno en el ICIO, tiene que ver con el origen de este tributo, introducido por la LHL de 1988.

Desde un punto de vista estrictamente teórico y técnico, el ICIO sería el único Impuesto auténticamente “nuevo” en el sistema instaurado por la LHL, pero está claro que en el origen del Impuesto se encuentra una figura tributaria distinta y de hondo arraigo en las fuentes de recaudación de las haciendas locales, la llamada Tasa por licencia de obras.

Así se ha destacado por la jurisprudencia y la doctrina.

Se ha dicho al respecto que en el origen de la creación de este nuevo Impuesto se halla la idea de allegar recursos a las entidades locales sin violentar, como en no pocas ocasiones se hacía, las normas legales en materia de cuantía de las tasas (no superación del coste del servicio) por el otorgamiento de licencias (STSJ de Cataluña de 6 de junio de 1997).

Simón Acosta³⁶ insiste en que el Impuesto no se debe al influjo del componente racional que puede conformar el sistema tributario, sino al del componente histórico, en el sentido del mantenimiento de un gravamen porque produce rendimientos a las arcas públicas y es aceptado por los contribuyentes, que se han acostumbrado a él. Como añade el mismo autor, se trata de una figura tributaria cuya justificación se encuentra más bien en el mal hábito que en la razón y en la técnica, consagrándose legalmente una costumbre viciada que arranca de un uso indebido de las tasas por los ayuntamientos. La definición legal de las tasas ha permitido a los ayuntamientos actuar en fraude de ley al crear y regular tasas, particularmente tasas por concesión de licencias, en las que, configurando como hecho imponible el acto de otorgamiento de la licencia, se han establecido, bajo la apariencia legal de tasas, muchos tributos que debían haber sido calificados como impuestos, y que de tasas solo tenían el hecho imponible, pues las cuotas tributarias no respetaban

el principio de provocación de gastos y no guardaban la relación necesaria con el coste del servicio. Así muchos municipios han desnaturalizado el tributo, pero han acostumbrado al contribuyente a soportarlo. Según concluye el mismo autor, con el nuevo Impuesto sobre construcciones no se hace sino legalizar una práctica inconstitucional de muchos ayuntamientos, reconociendo que estos tributos –mal llamados tasas– son verdaderos impuestos a los que ahora se ampara con una habilitación legal en la forma exigida por el principio de reserva de ley tributaria. Ya no se podrá por ello tildar de inconstitucional el ejercicio del poder tributario por el Ayuntamiento.

El análisis de los debates parlamentarios de la LHL confirma las anteriores conclusiones: los enmendantes de la oposición alegaron que se trataba de mantener la capacidad recaudatoria de la tasa ante algunas decisiones jurisdiccionales que cuestionaban su cuantía, para continuar así el vicio adquirido por las corporaciones locales. La justificación de la mayoría fue clara: ha habido, probablemente, un exceso en la aplicación de la tasa, imponiendo la realidad de que se sobrepasaran los límites del costo real de tramitación administrativa, y, ante esa realidad que se quiere preservar, ante un hecho imponible que parece merecedor del establecimiento de un tributo, se quiere mantener, eso sí, con la condición pura y simple de un impuesto. Por tanto, desde el punto de vista técnico, no existe doble imposición de ningún género y el hecho imponible de la tasa debe mantenerse, porque puede provocar los gastos de una tramitación administrativa, reducidos estrictamente a ese nivel. En cualquier caso, el Impuesto es potestativo, y la impresión fundada es que los ayuntamientos van a establecer este Impuesto y reducir o exonerar del cobro de la tasa este tipo de actividad administrativa que beneficia al interesado, y, si se diera la posibilidad de percepción de cantidades por dos vías, la tasa debiera limitarse al gasto que provoca la tramitación de dicho expediente, que debe ser mínimo.³⁷

Hay que reiterar por ello las conclusiones expuestas hace años:³⁸ 1.ª) Se mantiene la Tasa por licencias urbanísticas, ceñida a su exacta configuración legal, esto es, al principio de equivalencia entre cuantía y coste del servicio; y 2.ª) Se crea el Impuesto de construcciones,

36. E. SIMÓN ACOSTA: “El Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras”, en *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núm. 57, septiembre-diciembre de 1989, p. 355-356.

37. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 8 de noviembre de 1988, p. 12.463 a 12.475.

38. E. ARAGÓNES BELTRÁN: “Primeros problemas en la aplicación del nuevo Impuesto sobre construcciones”, en *Gaceta Fiscal*, núm. 101, julio de 1992, p. 163.

para gravar el hecho imponible que *de facto* gravaba ya el exceso de la Tasa desvirtuada.

Desde un punto de vista constitucional, la solución es correcta, aunque no resulte demasiado edificante. Pero como no hay mal que por bien no venga, hay que entender que las consecuencias de todo este debate pueden resultar positivas. Se trata, sobre todo, de reafirmar los principios esenciales en materia de cuantía de las tasas, que no pueden superar el coste del servicio o actividad de que se trate. El régimen legal resultante de la LHL de 1988 no altera los principios anteriores sobre la cuantificación de las tasas, pero, al permitir la implantación del ICIO, priva de toda excusa (recaudatoria) a las corporaciones locales para infringir aquellos. En consecuencia, tratándose de tasas por el otorgamiento de licencias urbanísticas, seguir cualquier precedente ilegal en esta cuestión resultaría llamativamente rechazable desde el momento en que la nueva regulación de las haciendas locales ha introducido un nuevo Impuesto, el relativo a construcciones, instalaciones y obras, con el que pueden los ayuntamientos obtener la misma recaudación que anteriormente obtenían, mediante la percepción en importes ilegales, de aquellas tasas.

En suma, aunque el sistema al que acudió el legislador en 1988 para solventar el problema de la ilegalidad de las cuantías percibidas por la Tasa por licencia de obras, mediante la creación del ICIO, esté idealmente alejado de los propósitos de “racionalización” del sistema que se proclaman, debiera seguir siendo un serio acicate para que, en la práctica, sí se produzca aquella racionalización y el importe de todas las tasas sea fijado exclusivamente en función del coste del servicio.

3.3.2. Sujeción al Impuesto

De acuerdo con el explicado origen, la sujeción al ICIO viene determinada por el hecho de que sea exigible licencia (de obras o urbanística) para la realización de la correspondiente construcción, instalación u obra.³⁹

Como señalara el Informe de la Comisión para la Reforma llevada a cabo por la Ley 51/2002, la subordinación del hecho imponible a la exigencia de

obtención de la correspondiente licencia ha dado lugar a bastante litigiosidad, planteándose dudas acerca de la sujeción al Impuesto en múltiples supuestos. A manera de ejemplo, se cita la no sujeción de la construcción de una presa inscrita en un plan de regulación de una cuenca hidrográfica, pues “se está ante una obra cuyas características especiales no la someten a lo que estrictamente puede merecer el concepto de ‘licencia urbanística’ y que, por eso mismo, difícilmente puede integrar el hecho imponible anteriormente definido” (STS de 21 de abril de 1997). No están sujetas las obras incluidas en los proyectos de urbanización (por todas, STS de 15 de febrero de 2003), ni aquellas llevadas a cabo en los casos en los que no es necesaria la concesión expresa de la licencia, ya que esta se entiende concedida *ope legis* (SSTSJ de Extremadura de 13 de enero de 1993 y de La Rioja de 19 de julio de 1993: sustitución de un paso a nivel y obras en una estación de ferrocarril, respectivamente).

El informe citado planteó la posibilidad de que la sujeción al Impuesto viniese determinada por la mera realización de construcciones, instalaciones u obras en el término municipal, suprimiendo la referencia a la exigibilidad de licencia, con el objeto de evitar que una cuestión no tributaria (la exigibilidad o no de licencia) causara indefinición en la determinación de la sujeción al Impuesto.

Lo cierto es que el texto legal vigente mantiene dos presupuestos diferentes y mutuamente condicionados: la realización de cualquier construcción, instalación u obra; y la exigibilidad para ella de licencia de obras o urbanística. Solo se dará la sujeción al ICIO cuando concurren simultáneamente (ni toda construcción, instalación u obra está sujeta, sino solo las que exijan obtención de la correspondiente licencia; ni toda licencia dará lugar a la sujeción, si no se realiza una construcción, instalación u obra: *cfr.* STS de 29 de junio de 1994).

En particular, según el texto legal, la licencia en cuestión habrá de ser precisamente “de obras o urbanística” y no cualquier otra. El concepto de tal licencia habrá de ser material y no el puramente formal de venir contemplada en las ordenanzas o normas de carácter urbanístico (STSJ de Cataluña de 1 de octubre

39. Artículo 100.1 del texto refundido de la LHL: “El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, siempre que su expedición corresponda al ayuntamiento de la imposición.”

de 1996: “no cabe compartir la tesis municipal que conllevaría, por la vía de la inclusión en Ordenanzas o Normas de Planeamiento, que por la exigencia de una licencia supuestamente urbanística se alterara el régimen legal del impuesto; ha de entenderse, por el contrario, que el concepto de ‘licencia de obras o urbanística’ del art. 101 LHL ha de ser un concepto material y no el puramente formal de venir contemplada en Ordenanzas o Normas de carácter urbanístico”). Quedan fuera del hecho imponible del ICIO las grandes obras, que no precisan licencia municipal (STS de 22 de octubre de 1999: autopista “de peaje”; STS de 19 de febrero de 2000: acueducto para el trasvase de aguas). Tampoco están sujetas las instalaciones ni maquinarias que se vayan a colocar sobre una determinada obra, cuando para ello no sea necesario proveerse de una licencia de obras o urbanística (SSTS de 19 de junio de 1994, 16 de enero de 1995, 18 de enero de 1996 y 9 de diciembre de 1996).

En particular, las autorizaciones para el funcionamiento de industrias y las de apertura y funcionamiento de empresas y locales, no determinan la sujeción, aunque estén implicadas consideraciones urbanísticas (STS de 28 de junio de 1996).

En sentido inverso, el ámbito de aplicación de la norma urbanística que regula la necesidad de licencia no es identificable con el hecho imponible del ICIO, puesto que es necesario que la licencia se refiera precisamente a la realización de una construcción, instalación u obra (STS de 15 de noviembre de 1999: actividad de extracción de mineral de carbón, ya sea en explotaciones a cielo abierto o en interiores, y los correspondientes movimientos de tierra; SSTS de 22 y de 30 de julio de 1999: no sujeción al ICIO de la actividad extractiva minera; en el mismo sentido las SSTS de 26 de abril de 1996, 24 de abril de 1997, 17 de abril de 2002 y 25 de febrero de 2002). No está sujeta la construcción de un embalse (STS de 21 de abril de 1997: “la LHL vincula la producción del hecho imponible a dos exigencias: una, que se trate de construcciones, instalaciones y obras que precisen licencia de obras o urbanística –no, por tanto, cualquier otro acto de autorización o conformidad–; y, otra, que ha de concurrir copulativamente con la anterior, que la expedición de la licencia corresponda al Ayuntamiento”).

Tampoco están sujetas al ICIO las obras realizadas por los particulares como consecuencia de una orden de ejecución dictada por el Ayuntamiento exaccionante (STS de 10 de octubre de 2003).

En cambio, se predica la sujeción de las obras e instalaciones subterráneas destinadas a aparcamiento de titularidad municipal (SSTS de 13 de marzo de 1995 y 15 de marzo de 2003), y de las obras realizadas en conjuntos históricos (STS de 15 de febrero de 1995).

Por fin, el hecho imponible del ICIO tiene lugar “se haya obtenido o no dicha licencia”. Del mismo modo que el Impuesto se devenga cuando la licencia es necesaria, aunque no se haya pedido, igualmente no se devenga cuando no es necesaria, aunque se haya pedido y obtenido (STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 1997). Sin embargo, ello no quiere decir que quepa gravar las obras ilegalizables (STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de abril de 1995: el Ayuntamiento no puede considerar ilegalizable una obra, con la consiguiente demolición, y exigir al mismo tiempo el ICIO, pues incurriría en la paradoja de gravar una obra que iba a dejar de existir).⁴⁰

3.3.3. Incidencia de la Directiva de servicios en el urbanismo

No está resultando pacífica la fijación de la incidencia de la Directiva de servicios en el urbanismo, en particular por las dificultades propias de delimitar con precisión el alcance de este.

¿Afecta la Directiva a facultades de intervención de las entidades locales que sujetan a licencia previa la edificación y el uso del suelo y del subsuelo?

La respuesta ha de ser negativa en principio, si atendemos a los términos del considerando 9 de la propia Directiva: “La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su

40. Cfr. F. ÁLVAREZ ARROYO: “El Impuesto municipal sobre construcciones, instalaciones y obras”, Pamplona, Aranzadi, 1996. En las p. 123-131 de dicha obra se analizan exhaustivamente las distintas hipótesis posibles de obras sin licencia, paralelamente a lo estudiado por los especialistas en materia urbanística.

actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada.”

Por tanto, la Directiva únicamente se aplica a los requisitos relativos al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Pero no a las normas que no regulan o no afectan específicamente a la actividad de servicio, pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada. Y entre tales normas se citan expresamente las relativas a “la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural”.

La respuesta afirmativa se ha querido fundamentar en que los servicios de construcción sí se encuentran incluidos en el ámbito de la Directiva y de la Ley 17/2009. Se cita al respecto el considerando 33 de la Directiva, que expresa que el concepto de “servicio” incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución, incluyéndose en dicho concepto “los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos”. Desde luego, ni las actividades ni los servicios de construcción se encuentran excluidos. Sin embargo, debe entenderse que una cosa es que la actividad constructiva esté afectada por la Directiva, y otra bien diferente es que cada construcción en concreto esté sujeta a las normas urbanísticas, que han de ser respetadas por quienes ejercen tal actividad, de la misma manera que por los particulares en su capacidad privada.

Ahora bien, nuestra inicial respuesta negativa a la afectación de la Directiva en el urbanismo no quiere decir que, necesariamente y en todo caso, haya de contarse con una licencia previa para cualquier obra o actuación urbanística, lo cual queda matizado incluso en la normativa sectorial española.

Así, el artículo 8 del texto refundido de la Ley de suelo (Real decreto legislativo 2/2008, de 20 junio) recoge el principio de que “Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística. Su denegación deberá ser motivada”. Pero ya no se emplea

el término “licencia”, como hacía el artículo 242.1 del texto refundido de 1992, sino la expresión más amplia de “acto de conformidad” que sea preceptivo, abriendo las posibilidades a otras técnicas de control, como disponen el texto originario del artículo 84.1.b) de la Ley 7/1985 y algunas legislaciones autonómicas. También el artículo 5 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación,⁴¹ al disponer que: “La construcción de edificios, la realización de las obras que en ellos se ejecuten y su ocupación precisará las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, de conformidad con la normativa aplicable”, ha permitido otras técnicas de control distintas de las licencias, a establecer por las legislaciones autonómicas.

Es el caso de la legislación catalana: el artículo 179 del Decreto legislativo catalán 1/2005, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, dispone en su apartado 1 que: “Están sujetos a la licencia urbanística previa, en los términos establecidos por esta Ley, por el planeamiento urbanístico y por las ordenanzas municipales, todos los actos de transformación o utilización del suelo o del subsuelo, de edificación, de construcción o de derribo de obras”. El apartado 2 recoge, de forma ejemplificativa, varios supuestos sujetos a licencia, mientras que el apartado 3 excluye de la sujeción las obras de urbanización y las parcelaciones. Por fin, el apartado 4 contiene la esencial matización de que: “Las ordenanzas municipales, en los términos establecidos por la normativa de régimen local y en función de la entidad de las obras o las actuaciones a realizar, pueden sustituir la necesidad de obtener la licencia urbanística por una comunicación previa de la persona interesada a la administración municipal.”

Otras legislaciones autonómicas han recogido también técnicas diversas de control preventivo, como la actuación urbanística comunicada o comunicación previa, referida a todas o a algunas obras menores para su agilización; incluso, cuando no están previstos estos instrumentos de control, diversos ayuntamientos, amparándose en la normativa sobre régimen local, los han asumido.⁴²

41. La Ley 25/2009, “Ley ómnibus”, modifica en su artículo 15 esta Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, pero solo para dar nueva redacción a su artículo 14, relativo a las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación.

42. Cfr. V. GUTIÉRREZ COLOMINA: “La incidencia de la Directiva de servicios 2006/123/CE en el urbanismo”, *Revista de estudios locales*, COSITAL, núm. 122 (julio-agosto de 2009), monográfico sobre la Directiva de servicios, p. 205. Se cita allí a Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO: “El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística: análisis de la regulación legal y municipal y de la aplicación judicial”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, año núm. 42, núm. 242, 2008, p. 13-85.

Por otra parte, el considerando 56 de la Directiva proclama que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo, entre otros, de protección del entorno urbano, constituye razón imperiosa de interés general que permite justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. Pero advierte con contundencia que: “No obstante, ningún régimen de autorización o restricción de estas características debe discriminar en razón de la nacionalidad. Además, deben respetarse siempre los principios de necesidad y proporcionalidad.”

Al recogerse la protección del entorno urbano como razón imperiosa de interés general, con la consiguiente posibilidad de aplicación del régimen de autorización y otras restricciones, cabe deducir que el régimen de intervención administrativa de las autorizaciones y licencias urbanísticas cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, aunque sea este uno de aquellos ámbitos en que, de forma excepcional, se permite la aplicación de regímenes de autorización. Además, se desprende de lo anterior que no toda posible afectación a la protección del entorno urbano permite someter el establecimiento de una actividad de servicios a un régimen de autorización, sino que, adicionalmente, deben de respetarse los principios de necesidad y proporcionalidad, lo cual, conforme al considerando 54 de la Directiva, “significa que la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control a posteriori, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar a posteriori los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control a priori.”⁴³

En suma, la exclusión del urbanismo que resulta del considerando 9 de la Directiva, no impide que las ordenanzas locales puedan acomodarse a los principios de la misma en cuanto al régimen de intervención urbanística, dentro de lo establecido en las normas citadas (texto refundido de la Ley de suelo, Ley de ordenación de la edificación y legislación autonómica urbanística).

Así, si el citado artículo 179.4 del texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña permite, en función de la entidad de las obras o las actuaciones a realizar, sustituir la necesidad de obtener la licencia urbanística por una comunicación previa, no existe obstáculo alguno para que las ordenanzas locales de esta Comunidad concreten tal posibilidad. El Ayuntamiento de Barcelona lo hace a través de la detallada “Ordenanza

municipal de obras menores”, aprobada por el Consejo Plenario de 6 de abril de 2004, en cuyos anexos se concretan las obras sometidas a régimen de licencia de obras menores, las sujetas a régimen de comunicación con la documentación técnica que se especifica, y las sujetas a régimen de enterado sin necesidad de presentar documentación complementaria.

3.3.4. Repercusiones en el hecho imponible del ICIO

Necesaria consecuencia de lo anterior ha de ser que, en todos los casos en que la licencia de obras o urbanística se mantenga, no surgirá problema alguno en relación con el hecho imponible del ICIO. En aquellos casos en que no se requiera licencia, bastando la comunicación o la declaración responsable, ha de entenderse que no por ello quedará excluida del hecho imponible la construcción, instalación u obra en la que concurren los demás presupuestos de hecho del Impuesto.

Tal conclusión resulta de una interpretación del artículo 100.1 del texto refundido de la LHL que, yendo más allá del sentido literal o propio de sus palabras, atiende, como ordena el artículo 3.1 del Código civil, al contexto, a los antecedentes históricos y legislativos, y a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, atendiendo, sobre todo y fundamentalmente, al espíritu y finalidad del precepto.

Cuando se menciona la exigencia de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se está delimitando el hecho imponible en el sentido de que sea necesaria una intervención administrativa, y, precisamente, de naturaleza urbanística, en relación con la construcción, instalación u obra. Se utiliza el término “licencia” porque, cuando la norma se promulga, todos los actos de edificación exigen tal tipo de intervención, y así quedaba recogido en el artículo 242.1 del texto refundido de la Ley de suelo de 1992, que utilizaba dicho término. Ahora, como ha quedado explicado, el artículo 8 del vigente texto refundido de la Ley de suelo (Real decreto legislativo 2/2008, de 20 junio) menciona, con más amplitud, el “acto de conformidad, aprobación o autorización”, sin emplearse el término “licencia”, al tiempo que los nuevos artículos 84 de la Ley 7/1985 y 39 bis y 71 bis de la Ley 30/1992, introducidos por la Ley “ómnibus”, regulan otras formas de intervención distintas de la licencia.

43. En el mismo sentido, F. TORRES COBAS, “Los desafíos...”, obra citada en nota 9, p. 28.

El contexto y los antecedentes históricos y legislativos obligan a entender que, dado el explicado origen del ICIO, ha de bastar que la construcción, instalación u obra esté sometida a cualquier régimen de intervención, sea preventivo o represivo. La actual realidad social, posterior a la aplicación de la Directiva, conduce a la misma conclusión, pues, ante todo, el significado, espíritu y teleología del hecho imponible del ICIO se refieren al sistema de control e intervención urbanísticos que sean aplicables en cada momento, sin que se vislumbre razón alguna para limitarlo a los casos en que se exija uno solo de tales sistemas, esto es, la licencia.

Por ello, han de estimarse conformes a derecho el párrafo segundo del artículo 2 de la Ordenanza fiscal núm. 2.1 del Ayuntamiento de Barcelona para 2009, reguladora del Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, en cuanto dispone que: “Se incluyen en el hecho imponible del impuesto los supuestos en que las Ordenanzas municipales de aplicación autoricen sustituir la licencia urbanística por la comunicación previa, al amparo de lo que dispone el artículo 179.4 del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio”; así como la previsión incluida como número 2 de la disposición adicional 1.^a de la Ordenanza-tipo aprobada por la Diputación de Barcelona para el año 2010,⁴⁴ del siguiente tenor: “Si se modificase el alcance jurídico de las licencias de obras o urbanísticas de competencia municipal, esta Ordenanza también será aplicable a todas las construcciones, instalaciones y obras que pasen del régimen de intervención al de comunicación previa o al de declaración responsable.”

Ambas previsiones se estiman, en todo caso, innecesarias, pues las innovaciones normativas generales despliegan sus efectos en las normas correspondientes, con independencia de que se haga constar o no expresamente en estas. La inclusión ha de estimarse meramente aclaratoria o didáctica, como lo es también la contenida en el número 2 de la misma disposición que acaba de citarse,

donde se postula algo tan obvio como la sustitución automática de las remisiones legales y reglamentarias que se hacen a las nuevos preceptos.

De esta forma, se contengan o no en las ordenanzas del ICIO previsiones como las señaladas, el hecho imponible tendrá lugar no solo cuando se exija estrictamente una licencia de obras o urbanística, sino también en los casos de comunicación o declaración responsable, u otros de la misma significación. No hay con ello aplicación analógica alguna, sino mera hermenéutica del precepto legal.

3.3.5. Gestión del Impuesto

El artículo 103.4 del texto refundido de la LHL, habilita a los ayuntamientos para exigir el ICIO en régimen de autoliquidación.

La autoliquidación, si se establece, habrá de ser exigida en los mismos momentos en que la LHL permite practicar, primero, una liquidación provisional a cuenta (artículo 103.1, primer párrafo), cuando se conceda la licencia preceptiva, o cuando, no habiéndose solicitado, concedido o denegado aún dicha licencia preceptiva, se inicie la construcción, instalación u obra; y después se practicará una liquidación definitiva, en su caso, una vez finalizadas las obras y mediante la oportuna comprobación administrativa.

El texto legal no deja lugar alguno a la duda: el momento en que puede exigirse la autoliquidación provisional es, exclusivamente, el de concesión de la licencia. Así se ha venido declarando en todos los litigios que se han planteado al respecto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que ha declarado nulas cuantas ordenanzas impugnadas adelantaban ilegalmente el momento de exigencia de la autoliquidación al de solicitud de la licencia. Este criterio ha sido confirmado por las SSTs de 28 de julio de 1999 y de 25 de junio de 2002.⁴⁵ Es por ello harto problemática la conformidad a derecho de las

44. “Models tipus d’ordenances per als ajuntaments de la província de Barcelona per a l’any 2010”, publicados en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona núm. 233, de 29 de septiembre de 2009, anexo I, p. 42.

45. Destacan estas SSTs de 28 de julio de 1999 y de 25 de junio de 2002, que: “En un planteamiento ‘modal’ (en estadística el valor más frecuente), o, quizás mejor, paradigmático, el devengo o nacimiento del ICIO debería producirse al realizarse por completo el hecho imponible o sea una vez terminadas las construcciones, instalaciones u obras de que se tratase, momento en el que, además, podría cuantificarse, con conocimiento de causa, la base imponible, puesto que ésta es, de conformidad con el artículo 104.1 de dicha Ley, ‘el coste real y efectivo’. Sin embargo ocurre, cada vez con más frecuencia, por razones recaudatorias y sobre todo de gestión, que la exigencia de las obligaciones tributarias se anticipa al momento de iniciación del hecho imponible o a etapas intermedias (retenciones, ingresos a cuenta y fraccionamientos) e incluso, como pusimos de manifiesto en nuestra sentencia de fecha 12 de abril de 1997 (RJ 1997, 6800), relativa también al ICIO, antes de iniciarse la realización del hecho imponible, concretamente cuando se otorga la licencia de obras... Bastante anticipación y excepción respecto de la normativa tributaria común significa anticipar el pago del ICIO al momento de otorgamiento de la licencia urbanística como para admitir la anticipación

ordenanzas que subordinan la concesión u obtención de la licencia al pago previo de la cuota resultante de la liquidación. La distinta naturaleza y objeto de la Tasa por el otorgamiento de licencias urbanísticas, impide que sus normas específicas sobre exigibilidad sean aplicables a otro tributo autónomo y diferente, cual es el ICIO, en el que no cabe hablar en modo alguno ya de pago por adelantado de un servicio (“depósito previo”, artículo 26 del texto refundido de la LHL), pues la prestación de este es ajena por completo a su hecho imponible, y que habrá de regirse por sus propias normas de devengo y exigibilidad, contenidas en los artículos 102.4 y 103 del mismo texto refundido.

Por tanto, lo que se denomina legalmente liquidación provisional se practica con anterioridad al devengo del Impuesto, antes del nacimiento y existencia de la obligación tributaria, lo que supone una anticipación de la exigibilidad y liquidación y pago a cuenta de una obligación tributaria aún no nacida. Esta anticipación se concreta al momento de concesión de la licencia (“cuando se conceda la licencia preceptiva”), que, desde luego, no puede equipararse al de solicitud de la licencia, que necesariamente será anterior, mientras que, en la práctica, resultan notoriamente distanciadas en el tiempo, en muchos casos, la solicitud y la concesión de la licencia.

Siendo esto así, en los supuestos en que la licencia sea sustituida por una comunicación previa o una declaración responsable, la liquidación provisional o autoliquidación del ICIO no podrá tener lugar, legalmente, con carácter simultáneo a tal comunicación o declaración, siendo contrarias a derecho las ordenanzas que así lo establezcan, debiendo estarse a la otra alternativa del artículo 103.1 del texto refundido de la LHL, esto es, la liquidación provisional o autoliquidación tendrá lugar al momento de inicio de la construcción, instalación u obra.

Debe entenderse, en consecuencia, que aquí sí produce efectos la Directiva de servicios: en la medida en que de esta resulte innecesaria la licencia urbanística o de obras, siendo sustituida por la comunicación o la declaración, ya no se podrá girar ninguna liquidación provisional o exigirse ninguna autoliquidación antes del inicio de la construcción, instalación u obra, esto es, antes del devengo del Impuesto (artículo 102.4 texto refundido LHL).

Como señalan las indicadas SSTs de 28 de julio de 1999 y de 25 de junio de 2002, “bastante anticipación y excepción respecto de la normativa tributaria común significa anticipar el pago del ICIO al momento de otorgamiento de la licencia urbanística”, para admitir anticipaciones a momentos anteriores a tal otorgamiento o concesión de la licencia, o para fijarlo, en otros casos de intervención administrativa diferente de la licencia, en momento anterior del previsto legalmente de inicio de la construcción, instalación u obra.

3.4. Hecho imponible en las tasas por el otorgamiento de licencias

3.4.1. Carácter abierto del listado del artículo 20.4 de la Ley de haciendas locales (LHL)

Las citadas letras h) e i) del artículo 20.4 LHL, permiten a las entidades locales el establecimiento de tasas por el “Otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana”, y el “Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos”, respectivamente.

Ha de advertirse, ante todo, que el listado del que forman parte dichas letras, y que agota el abecedario llegando a la letra z, es meramente enunciativo o ejemplificativo, como expresamente resulta del párrafo inicial del artículo 20.4 (“Conforme a lo previsto en el apartado 1 anterior, las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local, y en particular por los siguientes:”).

La regulación vigente en materia de tasas locales, como es sabido, procede de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, que trasladó a las tasas locales la regulación de las estatales y autonómicas, consecuencia de la polémica STC 185/1995, de 14 de diciembre. No obstante, la STC 233/1999, de 16 de diciembre, confirmó la plena constitucionalidad de la redacción originaria de la LHL al respecto, por lo que este listado del artículo 20.4 ha devenido por completo innecesario desde el punto de vista constitucional.

de la comprobación, aplicando baremos, tablas y cuadros de valores (previamente aprobados por los Ayuntamientos), pues eso es sencillamente lo que ha considerado como válido la sentencia recurrida, en contra del acertado criterio de la sentencia núm. 703/1991, de 19 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.”

Como resulta del propio texto legal transcrito y de la justificación de la enmienda parlamentaria que dio lugar al mismo, la enumeración no es limitativa, sino simplemente ilustrativa, dejándose abierta la posibilidad de establecer tasas en supuestos distintos de los enumerados siempre que se den los presupuestos que configuran su hecho imponible, por lo que en el encauzamiento del apartado se refleja que el listado no es limitativo, sino ilustrativo de supuestos particulares en que pueden establecerse tasas.⁴⁶

En consecuencia, las menciones que se hacen en las indicadas letras h) e i) en nada impiden, sin necesidad de alterar el texto legal, la concurrencia del hecho imponible también en los casos en que, efectivamente, tenga lugar la correspondiente actividad administrativa necesaria para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos a las actividades realizadas en régimen de comunicación previa o de declaración responsable.

Tanto el control posterior a la realización de obras o actividades urbanísticas sujetas a comunicación previa o declaración responsable, como el que se lleve a cabo tras la apertura de establecimientos y ejercicio de actividades liberalizadas o sometidas a comunicación previa o declaración responsable y realización de controles periódicos preceptivos, podrán constituir el hecho imponible de las respectivas tasas.

En puridad, por tanto, resulta innecesaria la previsión ya citada, contenida en el Anteproyecto de Ley de economía sostenible, de modificar la letra i) del artículo 20.4 de la LHL, que pasaría a tener el siguiente contenido: "i) Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos, así como por la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo."

3.4.2. Establecimiento en las ordenanzas fiscales

Sin embargo, siendo las tasas tributos de establecimiento potestativo, que requieren por tanto para su exigencia su específica previsión en la correspondiente Ordenanza fiscal local, será necesario que venga contemplada en ella esta ampliación del hecho imponible para aquellos casos diferentes del otorgamiento de licencias.

Así ocurre, por ejemplo, en la Ordenanza fiscal núm. 3.3 del Ayuntamiento de Barcelona, reguladora de la Tasa por servicios urbanísticos, que recoge en su hecho imponible, entre otros supuestos, la inspección de obras, la tramitación de comunicaciones previas, el control inicial de actividades, el control periódico (artículo 2); se hace mención, a efectos del devengo, a la presentación de la correspondiente comunicación (artículo 7); y se cuantifican en las tarifas anexas la comunicación en obras menores y la comunicación previa al inicio de actividades de los anexos que se citan de la Ordenanza de intervención integral de la Administración ambiental de Barcelona.⁴⁷

Sin embargo, son muy frecuentes las ordenanzas que, al establecer estas tasas por licencias, hacen específica mención a su otorgamiento, a la letra del artículo 20.4 LHL en que se basan, e incluso se lleva al título mismo de la Ordenanza el presupuesto del otorgamiento de las licencias. Su hecho imponible se suele definir como la actividad, técnica y administrativa, necesaria para determinar si procede conceder la licencia solicitada y, en su caso, la concesión de la licencia.⁴⁸

En estos supuestos, será indispensable la modificación de la Ordenanza, o la aprobación de otra adicional, para incluir en ella la comprobación o control de actividades comunicadas u objeto de declaración responsable. Así viene previsto en los respectivos "modelos-tipo" de ordenanzas aprobadas por la Diputación de Barcelona para el año 2010.⁴⁹

46. La afrenta al sentido común que supone un listado de esas características –en una relación absolutamente abierta que permite establecer tasas por cualquier otro supuesto– se explica, por J. I. RUBIO DE URQUÍA ("El nuevo régimen de las tasas y precios públicos locales", CISS, Valencia, 1998), por un afán especial del legislador por fortalecer la efectividad del principio de reserva de ley: es un mensaje al Tribunal Constitucional en el sentido de: "soy tan respetuoso con el principio de reserva de ley que incluso oriento a las Entidades locales acerca de los supuestos concretos por los que pueden establecer tasas", aun reconociendo que, en puridad, no sería en absoluto necesaria la inclusión de relación alguna de supuestos, ni abierta ni cerrada.

47. En la modificación prevista para el año 2010 se hace constar en el epígrafe 1.6 de las tarifas: "La tasa por la prórroga de los comunicados de obras menores será del 50% del importe que correspondería en caso de petición de nuevo comunicado."

48. Así, por ejemplo, en el artículo 2 de la Ordenanza fiscal número 20, "Tasa por licencias urbanísticas", de los "Models tipus d'ordenances per als ajuntaments de la província de Barcelona per a l'any 2009", publicados en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona núm. 234, de 29 de septiembre de 2008, anexo II, p. 69.

49. "Models tipus d'ordenances per als ajuntaments de la província de Barcelona per a l'any 2010", publicados en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona núm. 233, de 29 de septiembre de 2009, anexo I, p. 4 y siguientes.

• El modelo de Ordenanza fiscal número 20⁵⁰ pasa a titularse “Tasa por licencias o la comprobación de actividades comunicadas en materia de urbanismo”. Tal denominación se incorpora al artículo 1 (fundamento y naturaleza), añadiéndose en el hecho imponible la mención a “la actividad comunicada” (artículo 2), y estableciéndose que “Cuando la actividad esté sujeta a actividad comunicada, si el desistimiento se formula antes de que el ayuntamiento haya practicado la visita de comprobación, se devolverá íntegramente al contribuyente el importe de la tasa. En otro caso, no se devolverá ningún importe” (último párrafo del artículo 6). Igualmente se menciona la comunicación al establecer el depósito previo (artículo 8.2), la práctica de la visita de comprobación en el caso de actividades comunicadas (artículo 8.4), y al regularse la declaración y el régimen de declaración e ingreso (artículos 9 y 10).

Llama la atención que en este modelo de Ordenanza se concrete el control posterior como “comprobación”, y más específicamente, que se mencione la “visita de comprobación”. Tales concreciones resultan de más correcta ubicación en la Ordenanza no fiscal correspondiente, pero si se incluyen en la fiscal determinarán la nulidad (y consiguiente devolución) de aquellas tasas cobradas en los casos en que no tenga lugar tal visita de comprobación.

Resultaría por ello preferible una regulación (en las ordenanzas no fiscales y en las fiscales, por remisión a aquellas) referida más genéricamente al control a que se refiere la nueva letra d) del artículo 84 de la Ley 7/1985 (“Sometimiento a control posterior al inicio de

la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma”), o al contenido del nuevo artículo 39 bis.2 de la Ley 30/1992 (“comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan”), o del nuevo artículo 71 bis.3 de la misma Ley 30/1992 (“facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas”). Estas facultades de control posterior no tienen necesariamente que incluir siempre una “visita”, pero, desde luego, para la exacción de una tasa han de llevarse a cabo efectivamente⁵¹ tales facultades.⁵²

• El modelo-tipo de Ordenanza núm. 21, que para el año 2009 se titulaba “Tasa por la prestación de los servicios de intervención integral de la Administración municipal en las actividades e instalaciones”, pasa a titularse para el año 2010 “Tasa para la prestación de los servicios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos y las empresas a través del sometimiento a previa licencia, comunicación previa o declaración responsable y por los controles posteriores al inicio de las actividades”. Tan extensa denominación se lleva al fundamento y naturaleza de la tasa (artículo 1) y a su hecho imponible (artículo 2.1), lo que obliga a la correspondiente especificación en el artículo 2.2, según el cual, “Concretamente, constituye el hecho imponible de la tasa la prestación de los servicios que se especifican en las tarifas contenidas en el artículo 6 de esta ordenanza.”

Tales servicios son nada menos que 23, referidos todos ellos a la tramitación del procedimiento que se cita

50. *Id.*, p. 71.

51. Siguen plenamente en vigor las consideraciones que sobre la subsidiariedad de las tasas se contienen en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de abril de 1998 (JT 1998\618): “La efectiva realización de la actividad o del servicio es requisito fundamental para el devengo de la tasa, lo que es consecuencia ineludible del principio de subsidiariedad de la tasa respecto del servicio. El servicio o la actividad municipal no tienen como fin el cobro de tasas, sino que su objeto consiste en la satisfacción de necesidades realmente sentidas por el municipio o los individuos. La tasa existe en función del servicio y no el servicio en función de la tasa. De aquí que la Jurisprudencia se haya pronunciado siempre contra la desnaturalización de las tasas, afirmando reiteradamente que la tasa no se justifica por sí misma, sino que sólo tiene fundamento jurídico suficiente cuando se establece como medio de distribución del coste de un servicio que es prestado por razones no recaudatorias. Por ello el poder local de establecer tasas no es una habilitación en blanco para establecer tributos de manera indiscriminada, sino que el poder termina allí donde la tasa se convierte en el móvil de la actividad que constituye el hecho imponible.”

52. *Cfr.* sobre la llamada “tasa por inspección de motores”, la STS de 20 de febrero de 1996 (RJ 1996\1483): “La efectiva prestación de un servicio municipal es presupuesto imprescindible para que pueda exigirse tasa por tal concepto, por cuanto el hecho imponible en el mismo viene constituido por la efectiva prestación de un servicio que beneficie o afecte de modo particular al sujeto pasivo, sin que la mera existencia del servicio municipal sea suficiente para constituir a una persona en sujeto pasivo de la tasa establecida para su financiación, si el servicio no se presta en forma que aquélla puede considerarse especialmente afectada por aquél, en forma de beneficio efectivo o provocación de la actividad municipal. Y en la liquidación impugnada, difícilmente pueden encontrarse dichas circunstancias, sin que se haya acreditado la prestación del servicio, pues únicamente consta en autos, en la notificación de la inclusión en el Padrón Fiscal, los tipos a aplicar por cada concepto gravado, inspección de locales e inspección de motores para posteriormente procederse a girar la liquidación. En definitiva, en el expediente administrativo no hay otras actuaciones que las tendientes a la liquidación de la propia tasa, pero no consta que se haya realizado servicio alguno de inspección, determinante del devengo del tributo.”

en cada caso. El modelo no entra a determinar cuándo sea necesaria licencia o baste comunicación previa. Así, el número 11 se refiere a la “Tramitación del procedimiento correspondiente a la licencia de apertura de establecimientos industriales, mercantiles, comerciales o profesionales de actividades inocuas o sin incidencia ambiental”; y el número 12, a la “Tramitación del procedimiento de comprobación de la comunicación previa por la apertura de establecimientos industriales, mercantiles, comerciales o profesionales⁵³ de actividades inocuas o sin incidencia ambiental”.

3.4.3. Tasa relacionada con la apertura de establecimientos

La apertura de establecimientos será, sin duda, la materia en que más incidencia habrá de tener la Directiva de servicios. Según el número 5 de su artículo 4, el “establecimiento” se define como el “ejercicio efectivo de una actividad económica a que se hace referencia en el artículo 43 del Tratado por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios”. La Ley 17/2009 distingue (números 5 y 6 del artículo 3) entre “Establecimiento” (“el acceso a una actividad económica no asalariada y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y especialmente de sociedades, en las condiciones fijadas

por la legislación, por una duración indeterminada, en particular por medio de una infraestructura estable”) y “Establecimiento físico” (“cualquier infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente una prestación de servicios”).⁵⁴

Como ha quedado señalado, el proyecto de reforma del Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1995 prevé la derogación de su artículo 22.1, que dispone que “Estará sujeta a licencia la apertura de establecimientos industriales y mercantiles”. Ahora, con la vigencia de la Directiva de servicios y la Ley 17/2009, será necesario motivar, con los requisitos ya señalados, la razón imperiosa de interés general que justifique la necesidad de mantener la licencia para la apertura de determinados establecimientos. En los demás casos, o habrá de establecerse el sistema de comunicación previa o de declaración responsable, o pasarán a estar totalmente desregulados.

Los problemas que surgirán serán, a buen seguro, de gran trascendencia y dificultad. Deben entenderse excluidas de licencia de actividad las actividades inocuas, todas las relativas a actividades con incidencia ambiental baja (apertura de establecimientos, primera utilización, cambio de uso). Pero no cabe obviar que la “protección del medio ambiente y del entorno urbano”, a que se refiere el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, es un concepto tan sumamente genérico y problemático que puede propiciar soluciones de todo tipo, como,

53. Según reiterada jurisprudencia, la apertura de despachos profesionales no precisa de licencia municipal, ya que las actividades que a través de los mismos se realizan no requieren la intervención municipal para el control de las posibles actividades nocivas o peligrosas que puedan desarrollarse en otros locales, como sucede en los que se dedican a actividades empresariales o industriales. La STSJ de Cataluña de 2 de julio de 1999 introduce una esencial matización en la materia en los casos en que se trata de actividades profesionales ejercidas por personas jurídicas, sosteniendo que a los efectos del Impuesto sobre actividades económicas y de los demás tributos cuyas ordenanzas locales se remitan al mismo, como es el caso de la Tasa por recogida de basuras, o en otras tasas como la de licencia de apertura de establecimientos, la actividad desarrollada, aunque en principio venga clasificada en la Sección Segunda, por ser materialmente profesional, si se ejerce por persona jurídica o entidad, “deberá matricularse y tributar por la actividad correlativa o análoga de la Sección Primera”, tal como reza la regla tercera, apartado 3, de las tarifas ya transcrita, que condiciona o ciñe la consideración legal a estos efectos de actividades profesionales a las que se ejerzan por personas físicas. Por tanto, según la indicada sentencia, aun cuando materialmente o a otros efectos la actividad que se desarrolle sea profesional, si se ejerce a través de personas jurídicas o entidades del artículo 33 de la Ley general tributaria, pasa a considerarse como empresarial a efectos del Impuesto sobre actividades económicas –y, por extensión, a los efectos de los restantes tributos locales–, y como consecuencia, los locales o sedes en que se lleve a cabo ya no podrán considerarse como establecimientos diferentes de los mercantiles o empresariales –si se dan las demás circunstancias necesarias para ello–, a los efectos de los tributos locales aplicables.

54. En relación con el Anteproyecto de la Ley 17/2009, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 99/2009, de 18 de marzo de 2009, señaló al respecto: “Al introducir la distinción entre ‘establecimiento’ y ‘establecimiento físico’, el anteproyecto no deslinda adecuadamente ambos conceptos, ya que la definición del primero de estos términos (apartado 5) comprende la de ‘establecimiento físico’ (apartado 6). No parece correcto que, a la hora de definir los conceptos esenciales de una norma legal, una de las definiciones acuñadas por el legislador encierre en su práctica totalidad otra que delimita su ámbito de aplicación. Por ello, se entiende que la definición de ‘establecimiento’ debería finalizar con la mención al ‘establecimiento físico’ y que la de este concepto, a su vez, debe introducir el adverbio ‘efectivamente’ que acompaña a la definición de establecimiento en la Directiva y se emplea en el propio anteproyecto en la definición de ‘establecimiento’. Por lo demás, la expresión ‘establecimiento físico’ no es la más adecuada para designar la realidad a la que hace referencia el artículo 3.6. Sería más correcto utilizar otro término, como ‘instalación’ o ‘infraestructura’ (que, de hecho, es el que emplea la Directiva). Ello contribuiría, además, a evitar la confusión que puede producirse entre este concepto y el de ‘establecimiento’.”

por cierto, ya se han producido en el llamado “urbanismo comercial”.⁵⁵ Una cuestión de tanta importancia como determinar si la protección del comercio tradicional frente a la gran distribución se encuentra o no dentro de las “razones imperiosas de interés general” no es pacífica.⁵⁶

En lo que aquí interesa, lo decisivo será que se lleve a cabo efectivamente una actividad administrativa de competencia local que justifique el cobro de una tasa, sea por el otorgamiento de la licencia o por el ejercicio, igualmente efectivo, de las citadas facultades de control, comprobación, verificación, inspección e investigación, en los casos de comunicación previa o declaración responsable.

3.5. Cuantificación de las tasas

El problema real con que se van a encontrar las entidades locales frente a la Directiva de servicios, no va a referirse al hecho imponible (tanto del ICIO como de las tasas por el otorgamiento de licencias o ejercicio de las subsidiarias facultades de comprobación o control), sino a la hora de poder justificar las cuantías de las respectivas tasas.

3.5.1. Principio esencial

El artículo 24.2 LHL recoge el principio básico de que las entidades locales no pueden recaudar por una tasa una cantidad superior, en su conjunto, al coste real, si se conoce a priori, o previsible del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exija dicha tasa.

Es una consecuencia esencial de la propia naturaleza de las tasas, sin que el régimen constitucional y legal vigente permita la imposición de verdaderos impuestos indirectos sobre el uso de los servicios o actividades públicas.

Las resistencias a aceptar esta consecuencia son antiguas⁵⁷ y persistentes. La reforma de los años 1975-1976 provocó comentarios como el reproducido por Barea Vidiella:⁵⁸ “Veamos ahora una aplicación práctica del giro de manicomio que se ha dado a las haciendas locales, con esta nueva estructuración de las tasas. Según ella por las licencias municipales sólo se podrá cobrar la parte alícuota (modulada lo que se quiera con respecto a otras cuotas alícuotas) correspondiente del coste del servicio. El coste total del servicio es, obviamente, el coste del mantenimiento de la oficina de obras. Y ni un céntimo más. (...) Esto (y otras cosas) van a llevar a las haciendas locales, con toda seguridad, a la catástrofe.”

Ya ha quedado analizado el proceso de creación del ICIO, respecto de la licencia de obras: la LHL de 1988 mantuvo la Tasa por licencias urbanísticas, ceñida a su exacta configuración legal, esto es, al principio de equivalencia entre cuantía y coste del servicio, y creó el Impuesto de construcciones, para gravar el hecho imponible que *de facto* gravaba el exceso de la tasa desvirtuada.

3.5.2. Tasa por apertura de establecimientos

Actualmente, el caso en que permanecen más visibles tales resistencias es el de la tasa por licencia de apertura de establecimientos. En ello puede influir también (al menos en Cataluña) el hecho de que el Reglamento de

55. Para V. MERINO ESTRADA: “Directiva de servicios y gobiernos locales. La competencia sostenible de las ciudades”, *Revista de estudios locales*, COSITAL, núm. 122 (julio-agosto de 2009), monográfico sobre la Directiva de servicios, p. 98-99, el “urbanismo comercial” es un concepto por desgracia bien conocido, que mezcla interesadamente conceptos e intereses a proteger, siendo un híbrido confuso que ha servido para establecer limitaciones y restricciones, las más de las veces discriminatorias y distorsionadoras de la estructura de la distribución comercial. Para este autor, se esconden las viejas políticas proteccionistas que han venido alimentando la “segunda licencia” con criterios radicalmente prohibidos por la Directiva de servicios.

56. Cfr. V. GUTIÉRREZ COLOMINA: “La incidencia de la Directiva de servicios 2006/123/CE en el urbanismo”, obra citada en nota 42, p. 196-197. Se recoge allí el criterio de VILLAREJO GALENDE y SALVADOR ARMENDÁRIZ, para quienes no existe tal razón imperiosa de interés general, pero cabe hacer descansar el urbanismo comercial en otros planteamientos, entre ellos, la ordenación del territorio que favorezca el comercio de proximidad y fomente el equilibrio social y urbano entre el centro y la periferia, entre zonas urbanas y rurales, la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y la calidad del urbanismo desde el punto de vista estético y paisajístico.

57. En 1953 escribía GARCÍA DE ENTERRÍA (“Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 12, 1953, p. 156) que nuestra Hacienda municipal estaba alimentada, más que con fórmulas de imposición personal, centradas sobre la capacidad tributaria, con fórmulas preponderantemente de imposición indirecta, todavía de hecho sobre el sistema medieval de arbitrios y portazgos, más o menos disfrazados de tasas, lo que daba un signo regresivo a la totalidad del sistema.

58. L. BAREA VIDIELLA: “Tributos municipales en actuaciones urbanísticas (Tasa por licencia de obras e Impuesto de construcciones)”, Granada, Comares, 1991, p. 10.

la hacienda municipal de Barcelona, de 9 de noviembre de 1961, convirtió esta tasa en un arbitrio (artículo 5.1: “De conformidad con los arts. 62 y 79 de la Ley Especial de Barcelona, quedan convertidos en arbitrios los derechos y tasas a que se refiere el art. 400, núms. 5 y 8 de la Ley de Régimen Local”). Por lo tanto, en el municipio de Barcelona, y hasta 1990, no se liquidaba como justificación de unos servicios municipales anteriores a la concesión de la licencia, sino como un impuesto.⁵⁹

Llama la atención que algún distinguido autor⁶⁰ afirme que el ICIO resulta de la conversión de dos antiguas tasas municipales: la Tasa por licencia de obras y la Tasa por licencia de apertura de establecimientos, dos tributos de brillante ejecutoria recaudatoria por la acertada elección de la base imponible en las ordenanzas de exacciones desde una perspectiva de ingresos, y que ya habían levantado serias dudas sobre su legalidad y adecuación al principio de capacidad económica, en el aspecto concreto de la elección de los elementos de cuantificación y, principalmente, de la base imponible.

En efecto, la licencia de apertura es sustancialmente diferente de la licencia de obras, dando lugar al devengo de dos tasas diferentes, aun en el caso de que se trate de operaciones simultáneas; sin embargo, es igualmente claro que no tendrán ningún fundamento unas tasas por apertura de establecimientos desproporcionadas con el coste del servicio. Aunque se sostenga que no les afecta el nuevo Impuesto sobre construcciones, la propia creación de este ha de afectar a todas las tasas, impidiendo su desnaturalización.

En la actualidad, ante los problemas que plantea la propia vigencia de la Directiva de servicios, se ha sostenido que alguna solución han de darle el legislador o la doctrina, ya que lo que no tiene sentido es que

con la escasez de recursos que ya tienen de por sí los Ayuntamientos, el sustituir el procedimiento de licencia previa por comunicación previa del interesado, vaya a traer consigo una merma en los ingresos tributarios.⁶¹

Desde luego, los ayuntamientos deben poder exaccionar tasas por todos los servicios que presten y por todas las actividades que realicen en beneficio singularizado de los interesados, pero, en todo caso, la cuantía de las tasas debe ser la que, constitucional y legalmente, corresponda al coste del servicio o actividad (siempre considerados en su conjunto).⁶² Si fuere legalmente factible que se excediera tal coste, como no hay norma legal alguna que establezca la cuantía de ese “impuesto indirecto” sobre el exceso, la propia regulación legal sería manifiestamente inconstitucional. La reacción de las entidades locales a una merma de ingresos por aplicación de la Directiva de servicios, habría de consistir en ponerla de manifiesto, y reclamar financiación por otras vías constitucionales y legales o, en su caso, la potenciación de las actuales, por ejemplo, mediante la actualización de los valores catastrales.

Por otra parte, hemos podido leer que “El problema no estará nunca en si se pierde tal o cual ingreso por tasas, cuando existe la amenaza real de pérdida de actividad económica en el municipio”.⁶³ Coincidiendo con la conclusión, la premisa pudiera resultar reveladora de la desnaturalización de las tasas, pues la eliminación de licencias o su sustitución por otras formas de comprobación o control no tiene por qué significar ninguna pérdida de ingresos, sino, en todo caso, una minoración paralela del coste de las actividades administrativas.

No puede negarse que las declaraciones jurisdiccionales sobre las cuantías de las tasas son, en general, “deferentes” con las entidades locales. Solo se

59. Cfr. la Memoria del Consell Tributari Municipal de Barcelona de 1989, p. 32.

60. R. CALVO ORTEGA: “Principios tributarios y reforma de la Hacienda municipal”, en *La reforma de las Haciendas Locales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, tomo I, p. 36.

61. Cfr. M. PÉREZ: “La aplicación de la Directiva de servicios en el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera”, Jerez, mayo de 2009. Este interesante trabajo se refiere a las dudas respecto de la posibilidad de exaccionar tasas también cuando la licencia sea sustituida por la comunicación previa o la declaración responsable.

62. La proporción o equivalencia entre coste y rendimiento no puede fijarse en términos individuales sino globales del coste total de mantenimiento del servicio y la tasa devengada (STS de 11 de marzo de 2003). La equivalencia entre coste del servicio e importe estimado de las tasas por la prestación del mismo se refiere a “su conjunto”, sin que quepa exigir esa equivalencia en cada liquidación, ni que en cada expediente liquidatorio se incluya un estudio económico particularizado de la adecuación, caso por caso, entre importe de la tasa y coste del servicio prestado, sin perjuicio de que, el referido informe o estudio, sea preciso practicarlo en el expediente de establecimiento del tributo con la aprobación de la Ordenanza y sus tarifas, y que pueda ser reclamado cuando lo que se impugna, directa, o indirectamente a través de un acto de aplicación, es la adecuación a la Ley de la Ordenanza municipal correspondiente (STS de 18 de diciembre de 2000).

63. V. MERINO ESTRADA: “Directiva de servicios y gobiernos locales. La competencia sostenible de las ciudades”, obra citada en nota 55, p. 99.

declaran nulas aquellas cuya cuantía se obtiene sin el trascendental informe técnico-económico previsto en el artículo 25 LHL (cuya omisión da lugar a nulidad de pleno derecho, invocable en impugnaciones indirectas de la Ordenanza), o cuando tal informe no cumple los mínimos requisitos legales, dando lugar a desnaturalizaciones palpables de las tasas, por el “exceso reprochable” que supone su cuantía.⁶⁴

3.5.3. Soluciones prácticas

En los casos en que la Ordenanza vigente se haya ajustado a los principios que han quedado expuestos, ni habrá ninguna necesidad de modificación. Es el supuesto de la ya citada Ordenanza fiscal núm. 3.3 para 2009, reguladora de la Tasa por servicios urbanísticos, del Ayuntamiento de Barcelona, donde se recogen los servicios urbanísticos y los actos de prevención y control de actividades, establecimientos e instalaciones.

Salvo en el supuesto de licencia de obras mayores, en que la cuota se obtiene mediante el producto de la superficie de la obra en metros cuadrados por el módulo de 6,52 €/m², corregido con los coeficientes que se fijan (1 en obras de nueva planta y ampliación, y 0,7 en obras de rehabilitación o reforma), en los demás supuestos se establecen como tarifas cantidades fijas según los casos. A título de ejemplo:

- Licencia de obras menores: por cada licencia 400,01 €.
- Comunicación de obras menores: por cada comunicación 220,66 €.
- Las licencias de primera ocupación se otorgarán de oficio, sin cargo alguno, una vez comunicada a la Administración la finalización de la obra.
- Tramitación de la certificación de compatibilidad urbanística relativa a las actividades e instalaciones comprendidas en los anexos I y II (II.1 y II.2) del Reglamento de la Ley 3/1998, la tasa a satisfacer, por cada certificación solicitada, es 577,91 €.
- Tramitación simultánea de la autorización municipal y del informe vinculante municipal, correspondientes a las actividades e instalaciones del anexo I del Reglamento de la Ley 3/1998, la tasa a satisfacer, por autorización solicitada, es 2.229,42 €.
- Tramitación de la licencia ambiental correspondiente a las actividades e instalaciones del anexo II (II.1 y II.2) del Reglamento de la Ley 3/1998, la tasa a satisfacer, por cada autorización solicitada, es 1.510,88 €.
- Tramitación de la licencia ordinaria de apertura de establecimiento correspondiente a las actividades y/o instalaciones del anexo III del Reglamento de la Ley 3/1998, incluidas en el anexo III.1 de la Ordenanza municipal de actividades e intervención integral de la Administración ambiental de Barcelona, la tasa a satisfacer, por cada autorización solicitada, es 754,32 €.

64. Cfr. la STSJ de Cataluña 1214/2006, de 30 de noviembre de 2006, que anula tanto la liquidación por la llamada Tasa por licencia ambiental como las tarifas de la Ordenanza. La liquidación girada tenía un importe de 105.801,83 euros, equivalentes a 17.603.943 de las antiguas pesetas, que representaba el 40,63% de la totalidad de los costes previstos para el ejercicio. La sentencia sostiene que se ha producido una desnaturalización de la Tasa, al ser su importe irracional, declarando que la Tasa prevista por la Ley lo es exclusivamente para resarcirse de los costes generados por la intervención, y no para allegar recursos adicionales. Se dice al respecto en el fundamento sexto:

“Supone una manifiesta desnaturalización de la tasa de que se trata que su importe sea de más de 105.000 euros cuando el proyecto técnico a que se refiere la Ley, y que hay que ‘comunicar’ para su comprobación, ha ascendido, según consta probado en los autos, a poco más de 3.200 euros. No resulta racional que el coste de comprobar un proyecto ascienda a una cantidad que multiplica por más de 32 veces el coste del propio proyecto.

“Tal conclusión, además de irracional, es contraria al tenor del art. 24 de la Ley de Haciendas Locales, produciéndose la citada desnaturalización de la tasa por un exceso injustificado, reprochable, notorio y excesivo, porque nunca una simple recepción de una comunicación y documentación, y una estereotipada actividad municipal (en realidad, según el contenido del expediente administrativo, ninguna actividad administrativa distinta de la propia liquidación de la tasa), puede suponer una tasa de más de 17 millones de pesetas. Es un ejemplo típico de los denunciados por la doctrina de frecuentes fenómenos de ‘desnaturalización’ de la tasa, convirtiéndolo en la práctica en un impuesto indirecto, sin legitimación legal para ello y con resultados injustos de forma patente, pues no cabe permitir la imposición de verdaderos impuestos indirectos sobre el uso de los servicios públicos (SSTS de 11 de junio de 1996, de 6 de febrero de 1995, de 20 de julio de 1994, de 22 de mayo de 1998).

“Y nada tiene que ver con las anteriores conclusiones la autonomía municipal que se invoca en el escrito de oposición a la demanda, pues tal autonomía ha de ejercerse dentro de la ley y de la racionalidad y no permite pretender cobrar unos supuestos costes por unas actividades municipales (repcionar y comprobar, si es que esta última actividad se produjo, pues nada consta al respecto en el expediente) que exceden en más de 32 veces el coste de unas actividades privadas de mayor envergadura (el propio proyecto). Es cierto que no hay norma legal que limite estas liquidaciones al beneficio particular obtenido, pero sí las hay que las limita al coste del servicio, que bien poco han de guiarse, como se pretende por el Ayuntamiento, por la trascendencia económica de la actividad. Esta última circunstancia tiene que ver con las cuotas de los distintos impuestos, pero no con el importe de las tasas.”

- Tramitación de la comunicación previa al inicio de actividad o utilización de las instalaciones correspondientes al anexo III. 2 y 3 de la Ordenanza municipal de actividades e intervención integral de la Administración ambiental de Barcelona, y también por las comunicaciones de apertura de establecimientos destinados a comercio alimentario minorista, con una superficie de venta inferior a 120 m² y una superficie total inferior a 200 m², la tasa a satisfacer, por cada comunicación, es 220,66 €.

Por el contrario, otras ordenanzas (como la anulada por la citada sentencia 1214/2006, de 30 de noviembre de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña) establecen, además de cuotas fijas, cantidades por superficie construida, otras por superficie descubierta y otras por Kw., aplicando además índices multiplicadores, sin siquiera adoptar la elemental precaución de señalar topes máximos al resultado de semejantes criterios. En principio, no hay obstáculo a la utilización de criterios como los señalados o cualquier otro, como valores catastrales o cuotas de tarifa del IAE, pero siempre con la debida justificación.⁶⁵

A medio camino se encuentra la propuesta contenida en el modelo-tipo de Ordenanza de la Diputación de Barcelona núm. 20 (Tasa por licencias o la comprobación de actividades comunicadas en materia de urbanismo) para 2010, en cuyo artículo 6.2 se dice: "Cuando la intervención municipal se realiza mediante comunicación previa y comprobación posterior la cuota tributaria será la que resulte de aplicar a la cuota tributaria obtenida de acuerdo con las reglas contenidas en el apartado 1, un porcentaje de reducción del ... por ciento."

La solución resulta correcta en cuanto discrimina entre control previo y control posterior, estableciendo una reducción, a concretar por cada entidad local, para el segundo. Obviamente, una solución análoga deberá contenerse en la Ordenanza relativa a actividades, que no se concreta en tales ordenanzas tipo (Ordenanza núm. 21, con los 23 supuestos señalados).

La validez en última instancia de la cuantía de la tasa dependerá, en todo caso, de no incurrir en el señalado "exceso reproable".

Debe añadirse que las ordenanzas fiscales carecen de eficacia retroactiva, lo que obligará a su adaptación a las consecuencias de la Directiva de servicios en cuanto sea posible, para poder exigir las correspondientes tasas.

4. Conclusiones y propuestas básicas

1. Pese a que la Directiva de servicios establece su no aplicación a la fiscalidad ("ámbito tributario" en la Ley 17/2009), su incidencia es indudable en algunos de los tributos locales relacionados con las licencias como régimen de autorización.

2. No se ven afectadas por la aplicación de la Directiva las tasas relativas al escudo de la entidad local o a los taxis, ni tampoco las normas sobre gestión catastral y aquellas que son accesorias o subordinadas de las principales, cuyas menciones a la licencia o licencias han de seguir la misma suerte que las principales a que se refieren.

3. Tampoco tiene incidencia la Directiva en las tasas por utilización o aprovechamiento del dominio público local o por prestación de servicios públicos, ni en las tasas por realización de actividades administrativas referidas a materias o servicios excluidos de aquella.

4. Debe entenderse que la Directiva no afecta al hecho imponible del ICIO, que se mantendrá no solo cuando siga exigiéndose licencia de obras o urbanística, sino también cuando baste la comunicación previa o la declaración responsable, se explicita así o no en la Ordenanza. Sin embargo, la liquidación o autoliquidación provisional que la Ley permite en el momento de la concesión de la licencia, no podrá girarse sino hasta el inicio de la construcción, instalación u obra.

5. El listado del artículo 20.4 LHL es abierto, por lo que en los casos en que, por aplicación de la Directiva,

65. La sentencia 602/2007, de 31 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, anula la Ordenanza sobre una "Tasa por la prestación de los servicios de intervención integral de la Administración municipal en las actividades e instalaciones", en base a que: "No consta en absoluto en el expediente la necesaria 'justificación de la cuantía de la tasa propuesta'. No es que no haya la exigible motivación especialísima que hemos apuntado, sino que nada se dice en lugar alguno del expediente sobre esa justificación. Las tarifas del art. 6 de la Ordenanza carecen de cualquier justificación, en particular cuando incluyen diversas cantidades por metro cuadrado (de lo que se queja especialmente la recurrente, en cuanto Asociación de fabricantes de hormigón preparado), distintas según las actividades de que se trate, pero no en todas, porque para salas de juego, discotecas y bares especiales y para oficinas bancarias y de ahorro, se establecen exclusivamente elevadísimas cuotas fijas. Ni siquiera existen fijados límites o topes máximos para evitar resultados irracionales como resultado de la utilización de parámetros no justificados ni, por ello, mínimamente controlables."

no se otorguen ya licencias, podrá establecerse la correspondiente tasa por las actividades administrativas de control o comprobación posterior en los casos de comunicación previa o declaración responsable. Pero será necesario para ello una específica previsión en la correspondiente Ordenanza fiscal, dado el carácter potestativo de las tasas, ampliando el hecho imponible para aquellos casos diferentes del otorgamiento de licencias. Para el cobro de la tasa será decisivo que se lleve a cabo efectivamente una actividad administrativa de competencia local que justifique el cobro de una tasa, sea por el otorgamiento de la licencia o por el ejercicio, igualmente efectivo, de las facultades de control, comprobación, verificación, inspección e investigación, en los casos de comunicación previa o declaración responsable.

6. Las entidades locales no pueden recaudar por una tasa una cantidad superior, en su conjunto, al coste real, si se conoce a priori, o previsible del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exija dicha tasa. Es una consecuencia esencial de la propia naturaleza de las tasas, sin que el régimen constitucional y legal vigente permita la imposición de verdaderos impuestos indirectos sobre el uso de los servicios o actividades públicas. Las llamadas “desnaturalizaciones de las tasas”, por incurrirse en “excesos reprobables” en la determinación de sus cuantías, encontrarán en la Directiva un nuevo y potente obstáculo para su mantenimiento. En todo caso, la simplificación de actividades administrativas que supone la Directiva, habrá de trasladarse a la correspondiente reducción de las cuantías en las tasas en que se refleje, que podrá hacerse mediante la aplicación de un porcentaje sobre la tarifa por el otorgamiento de licencias. ■

La proyección de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en los ámbitos urbanístico y medioambiental

Manuel Táboas Bentanachs

*Magistrado de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

1. **Presentación**
2. **La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior**
 - 2.1. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en materia de medio ambiente
 - 2.2. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en materia de urbanismo
3. **La legislación y la reglamentación estatal en consideración a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior**
 - 3.1. Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
 - 3.2. Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
 - 3.3. El ámbito reglamentario estatal en relación con la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior
4. **La legislación y la reglamentación autonómica en materia urbanística en consideración a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior**
5. **La legislación y la reglamentación autonómica en materia medioambiental en consideración a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior**
6. **Notas finales**
 - 6.1. La existencia de pluralidad de legislaciones sectoriales y la pluralidad de autorizaciones y licencias
 - 6.2. La fundamentación y la motivación de las figuras de ordenación medioambientales y urbanísticas
 - 6.3. Especial mención a las licencias urbanísticas, bien de obras bien de usos
 - 6.4. El control jurisdiccional contencioso-administrativo y el silencio administrativo
 - 6.5. Las acciones contencioso-administrativas de otras administraciones y las acciones de terceros

1. Presentación

Las presentes notas tienen por objeto mostrar, simple y sencillamente, las relevantes dificultades que concurren al tratar de sostener posturas dotadas de la más acentuada seguridad jurídica y acierto en relación con la aplicación de la Directiva 2006/123/CE, del Parla-

mento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cuando se pone en relación el análisis bien con el correspondiente régimen autonómico urbanístico, bien con el correspondiente régimen medioambiental especialmente autonómico, conectado a la materia urbanística.

A esa dualidad de perspectivas obedecerá el desarrollo de las presentes notas inevitablemente haciendo referencia no solo a esa Directiva, sino a otras que pudieran ser de interés, también al posicionamiento que va adoptando la legislación y reglamentación estatal y desde luego la legislación y reglamentación autonómica.

Ya de entrada, y a las presentes alturas, concurren buen número de posicionamientos doctrinales, que deben darse por suficientemente conocidos por el valor que poseen y las ideas que sientan, si bien por deformación profesional me ha parecido oportuno exponer lisa y llanamente el estado legislativo y normativo sobre la cuestión, y desde luego sin perjuicio de lo que en futuras disposiciones legales y reglamentarias se disponga, en unas materias tan sensibles como las enunciadas precedentemente, dotadas, como es obvio, de los más incisivos intereses jurídicos públicos y privados.

Dicho en afirmación categórica, como es sabido, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, entró en vigor el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, como sienta su artículo 45 –publicación que se operó a 27 de diciembre de 2006–, y, si bien en su artículo 44.1 se establecía que los estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009, resulta manifiesto que la tardanza en la transposición de la Directiva y hasta este momento con los silencios en liza, y especialmente en las materias que van a ocuparnos, es la regla y la situación que se ha creado, que no es precisamente la ideal ni la deseable.

En todo caso, bien parece que, lejos de prisas o de posturas maximalistas, la prudencia y la debida ponderación deberán acentuarse, ya que, se sostenga la tesis que se sostenga, la defensa y el mantenimiento en sus términos del principio de legalidad y del de seguridad jurídica, también en materia medioambiental y urbanística en las vertientes indicadas, deberá ser una pieza esencial insoslayable e inexcusable. Obsérvese, cuanto menos, la situación que se puede crear por la apreciación discrepante y hasta contradictoria que unos municipios frente a otros sostengan, en unas materias plagadas de ejercicios competenciales de diversas administraciones, por lo demás intercomunicadas e interrelacionadas.

2. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior

2.1. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en materia de medio ambiente

La materia de medio ambiente no pasa desapercibida a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cuando resulta patente ya en su considerando 1 –de los 118 de que dispone– que se trata de promover un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente. Así, en la parte suficiente se argumenta:

“(1) La Comunidad Europea tiene por objetivo estrechar cada vez más los lazos entre los Estados y los pueblos de Europa y garantizar el progreso económico y social. Con arreglo al art. 14, apartado 2, del Tratado, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios. El art. 43 del Tratado garantiza la libertad de establecimiento y el art. 49 establece la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad. La eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros es un medio esencial de reforzar la integración entre los pueblos de Europa y de fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible. A la hora de eliminar estas barreras es esencial velar por que el desarrollo de actividades de servicios contribuya al cumplimiento de la tarea, establecida en el art. 2 del Tratado, de promover ‘un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros’.”

Igualmente en su considerando 7, *in fine*, en que se apunta:

“(7)(...) La presente Directiva también tiene en cuenta otros objetivos de interés general, incluida la protección

del medio ambiente, la seguridad pública y la salud pública y la necesidad de ajustarse al Derecho del trabajo.”

Desde la perspectiva de las “razones imperiosas de interés general”, a que se hace referencia en determinadas prescripciones de la Directiva, se reconoce también la materia de protección del medio ambiente en el considerando 40. Así:

“(40) El concepto de ‘razones imperiosas de interés general’ al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los arts. 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los arts. 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria.”

Más todavía, en relación a las razones imperiosas de interés general y respecto a imponer requisitos formales –presentación de documentos originales, copias compulsadas o traducciones compulsadas–, interesa traer a colación el considerando 47:

“(47) En aras de la simplificación administrativa, no deben imponerse de forma generalizada requisitos formales, como la presentación de documentos originales, copias compulsadas o una traducción compulsada, excepto en aquellos casos en que esté justificado objetivamente por una razón imperiosa de interés general, como, por ejemplo, la protección de los trabajadores, la salud pública, la protección del medio ambiente o la protección de los consumidores. También es necesario garantizar

que la autorización dé acceso como norma general a una actividad de servicios o a su ejercicio en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento –por ejemplo, para cada implantación de grandes superficies comerciales–, o una limitación de la autorización a un lugar específico del territorio nacional, por una razón imperiosa de interés general.”

Vuelven a tenerse en cuenta las razones imperiosas de interés general, con ocasión de excepcionar la norma general del ejercicio de la actividad de servicios en todo el territorio nacional en el considerando 59:

“(59) Como norma general, la autorización debe dar al prestador la posibilidad de acceder a la actividad de servicios o de ejercerla en todo el territorio nacional, salvo que una razón imperiosa de interés general justifique una limitación territorial. Por ejemplo, la protección del medio ambiente justifica que se exija una autorización individual para cada instalación física en el territorio nacional. Esta disposición no afecta a las competencias regionales o locales sobre concesión de autorizaciones en los Estados miembros.”

Y, finalmente, en el considerando 78 se incide de nuevo en la materia del medio ambiente, en los siguientes términos:

“(78) Con el fin de asegurar una aplicación eficaz de la libre circulación de servicios y de garantizar a los destinatarios y a los prestadores que puedan disfrutar de servicios y prestarlos en toda la Comunidad sin tener en cuenta las fronteras, procede clarificar en qué medida pueden imponerse los requisitos del Estado miembro en el que se presta el servicio. Resulta imprescindible destacar que la disposición sobre la libre prestación de servicios no impide que el Estado miembro en el que se presta el servicio aplique, de conformidad con los principios establecidos en el art. 16, apartado 1, letras a) a c), sus requisitos específicos por razones de orden público o seguridad pública o para la protección de la salud pública o del medio ambiente.”

Todo ese complejo de argumentaciones tiene su correlato en el texto articulado de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, bastando la cita de su artículo 4.8):

“Artículo 4

“Definiciones

“A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

“1) (...)

“8) ‘razón imperiosa de interés general’, razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural;”

Pero también en sus artículos 12.3, 16.1.b) y 16.3, y, muy especialmente, tanto en el artículo 29.3 respecto a las obligaciones generales de asistencia recíproca del Estado miembro del establecimiento, como en el artículo 32.1 en relación con el denominado mecanismo de alerta; así:

“Artículo 29

“Obligaciones generales de asistencia recíproca del Estado miembro de establecimiento

“1. (...)”

“3. En cuanto un Estado miembro tenga un conocimiento real de un comportamiento o de hechos concretos de un prestador que esté establecido en su territorio y preste servicios en otros Estados miembros que, a su entender, puedan causar un perjuicio grave para la salud o la seguridad de las personas o del medio ambiente, informará de ello lo antes posible a todos los Estados miembros y a la Comisión.”

“Artículo 32

“Mecanismo de alerta

“1. Cuando un Estado miembro tenga conocimiento de actos o circunstancias específicos de carácter grave relativos a una actividad de servicios, que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente en su territorio o en el de otros Estados miembros, ese Estado miembro informará al Estado miembro de establecimiento, a los demás Estados miembros afectados y a la Comisión en el plazo más breve posible.

“(...)”

De todo ello cabe inferir, sin temor a error, la singular relevancia que tiene la materia de medio ambiente, de una parte, en la fundamentación y régimen de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y, de otra parte, muy especialmente, al

preverse como materia a entender en el halo de las “razones imperiosas de interés general”. No obstante quizá puede detectarse, como posteriormente se irá viendo, que otra cosa es que no exista referente a otras directivas en materia de medio ambiente.

2.2. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en materia de urbanismo

Siguiendo la misma técnica, interesa dejar debida constancia de que es el considerando 9 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, el que en primer lugar apunta a lo siguiente:

“(9) La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada.”

Pero es que también se atiende a esa materia, cuanto menos en el considerando 40, ya citado, en materia de concepto de “razones imperiosas de interés general”:

“(40) El concepto de ‘razones imperiosas de interés general’ al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los arts. 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los arts. 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal,

protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria.”

A mayor abundamiento en el considerando 56, insistiendo en las razones imperiosas de interés general en cuanto que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. Así:

“(56) De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los objetivos de salud pública, protección de los consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosas de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. No obstante, ningún régimen de autorización o restricción de estas características debe discriminar en razón de nacionalidad. Además, deben respetarse siempre los principios de necesidad y proporcionalidad.”

De la misma forma, y volviendo a insistir en las razones imperiosas de interés general, en el considerando 66 se emplean los siguientes términos:

“(66) El acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en el territorio de un Estado miembro no debe supeditarse a una prueba económica. La prohibición de pruebas económicas como condición previa para la concesión de una autorización debe aplicarse a las pruebas económicas como tales, pero no a los demás requisitos justificados objetivamente por razones imperiosas de interés general, como la protección del entorno urbano, la política social y la salud pública. Esta prohibición no debe afectar al ejercicio de las competencias de las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de competencia.”

Finalmente, procede traer a colación el considerando 101 desde la óptica de garantizar que los prestadores puedan ofrecer servicios multidisciplinares; se argumenta lo siguiente:

“(101) Es necesario garantizar, en interés de los destinatarios, en particular los consumidores, que los prestadores puedan ofrecer servicios multidisciplinares y que las restricciones a este respecto se limiten

a lo estrictamente necesario para garantizar la imparcialidad, la independencia y la integridad de las profesiones reguladas. Esto no afecta a las restricciones o prohibiciones sobre el ejercicio de actividades concretas cuyo objetivo sea garantizar la independencia en casos en que un Estado miembro encomiende a un prestador una misión específica, en particular en el ámbito del desarrollo urbanístico, ni tampoco a la aplicación de las normas de competencia.”

Y, si se dirige la atención al texto articulado, interesa de nuevo resaltar los dictados del artículo 4.8), en los siguientes términos:

“Artículo 4

“Definiciones

“A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

“1) (...)

“8) ‘razón imperiosa de interés general’, razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural;”

Pues bien, en esta vertiente, cuanto menos, no puede desconocerse, de un lado, ni la argumentación referente a la exclusión de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, a los requisitos que afecten al acceso de una actividad de servicios o a su ejercicio, en cuanto correspondan a normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, y a normas de construcción, ni las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas; y, de otro lado, que, en el concepto de razones imperiosas de interés general, se halla el ámbito del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural.

Si se nos permite reiterar la apreciación, quizá pueda detectarse también, como posteriormente se irá viendo, que otra cosa es que no exista referente a otras directivas en la materia a la que posteriormente se hará referencia.

3. La legislación y la reglamentación estatal en consideración a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior

3.1. Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Para mostrar el posicionamiento del legislador estatal, procede dirigir la atención, en primer lugar, a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio:

1. Del preámbulo de esa Ley, quizá interesa mencionar su apartado II:

“La Ley se aplica a los servicios que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea. De esta forma, esta Ley no se aplica a normas que deban ser respetadas por la sociedad en su conjunto, ya sean prestadores o particulares, como por ejemplo, la normativa en materia de Derecho penal o las normas de comportamiento en la circulación. Es decir, la Ley no interfiere con los requisitos o con la normativa que tienen que ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada.”

Se señala esa argumentación puesto que, a diferencia del considerando 9 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior –ya transcrito con anterioridad–, no se contempla la materia de ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural. Bien parece que esa omisión no debe resultar relevante ni en un sentido ni en otro, ya que los dictados verdaderamente decisivos de la Directiva son los que son y, además, seguramente, si se detiene la atención en que esas materias son de competencia autonómica, la Ley estatal que nos ocupa cumple con no terciar ni añadir nada más.

2. También en ese apartado II se apunta al capítulo III –“Libre prestación de servicios para prestadores de otro Estado miembro”–, y en el mismo se dirige la atención al medio ambiente, del siguiente modo:

“En primer lugar, el capítulo establece el principio de libre prestación de servicios en territorio español

para los prestadores establecidos en cualquier otro Estado miembro. También se enumeran determinados requisitos cuya imposición se prohíbe expresamente por sus efectos marcadamente restrictivos sobre la libre prestación de servicios. Como excepción, se establece que se pueda supeditar el acceso de estos prestadores a una actividad de servicios o su ejercicio temporal en territorio español al cumplimiento de requisitos cuando éstos no sean discriminatorios por razón de la nacionalidad o domicilio social, estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente y sean proporcionados.”

3. En todo caso, si se dirige la atención al texto articulado de la Ley 17/2009, no puede pasarse por alto la definición de “Razón imperiosa de interés general” contenida en su artículo 3.11, tanto para medio ambiente como para el denominado entorno urbano:

“Artículo 3. Definiciones.

“A los efectos de esta Ley se entenderá por:

“1. (...)

“11. ‘Razón imperiosa de interés general’: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.”

4. En sede de limitaciones temporales y territoriales, en relación con el medio ambiente, procede atender a lo dispuesto en el artículo 7.3:

“Artículo 7. Limitaciones temporales y territoriales.

“1. (...)

“3. La realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales.

“No obstante lo anterior, las Administraciones Públicas podrán otorgar autorizaciones o solicitar comu-

nicaciones o declaraciones responsables a los prestadores cuya eficacia esté limitada a una parte específica del territorio cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, resulte proporcionado y no discriminatorio y de forma suficientemente motivada.

“Asimismo, podrá exigirse una autorización, una comunicación o una declaración responsable individual para cada establecimiento físico cuando esté justificado por una razón imperiosa de interés general, resulte proporcionado y no discriminatorio. Cuando el prestador de servicios ya esté establecido en España y ejerza legalmente la actividad, estas autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente al establecimiento físico a partir del cual pretende llevar a cabo dicha actividad.”

5. Igualmente, en materia de medio ambiente interesa dejar constancia de lo recogido en la Ley 17/2009 sobre la limitación del número de autorizaciones –artículo 8.2–, sobre la libre prestación de servicios –artículo 12– y sobre el mecanismo de alerta –artículo 31–. Así:

“Artículo 8. Limitación del número de autorizaciones.

“1. Sólo podrá limitarse el número de autorizaciones cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o inequívocos impedimentos técnicos.

“2. Cuando el número de autorizaciones para realizar una determinada actividad de servicios esté limitado:

“a) El procedimiento de concesión por las Administraciones Públicas garantizará el cumplimiento de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva. En dicho procedimiento, las Administraciones Públicas podrán tener en cuenta consideraciones en materia de salud pública, objetivos de política social, de salud y seguridad de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, de protección del medio ambiente, de conservación del patrimonio cultural y cualquier otra razón imperiosa de interés general, siempre que estos criterios estén contemplados en las bases reguladoras de la concesión de las autorizaciones y guarden relación con el objeto de la concesión.

“b) La autorización que se conceda tendrá una duración limitada y proporcionada atendiendo a las características de la prestación del servicio y no dará lugar

a un procedimiento de renovación automática ni conllevará, una vez extinguida la autorización, ningún tipo de ventaja para el prestador cesante o para personas especialmente vinculadas con él.”

“(…)”

“Artículo 12. Libre prestación de servicios.

“1. (...)”

“3. Excepcionalmente, podrá supeditarse el acceso de estos prestadores a una actividad de servicios o su ejercicio temporal en territorio español al cumplimiento de los requisitos que en cada caso determine la legislación sectorial aplicable, únicamente cuando estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente; y sean, de conformidad con el art. 5 de esta Ley, proporcionados y no discriminatorios y de forma suficientemente motivada.

“La concurrencia de estas condiciones deberá ser notificada a la Comisión Europea según lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta y deberá estar suficientemente motivada en la normativa que establezca tales requisitos.

“(…)”

“Artículo 31. Mecanismo de alerta.

“Si las autoridades competentes tuviesen conocimiento de actos o circunstancias específicos de carácter grave relativos a una actividad o a un prestador de servicios que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente en cualquier parte del territorio de la Unión Europea, informarán inmediatamente a los Estados miembros y a la Comisión Europea a través del punto de contacto.

“(…)”

Debiéndose dar por reproducidas la disposición derogatoria de la Ley 17/2009 –en cuanto deroga cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esa Ley–, y la disposición final 4ª –trascendente disposición en materia de compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento–, quizá debe notarse que, si algún criterio de mayor certeza en sede de medio ambiente o de urbanismo se buscaba, no resulta el mismo evidenciado, y la cuestión va quedando, como se ha expuesto, a nivel de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

3.2. Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Cuando se trata de examinar la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la primera advertencia a realizar es que el marco de la Directiva, con sus dictados, aparece desbordado, bastando remitirnos a los dictados del preámbulo de esa Ley, apartado I, que en la parte menester argumenta:

“En este contexto, el objetivo de la presente Ley es doble. En primer lugar, adapta la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en virtud del mandato contenido en su Disposición Final Quinta. En segundo lugar, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados. El entorno regulatorio resultante de la misma, más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, supondrá un significativo impulso a la actividad económica.”

Efectivamente, a esas alturas, por si alguna duda pudiera quedar, el legislador estatal acepta y dispone que el nuevo régimen va a presidir y se va a desplegar en otros sectores no afectados por la Directiva, por lo que la obviedad va a ser que se sostenga lo que se sostenga, y particularmente en el caso de sostenerse que en determinados ámbitos o sectores no resulta aplicable el nuevo régimen de la Directiva, ello puede cambiar precisamente por la incorporación del nuevo régimen por la vía de la correspondiente ordenación que así lo establezca.

Desde luego, las disposiciones denominadas medidas horizontales, para la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y especialmente para la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, junto con los supuestos en que extrapola el régimen a sectores ajenos a la Directiva, resultan paradigmáticas.

En todo caso, puestos a concretar los supuestos de las presentes notas, y dando por sabido el contenido de la disposición derogatoria de la Ley 25/2009 –que quedan derogadas cuantas disposiciones de rango legal o reglamentario se opongan a lo dispuesto en esta Ley–, deberá indicarse lo siguiente:

a) En materia de silencio administrativo se modifica el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que en la parte menester dispone:

“(...) el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.”

Sin que sea necesario abundar en el régimen idealizado por la disposición adicional 4ª de la Ley 25/2009, como posteriormente se irá viendo, para el legislador estatal parece que es suficiente, y se contenta con establecer en esa disposición adicional globalmente ni más ni menos lo siguiente:

“Disposición Adicional Cuarta. Aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes.

“A los efectos previstos en el primer párrafo del art. 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto.”

b) En materia de declaración responsable y de comunicación previa, deberá estarse a los dictados del artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, de nueva creación, a cuyo tenor procede remitirse.

c) En materia de medio ambiente y especialmente de proyectos que deban someterse a evaluación de impacto ambiental, la Ley 25/2009 toma conciencia de la necesidad de las evaluaciones de impacto ambiental,

conforme al Texto refundido de la Ley de impacto ambiental de proyectos, aprobado por Real decreto legislativo 1/2008, de 11 de enero, o a la normativa autonómica de desarrollo, igualmente de aplicación en regímenes comunitarios, y a tales efectos en su disposición adicional 5ª establece:

“Disposición Adicional Quinta. Proyectos que deban someterse a evaluación de impacto ambiental.

“Cuando, de acuerdo con esta Ley, se exija una declaración responsable o una comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y una evaluación de impacto ambiental, conforme al Texto refundido de la Ley de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real decreto legislativo 1/2008, de 11 de enero, o a la normativa autonómica de desarrollo, la declaración responsable o la comunicación no podrá presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite.”

d) Finalmente, y en apretada síntesis, en materia de urbanismo deberá indicarse que del conjunto de disposiciones que contiene esa Ley 25/2009, para diversas modificaciones en leyes sectoriales se van deslizando menciones a “sin perjuicio” de otras normativas que, por lo demás, parece que, efectivamente, en el texto de la Directiva aparecen excluidas de su ámbito. Quizás no podrán sentarse conclusiones rigurosamente ciertas que excluyan notoriamente a otras contrarias, pero no resulta ocioso traer a colación el ejemplo más acusado del que se dispone para transportes terrestres –Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres– y para el establecimiento de estaciones y centros de transporte:

“Artículo 128.

“El establecimiento de estaciones y centros de transporte estará sujeto al cumplimiento de las condiciones que, por razones de índole urbanística, fiscal, social y laboral o de seguridad ciudadana o vial, vengan impuestas, al efecto, por la legislación reguladora de tales materias.”

Dicho en otras palabras, sea como fuere, el protagonismo de razones de índole urbanística se halla presente, y en modo alguno se desmerece en su consideración.

3.3. El ámbito reglamentario estatal en relación con la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior

En este punto, sin que sea necesario apuntar a la notable generación de modificaciones en reglamentos estatales, sí que parece oportuno notar que si se trataba de poner en cuestión la licencia de apertura en el Real decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, se mantiene la misma según el criterio del reglamentador estatal y, desde luego, para los supuestos que sea de aplicación, eso sí, con la invocación genérica e inespecífica a los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y siempre que fuere procedente.

4. La legislación y la reglamentación autonómica en materia urbanística en consideración a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior

Una visión general de lo que va aconteciendo en las comunidades autónomas, sin necesidad de abundar en profusas citas –más propias de otros trabajos–, puede sintetizarse bajo la perspectiva de que se muestran acentuadamente reacias a modificar o alterar o clarificar el caso desde la consideración a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en la materia medioambiental o/y en la materia urbanística.

La técnica usualmente seguida a nivel de rango de ley viene siendo la que podría sintetizarse del siguiente modo:

A) Generación de una Ley o un Decreto ley que modifica diversas leyes sectoriales.¹

1. Obsérvense al respecto las siguientes disposiciones legales:

En Andalucía, el Decreto ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

B) Empleo de una Ley o un Decreto ley que modifique alguna Ley sectorial.²

C) Y la utilización de la técnica de la autorización para dictar un Decreto legislativo.³

Bien parece que el desiderátum de si la Directiva afecta al régimen de los controles previos de tracto sucesivo medioambientales o de control previo de tracto único urbanístico es “materia odiosa” que no precisa de clarificación alguna.

En todo caso, tampoco se va a desconocer la obviedad que representa que agotado el plazo para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009, todavía cabe detectar supuestos relevantes tanto legales o regla-

mentarios autonómicos pendientes de manifestarse debidamente en su ajuste a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Si se trata de buscar apoyos seguros explícitos, ahora en sede autonómica de Cataluña, en materia medioambiental o de urbanismo bien parece que la tozudez de los hechos es concluyente.

Todo lo más que seguramente puede contarse es cuál va siendo el posicionamiento del legislador autonómico con ocasión de las leyes en que se va incidiendo y que a los efectos de este trabajo se entiende de interés destacar las siguientes perspectivas:

a) Comunidades autónomas que en su legislación autonómica urbanística no se ha considerado adecua-

En Aragón, el Decreto ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, de modificación de diversas leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

En Castilla-La Mancha, la Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

En Castilla y León, el Decreto ley 3/2009, de 23 de diciembre, de medidas de impulso de las actividades de servicios en Castilla y León.

En Galicia, la Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

En Murcia, la Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

En Navarra, la Ley foral 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

2. Obsérvense al respecto las siguientes disposiciones legales:

En Canarias, la Ley 12/2009, de 16 de diciembre, reguladora de la licencia comercial, y la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias.

En Cantabria, la Ley 1/2010, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de régimen jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de organización y funcionamiento del servicio jurídico, y la Ley 2/2010 de Cantabria, de 4 de mayo, para la modificación de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria, y de otras normas complementarias para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

En las Illes Balears, la Ley 8/2009, de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears para la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

En Navarra, la Ley foral 7/2010, de 6 de abril, de modificación de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración local de Navarra, para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

3. En Cataluña, de un lado, debe tenerse presente la Ley 5/2010, de 26 de marzo, de bases de delegación en el Gobierno de la potestad legislativa para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOGC de 6 de abril de 2010), cuyo artículo 3 establece un plazo para uso de la delegación legislativa de seis meses.

Por otro lado, se ha seguido la técnica de una Ley como la Ley 3/2010, de 18 de febrero, de prevención y seguridad en materia de incendios en establecimientos, actividades, infraestructuras y edificios o la Ley 9/2009, de 30 de junio, de política industrial.

Y, por si fuera poco, en Cataluña, también se ha seguido la técnica del Decreto ley en el Decreto ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales.

4. Baste efectuar la oportuna remisión a la disposición legal y última modificación de la misma que se citan:

Andalucía. Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía. Y la Ley 1/2006, de 16 de mayo, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de comercio interior de Andalucía, y de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo.

do incidir en modificaciones en la misma a la más cercana proximidad a la finalización del plazo establecido en la Directiva de reiterada invocación –antes del 28 de diciembre de 2009–:⁴

Andalucía.
Aragón.
Canarias.
Castilla-La Mancha.
Castilla y León.
Extremadura.
Murcia.
La Rioja.
Islas Baleares.
País Vasco.
Valencia.

b) Comunidades autónomas que en su legislación autonómica urbanística se ha considerado adecuado

incidir en modificaciones de la misma en la más cercana proximidad a la finalización del plazo establecido en la Directiva referida:⁵

Cantabria.
Cataluña.
Galicia.
Asturias.
Madrid.
Navarra.

Pues bien, de todas ellas, es regla común que ninguna alteración ni modificación se ha efectuado en el régimen de intervención administrativa que pudiera entenderse como ajuste obligado o voluntario al régimen de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Aragón. Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón.

Canarias. Decreto legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias. Y la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo.

Castilla-La Mancha. Decreto legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística. Y la Ley 2/2009, de 14 de mayo, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo por la que se modifica el Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística.

Castilla y León. Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León. Y la Ley 17/2008, de 23 de diciembre, de medidas financieras y de creación de la empresa pública Castilla y León Sociedad Patrimonial y del ente público Instituto de Seguridad y Salud Laboral de Castilla y León.

Extremadura. Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura. Y la Ley 6/2002, de 27 de junio, de medidas de apoyo en materia de autopromoción de viviendas, accesibilidad y suelo.

Murcia. Decreto legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del suelo de la Región de Murcia. Y la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental integrada.

La Rioja. Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja. Y la Ley 5/2008, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2009.

Islas Baleares. Ley 4/2008, de 14 de mayo, de medidas urgentes para un desarrollo territorial sostenible en las Illes Balears.

País Vasco. Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo. Y la Ley 17/2008, de 23 de diciembre, de política agraria y alimentaria.

Valencia. Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, urbanística valenciana. Y la Ley 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.

5. Baste efectuar la oportuna remisión a la disposición legal y última modificación de la misma que se citan:

Cantabria. Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria. Y la Ley de Cantabria 6/2009, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y de contenido financiero.

Cataluña. Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo. Y, especialmente, tanto el Decreto ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística, como la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas.

Galicia. Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. Y la Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

Asturias. Decreto legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Y la Ley 4/2009 del Principado de Asturias, de 29 de diciembre, de medidas administrativas y tributarias de acompañamiento a los presupuestos generales para 2010.

Madrid. Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid. Y la Ley 10/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

Navarra. Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo. Y tanto la Ley foral 16/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales de Navarra para el año 2010, como la Ley foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra.

5. La legislación y la reglamentación autonómica en materia medioambiental en consideración a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior

Ciertamente como en el supuesto anterior estrictamente urbanístico no se va a defender con cerrazón de miras que la mera apreciación de unos legisladores autonómicos cierra y excluye todo análisis y debate desde la consideración de la aplicación de una Directiva comunitaria.

Ahora bien, cuanto menos habrá de convenirse que el posicionamiento de los legisladores autonómicos en cuestión es el manifestado en las leyes o normas con rango de ley a que da luz y es el que deciden a los efectos legales correspondientes y, si así se quiere, a los efectos de responsabilidad que procedan.

En todo caso bien parece que no se pueden silenciar los siguientes puntos:

a) No se estima que exista apoyo mínimamente seguro a que precisamente a las alturas del 4 de diciembre de 2009 les pasase desapercibido a los legisladores autonómicos el régimen temporal de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

b) Pero es que en el halo de aplicación de la prevención y control ambiental de las actividades tampoco se podía hacer tabla rasa, mirada ciega y oídos sordos a la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero, de prevención y control integrados de la contaminación.

Es más, y por si existe alguna duda, desde luego, siendo diferenciados sus ámbitos de aplicación, no resulta ocioso detectar que la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero, de prevención y control integrados de la contaminación, es posterior a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

c) Y por si fuera poco tampoco resulta baladí que se atendiera al régimen comunitario que finalmente dio lugar al Real decreto legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos y demás disposiciones concordantes.

Podrá insistirse en la perspectiva de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,

de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. No obstante, las argumentaciones a realizar para sostener la improcedencia del régimen de titulación administrativa ambiental establecido quizá deberán ser más incisivas.

Sin que sean necesarias profusas citas, bien parece que tanto para la titulación ambiental como para la titulación urbanística autonómicas en modo alguno los legisladores autonómicos han tenido la intención de entender afectado el régimen de licencias de su razón.

Y ello es así al punto que quien en vía administrativa discrepe del mismo y se permita derivar el caso a ordenaciones o actos administrativos ajenos al régimen legal establecido bien parece que lo hace cuanto menos a su riesgo y unilateral apreciación.

Más todavía, quizá tampoco resulte ocioso indicar que, en la parte que interese y en materia urbanística, igualmente se ha tenido que pasar por las situaciones creadas por la falta y posterior tardía transposición de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, de tan alta conflictividad contencioso-administrativa sobre todo por el efecto de la disposición transitoria 1ª de la Ley estatal 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente –con efectos a 21 de julio de 2004 (¡!); y con la dejadez autonómica sobre la cuestión.

6. Notas finales

Habiendo tratado de simplificar el entendimiento del caso y desde luego sin ofrecer conclusiones radical ni acentuadamente seguras por inamovibles, máxime cuando la conflictividad puede dispensar las mejores oportunidades para irse pronunciando sobre los temas que procedan, estas notas deben terminar añadiendo algunas consideraciones que se estiman de interés.

6.1. La existencia de pluralidad de legislaciones sectoriales y la pluralidad de autorizaciones y licencias

Ciertamente, el casuismo y detallismo que se determina en la aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de

2006, relativa a los servicios en el mercado interior, es sobradamente sobresaliente, al punto que no se llega a intuir qué afirmaciones o conclusiones para una Comunidad Autónoma pudieran ser apreciables automáticamente, sin mayores argumentos, para otra/s, desde luego más allá de algunas perspectivas generales que solo de forma limitada ayudarían a resolver lo que correspondiera a un supuesto puntual y específico.

En este punto deberá observarse que, cuanto menos, el desarrollo preexistente legal y reglamentario en cada ordenamiento sectorial –en su caso, medioambiental o urbanístico– será el que proceda, y las diferenciaciones, por no decir los regímenes que nada tienen que ver o las contradicciones que pueden ser detectadas, pueden perfectamente ser la regla.

Más todavía cuando, dirigiendo la atención al estado de la doctrina y de los pronunciamientos jurisdiccionales a nivel de las diferentes comunidades autónomas, no se va a descubrir la obviedad acerca de que, entre tantos y tantos casos y supuestos, baste la cita del diferenciado régimen y naturaleza *ad exemplum* para algunas determinadas licencias o autorizaciones se defienden como de otorgamiento reglado o más o menos discrecional –a salvo el debido entendimiento de los conceptos jurídicos indeterminados, en su caso, a depurar en su apreciación en vía jurisdiccional contencioso-administrativa– o la materia del silencio administrativo bien en materia medioambiental o urbanística en que según las comunidades autónomas se ha llegado a defender la tesis del silencio administrativo radical, y que no se estima en otras –por todas baste la cita de la trascendente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 5ª, de 28 de enero de 2009, adoptada en la vía del recurso de casación en interés de la ley–.

En todo caso, y aunque se ciña la mejor apreciación a nivel de una concreta Comunidad Autónoma, deberá prevenirse que la labor a realizar resulta complicada en exceso cuando, en el barroquismo de la pluralidad de legislaciones sectoriales, puede resultar aplicable a una actividad que se presente tanto en la legislación de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, como en la legislación de prevención y control ambiental de las actividades, como en la legislación urbanística correspondiente –dejando a salvo otros supuestos más complejos con la necesidad de dotarse de todavía más titulaciones autorizatorias–.

Desde esa perspectiva, la aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de

12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, va a resultar todavía más compleja en la medida que, sin aligerarse la pesada carga de regulaciones en liza, lo que se diga con ocasión de una perspectiva puede o no ser lo mismo en otra/s perspectiva/s.

6.2. La fundamentación y la motivación de las figuras de ordenación medioambientales y urbanísticas

En este punto, se debe destacar que quizá deba considerarse que una cosa es, en abstracto, la ordenación legal situada al más alto nivel conceptual, y otra cosa es la concreta regulación y ordenación, hasta de irritante detalle, que se ha permitido dispensar una puntual figura de ordenación medioambiental o urbanística.

Se apunta esa perspectiva puesto que, dejando de lado los supuestos de principio y de valores superiores, cuando de una regulación concreta y específica se trata quizá la luz es pronunciadamente acentuada.

A ese respecto se trata de poner de relieve que si, a título de ordenación ambiental o urbanística, de lo que se trata lisa y llanamente es de vulnerar directa e inmediatamente el régimen propio del ámbito innegable de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, ninguna duda debe quedar que el pronóstico del caso es muy cercano a la certeza jurídica. Obsérvese la trascendencia o tratamiento jurisprudencial de casos tales como los que radicalmente y sin ninguna excepción pudieran llegar a prohibir, en todos los casos, supuestos que gocen del tratamiento dispensado por esa Directiva.

Y es que la deriva que pudieran haber tomado algunas ordenaciones ambientales o urbanísticas –en el ámbito de este trabajo y sin perjuicio de otros supuestos–, más allá de la fundamentación atendible ambiental o urbanística, pudiera perfectamente ser cuestionada tanto en vía administrativa como jurisdiccional contencioso-administrativa, precisamente por no tener que ver con el ámbito elegido de ordenación ambiental o urbanística, sino que esa ordenación táctica, artificiosa e instrumental, solo muestra la vulneración de lo establecido en la Directiva.

Sea como fuere, y a los efectos del debido control *ex ante* o *ex post* para las nuevas figuras ordenadoras ambientales o urbanísticas, es de esperar que resulte quizá más acentuado el deber de motivación y justificación

correspondiente, ya que las exigencias de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, son relevantes y de máximo interés para una ordenación adecuada y procedente.

La temática de la motivación y justificación quizá va a plantear singulares problemas respecto a las ordenaciones preexistentes, ya que, desde luego, lo normal será constatar que en esas ordenaciones se carece de una motivación y justificación ajustada a la Directiva, y los razonamientos a efectuar para excepcionar las reglas generales de la Directiva no concurrirán, y por tanto alguna conducta de adecuación deberá seguirse, si es que interesa.

6.3. Especial mención a las licencias urbanísticas, bien de obras bien de usos

Llegados a este punto, quizá interesa partir de la apreciación del régimen de comunicación o de declaración responsable para con todas o algunas licencias urbanísticas, para ver su posible viabilidad.

Lo cierto es que estas líneas no pueden sino significar que, con los ordenamientos jurídico-urbanísticos, y habida cuenta de las remisiones efectuadas por otros ordenamientos sectoriales, la dificultad es manifiesta.

Será de recordar que una inteligencia simple de la licencia de obras no se sostiene cuando, como resulta conocido, existe pluralidad de ellas que, en lo que ahora interesa, podrían diferenciarse entre las extraordinarias o excepcionales, las especiales y las ordinarias.

Para las licencias urbanísticas extraordinarias o excepcionales –concretamente las de uso u obra provisional– no se llega a intuir cómo una parte privada puede atender a la formulación de una declaración responsable o una comunicación cuando, por mencionar un supuesto, la ejecución del planeamiento urbanístico en su contra no depende de su iniciativa, sino que es privativa de la Administración que corresponda.

Las mismas dificultades, por no decir la imposibilidad de poder articular debidamente una declaración responsable o una comunicación, pueden recaer en las licencias especiales. Así, entre otros casos:

a) En suelo no urbanizable máxime cuando pueden concurrir normas de la más variada naturaleza de protección y en función de conceptos jurídicos indeterminados cuyo conocimiento y apreciación se ha hecho descansar no en manos de los particulares.

b) En los supuestos de fuera de ordenación o de volumen disconforme a no ser que la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados de su razón haya pasado a ser del declarante o del comunicante y no de la Administración en vía administrativa y del órgano jurisdiccional en vía judicial contencioso-administrativa.

c) En los supuestos de suelo urbano no solar cuando el complejo de obligaciones en liza seguramente –así para la realización de las correspondientes obras de urbanización o para la prestación de fianzas, por citar dos ejemplos– no depende del criterio de la parte declarante o solicitante, sino de la Administración con el debido control jurisdiccional contencioso-administrativo.

Pero es que para las denominadas licencias ordinarias –no afectas al régimen de las extraordinarias o de las especiales– también surgen dificultades, por no decir una imposibilidad técnica, ya que bien parece que, entre otros, no pueden ignorarse supuestos como:

a') Los casos en que la regulación en suelo urbano no se haya agotado en el planeamiento general, y quede justificadamente pendiente de una figura de planeamiento de desarrollo posterior.

b') Los casos del reajuste de alineaciones y rasantes y el de ordenación de volúmenes con su régimen ciertamente nada sencillo que bien parece que no puede quedar al albur del primer ni de los sucesivos declarantes o comunicantes.

c') Inclusive todos aquellos casos en que cupiera aceptar que, en sede de licencias urbanísticas, pudiera actuarse en materia de gestión urbanística, especialmente en materia de cesiones obligatorias y gratuitas, o su sustitución en equivalencia en terrenos fuera del sector, o su sustitución en su equivalente en valor económico.

Aunque todos los supuestos anteriores afectan tanto a obras como a usos urbanísticos, quizá interesa centrar el caso solo en materia de usos urbanísticos y su modificación.

En este punto quizá también se tropieza con la tozuda realidad de buen número de prescripciones legales y sobre todo del planeamiento urbanístico –especialmente, y en su caso, de estándares urbanísticos del más variado género–, cuya disparidad o incompatibilidad con el régimen de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, quizá exige nutridas argumentaciones, a no ser que el régimen de vivienda protegida, viviendas por unidad superficial, de usos como el que se va produciendo de

regímenes como los denominados predominantemente residenciales, industriales, comerciales, entre otros, y de los que dependen trascendentes efectos urbanísticos, se hayan sustituido por la mera conveniencia del declarante o comunicante.

Más todavía cuando a la licencia de obras se la haga involucrar en materia de vivienda y tener que atender al cumplimiento de las condiciones de calidad de la vivienda y del edificio.

Y si se dirige la atención a la licencia de primera ocupación cuya simplicidad quizá se trata de sostener deberá inmediatamente indicarse que igualmente si se la ha involucrado en materia de vivienda no debe obviarse las dificultades en los conflictos entre licencia de primera ocupación y la cédula de habitabilidad en materia de vivienda.

En todo caso por poner un ejemplo, las más de las veces, quizá controvertido como resulta de la conflictividad contencioso-administrativa, si de rehabilitación se trata bien en razón a lo normado urbanísticamente o en materia de vivienda deberá irse observando cómo se van actuando las tesis de aplicación directa de las declaraciones responsables o comunicaciones en las que bien parece que el declarante o comunicante tratará de imponer sus tesis.

6.4. El control jurisdiccional contencioso-administrativo y el silencio administrativo

En todo caso, llegados a las presentes alturas, quizá no resulte ocioso indicar que la situación latente en la actualidad tiene una perspectiva indudablemente comunitaria en la que seguramente pesa una idea de responsabilidad a dilucidar, en su caso, con trascendencia a la responsabilidad a exigir por la Administración General del Estado ante la Administración municipal –disposición final 4ª de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio–. Nada que objetar a esa perspectiva.

Ahora bien, tampoco será ocioso detectar que la situación que se va creando puede ser diferenciada, si la Administración municipal confía en los dictados legales autonómicos en las materias de reiterada invocación que se han generado y los que se mantienen, y se ajusta a los mismos, o si por su sola iniciativa va a un régimen que, traspasando esos dictados, se penetra en sus exclusivas disposiciones de ordenación.

Simplemente procede dejar anotado el caso, no fuera que en el ejercicio de las correspondientes acciones no fuese exclusivamente bilateral la relación en liza –estatal y local–, sino que obedeciendo a la pluralidad de ejercicio de competencias –también autonómicas– la situación latente y en liza sea cuanto menos afectante a la complejidad de sujetos en liza, y cada uno pudiera alegar en su caso la conducta de los demás.

Igualmente, no se va descubrir la obviedad que representa que, en casos dudosos, el apoyo de la legislación medioambiental o urbanística para el régimen de comunicación es una magnífica ocasión en la que se pueden despejar los supuestos que procedan.

Más allá de esa consideración, si de lo que se trata es de dirigir la atención al control a dispensar en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, deberá indicarse que, teniendo siempre presentes tanto el cometido de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, como, si así se prefiere, el principio de legalidad y de seguridad jurídica, no se intuyen dificultades trascendentes ni insalvables, ya que:

– Si resulta que el régimen de titulación administrativa por licencia o autorización es el que procede, y se ha seguido el de declaración responsable o el de comunicación, bien parece que podría examinarse el caso más allá de las palabras empleadas, y calificarse y decidirse el mismo desde la consideración de que el escrito presentado, con la concreción inexcusable de su razón, debe ser entendido como solicitud en forma de licencia. Y ello a fin y efecto de aplicar las consecuencias jurídicas de rigor en este caso para con el régimen de declaración responsable o el de comunicación.

– Y si resulta que el régimen a aplicar es el de declaración responsable o de comunicación, y se ha seguido el de solicitud de licencia, tampoco parece que exista obstáculo para entender que se ha producido, más allá de las palabras empleadas y en el fondo, una declaración responsable o el de comunicación. Y ello, y de la misma forma, para aplicar las consecuencias jurídicas de rigor en este caso para con el régimen de su razón.

Lógicamente, en este punto puede concurrir que no se haya resuelto y/o no se haya notificado nada en vía administrativa, lo que hace derivar el caso a la órbita del silencio administrativo.

En esa hipótesis deberá notarse que la situación hasta el momento de la entrada en vigor de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en cuanto modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en materia de silencio administrativo, estaba presidida por la doctrina jurisprudencial ya expuesta cual es la derivada en definitiva y finalmente por la trascendente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 5ª, de 28 de enero de 2009 adoptada en la vía del recurso de casación en interés de la Ley.

Pues bien, no terminan las dificultades, ya que, a partir de la modificación del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y sin entrar en otras temáticas, deberá admitirse que, según los dictados legales, se va a exigir que la excepción al silencio positivo lo sea en los casos en que una norma con rango de ley lo establezca por razones imperiosas de interés general.

Y, a esos efectos, ya se ha comentado que, por lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto.

Se llama la atención sobre ese caso ya que tanto en materia medioambiental como en materia urbanística por aplicación de la doctrina establecida no se trata de un supuesto a encajar perfectamente en esos dictados. Y ello es así ya que, en apretada síntesis y por citar el caso obvio, en las licencias de obras de nueva construcción una vez transcurrido el plazo para resolver y notificar:

– Si lo solicitado se ajusta al ordenamiento jurídico urbanístico, el sentido del silencio es positivo.

– Si lo solicitado no se ajusta en modo alguno al ordenamiento jurídico urbanístico, el sentido del silencio es negativo.

– Y si lo solicitado en parte se ajusta y en parte no se ajusta al ordenamiento jurídico urbanístico –*ad exemplum* si se solicita PB+3PP y es conforme al ordenamiento jurídico urbanístico PB+1PP–, el sentido del silencio todo lo más sería positivo en parte –para PB+1PP–, silencio negativo en parte –para las restantes PP–, pero todo con la necesidad de actuar una solicitud de licencia, que permitiese ultimar y agotar la construcción debidamente –a PB+1PP–.

Con ello no se quiere decir otra cosa que, si el legislador autonómico no lo evita, deberá ser necesario esperar o no unas profundas doctrinas sobre si es posible o no atender a una excepción al silencio positivo en materia medioambiental o urbanística, por cuanto resulta necesaria una ley que obste el mismo precisamente por razones imperiosas de interés general.

6.5. Las acciones contencioso-administrativas de otras administraciones y las acciones de terceros

En último término, solo cabe dejar constancia de la trascendencia que tiene el caso, desde la perspectiva de las acciones que pueden actuar otras administraciones u otros terceros, sobre lo que, en principio, parece que despliega solo efectos entre los declarantes o comunicantes y la Administración competente local.

Y, como es sabido, las competencias autonómicas en materia ambiental y los derechos e intereses de terceros, o en el ejercicio de las acciones públicas, cuanto menos deberá convenirse que no van a resultar mejorados en su posición por la vía de la declaración responsable o de la comunicación, cuyo conocimiento directo solo se produce en la cabeza del declarante o comunicante y la Administración que recibe la declaración responsable o comunicación.

En este punto, si el régimen a aplicar es el de declaración responsable o el de comunicación, deberá notarse que las vías impugnatorias de la Administración autonómica y de los terceros interesados, o las correspondientes por la vía de la acción pública, aparecen no como imposibles, sino como altamente sofisticadas.

Teniendo en cuenta supuestos ya conocidos hasta el momento en materia de comunicación previa, en los supuestos de derecho sectorial en que ya era aplicable –también en materia medioambiental y urbanística

como resulta sobradamente conocido— deberá indicarse que sustancialmente:

a) En materia de impugnación interadministrativa, deberá estarse a sus dictados en general, con especial mención, en su caso, del supuesto contemplado en el artículo 44 de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa.

b) En materia de impugnación de los terceros interesados, o los correspondientes por la vía de la acción pública, solo procede resaltar las vías que normalmente se utilizan en la práctica bien en la vía de los casos de inactividad del artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa, bien por la vía de la denominada “provocación del acto” mediante solicitud al respecto y por el transcurso del plazo supletorio para resolver y notificar, establecido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

En todo caso procede traer a colación el artículo 71 bis.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, adicionado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, del siguiente tenor:

“4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.”

Y se traen a colación esos dictados ya que quizá no sea lo mismo los supuestos de inexactitud, falsedad u omisión de datos, manifestaciones o documentos en una declaración responsable o comunicación, a los fines de la imposibilidad de continuar la actividad, de los supuestos de no presentación de la declaración responsable o comunicación.

Y ello podría ser así ya que, a los efectos del cese de actividades solicitado por terceros, una cosa sería la necesaria comprobación de inexactitud, falsedad u omisión de datos, manifestaciones o documentos,

y otra cosa sería la radical sencillez de la comprobación de la no presentación de la declaración responsable o comunicación.

En definitiva, si se observa el caso desde la perspectiva de los supuestos que pudieran patentizar un daño lesivo indemnizable por inactividad municipal, las situaciones en liza pueden exigir una diferenciación atendible. ■

Ordenanza municipal tipo reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en el ámbito territorial de la entidad local (...)

ÍNDICE

PREÁMBULO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto

Artículo 2. Ámbito de aplicación

Artículo 3. Definiciones

CAPÍTULO II

RÉGIMEN DE AUTORIZACIONES DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS

Artículo 4. Principios generales

Artículo 5. Régimen de autorización

Artículo 6. Establecimientos y sucursales

Artículo 7. Régimen de declaración responsable o comunicación previa

Artículo 8. Limitaciones temporales

Artículo 9. Limitación del número de autorizaciones

Artículo 10. Principios aplicables a los requisitos exigidos

Artículo 11. Requisitos prohibidos

Artículo 12. Condiciones o limitaciones

CAPÍTULO III

RÉGIMEN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Artículo 13. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado

CAPÍTULO IV

SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 14. Simplificación de procedimientos

Artículo 15. Documentación exigible

CAPÍTULO V

VENTANILLA ÚNICA

Artículo 16. Ventanilla única

Artículo 17. Garantías de información a través de la Ventanilla Única

CAPÍTULO VI

COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 18. Obligación general de cooperación

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Modificación de los preceptos de la Ordenanza y de las referencias que hace a la normativa vigente con motivo de la promulgación de normas posteriores y remisión general a la legislación estatal y autonómica

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Determinación específica de causas justificativas de interés general

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. Adaptación de ordenanzas fiscales

DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. Régimen de los espectáculos públicos y las actividades recreativas

DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. Incidencia en las normas de construcción y en las licencias urbanísticas de uso

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA. Ocupación del dominio público

NOTA: Esta es la versión castellana del texto publicado en catalán en el DOGC 5588, de 16 de marzo de 2010. Se han sombreado en gris las partes del texto correspondientes a especificidades de la normativa catalana o referencias a la Diputación de Barcelona que deberán de adecuarse en función del ayuntamiento que apruebe la ordenanza.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA. Servicios funerarios

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Derogación normativa

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Inicio de procedimientos

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA. Régimen transitorio de los procedimientos en materia de prevención y control ambiental de las actividades

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA. Régimen transitorio en materia de procedimientos electrónicos

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA. Entrada en vigor

PREÁMBULO

I. El 28 de diciembre de 2009 finaliza el período de transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante referida como Directiva de Servicios), norma que tiene como objetivo conseguir un efectivo mercado interior en el ámbito de los servicios por vía de la eliminación de obstáculos legales y administrativos. Al mismo tiempo representa una gran oportunidad para modernizar la Administración y hacerla más accesible a los ciudadanos gracias a la implantación de procedimientos electrónicos. El resultado ha de conducir a un sistema administrativo más ágil y de mayor confianza en el ciudadano, a la interrelación con las Administraciones de toda la Unión Europea y con la propia Comisión Europea, y, en definitiva, a reactivar la economía al potenciar el sector de los servicios.

En el Estado español se ha optado, como fórmula normativa, por incorporar la Directiva de Servicios a través de una Ley horizontal o genérica, la llamada “Ley paraguas”, y en paralelo, a través de otra Ley modificativa de la legislación estatal para adecuarla a los principios de la Directiva de Servicios, la llamada “Ley ómnibus”. Mientras la norma horizontal o “paraguas” ha sido promulgada y publicada como Ley 17/2009, de 23 de noviembre, “sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio” (BOE de 24 de noviembre de 2009), la “Ley ómnibus” lo ha sido como Ley 25/2009, de 22 de diciembre, “de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio” (BOE de 23 de diciembre de 2009).

Además de modificar la diversa legislación estatal afectada por la Directiva de Servicios, como medidas horizontales en materia de procedimiento administrativo (contenidas en el Capítulo I de su Título I) la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, “de modificación de di-

versas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”, reforma sustancialmente las formas de intervención de la actividad de los ciudadanos previstas tanto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, “reguladora de las bases del régimen local”, como en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, “de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”, al introducir como tales el sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable y el control posterior al inicio de la actividad. De hecho se considera que la modificación del artículo 84 de la Ley de bases de régimen local determinada por el artículo 1.2 de la “Ley ómnibus” es la clave de todo el nuevo sistema, ya que por vía de éste la comunicación previa, la declaración responsable y el control posterior alcanzan la naturaleza jurídica de forma de intervención.

Además, como otras medidas horizontales respecto del procedimiento administrativo, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, da una nueva redacción al régimen del silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado y modifica la Ley 11/2007, de 22 de junio, “de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”.

Respecto a la actividad normativa de transposición de la Directiva de Servicios desarrollada por la Generalitat de Catalunya, ésta tiene como antecedente el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica. Este Decreto prescribe la eliminación de la regulación que contenga barreras proteccionistas en el sector servicios, pero también la de los obstáculos y cargas administrativas.

Pero, como base de la revisión y adaptación del conjunto de legislación afectada por la Directiva de Servicios, en la sesión celebrada el 24 de noviembre de 2009 el Consejo de Gobierno de la Generalitat de

Catalunya aprobó el Anteproyecto de Ley de bases de delegación en el Gobierno para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, Proyecto que entró en el Parlamento de Cataluña el 1 de diciembre de 2009. Este Proyecto tiene por objeto delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley en forma de decretos legislativos para adecuar las leyes aprobadas por el Parlamento de Cataluña a la Directiva de Servicios.

II. En este contexto, en principio, las Entidades locales deberían tener un papel especialmente relevante en el proceso de transposición de la Directiva de Servicios ya que ellas son las autoridades competentes en gran parte de la normativa y los procedimientos afectados. Sin embargo, en dicha transposición y, por tanto, en el desarrollo y ejecución de la Ley Paraguas, los Entes locales tienen un margen de actuación en buena medida limitado por la acción normativa del Estado y las Comunidades autónomas, la cual condiciona y limita la acción normativa de los Entes locales. En efecto, en la medida que la mayoría de ordenanzas locales dependen de la normativa aprobada por otros niveles territoriales y salvo el caso de las "ordenanzas independientes", los Entes locales sólo podrán adecuar su normativa a la Directiva de Servicios una vez que la normativa marco que las normas locales desarrollan o complementan haya sido previamente adecuada.

La Diputación de Barcelona, de acuerdo con su cometido de servicio a los municipios, en razón de su competencia de asistencia y cooperación jurídica y técnica, ha estado estudiando las fórmulas normativas adecuadas a efectos de transponer la Directiva de Servicios en el ámbito local y proteger los intereses de los Entes locales ante el retraso de las tareas de transposición normativa a nivel estatal y autonómico. Si ya dicha Corporación fue pionera en la identificación y difusión de los puntos de la diversa normativa local de necesaria adaptación a la Directiva de Servicios, en base a tal experiencia por Decreto de 5 de junio de 2009 se aprobó la constitución de un Grupo de trabajo en el seno de la Secretaría de la Diputación de Barcelona para la implantación de la Directiva de Servicios. En el marco de este Grupo, la Diputación de Barcelona revisó en función de la Directiva de Servicios no sólo el conjunto de normas de la Corporación, sino también las ordenanzas "tipo" que pueden adoptar como modelo los mu-

nicipios de la provincia. Como criterio adicional, la Diputación de Barcelona considera que ésta es una buena oportunidad para que las Corporaciones revisen y actualicen sus ordenanzas, no sólo desde la óptica de la Directiva de Servicios.

En el mes de noviembre de 2009 el Grupo de trabajo de la Secretaría de la Diputación de Barcelona concluyó la fase de evaluación del conjunto de ordenanzas inicialmente identificadas como potencialmente afectadas por la Directiva de Servicios. Sin embargo, llegados a la fase de efectiva modificación del conjunto de ordenanzas, propias y tipo, se encontró con el problema de la actual inexistencia de normativa marco vigente —estatal y autonómica— plenamente adaptada a la Directiva de Servicios.

En este contexto la Diputación de (...) planteó la necesidad de aprobar un modelo tipo de Ordenanza municipal que transpusiera los principios de la Directiva de Servicios a nivel horizontal y estableciera las reglas generales necesarias para la aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, "sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio", en el ámbito de las respectivas Corporaciones que la adopten. Por vía de la fórmula normativa plasmada en la presente Ordenanza se trata de proveer a los Entes locales de un instrumento que, atendidas la fecha de finalización del plazo de transposición de la Directiva de Servicios y las obligaciones definidas en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, les permita afirmar el cumplimiento de sus "deberes de transposición" en la medida de lo que posibilita la normativa marco, estatal y autonómica.

Esta fórmula normativa no sería estrictamente necesaria en la medida que las Administraciones públicas europeas tienen la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo y de inaplicar el Derecho interno que resulte incompatible con el Comunitario, pero la ventaja de esta Ordenanza es dar cobertura general a la obligación de este Ayuntamiento de aplicar la Directiva de Servicios, determinando la inaplicabilidad de toda norma o procedimiento municipal que sea contrario a la Directiva, y garantizar que todos los procedimientos y trámites que se lleven a cabo por el establecimiento y el desarrollo de los servicios sujetos a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, "sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio", se atengan a la misma, ya que no todos los procedimientos se contienen en ordenanzas.

Además, esta Ordenanza es la base a efectos de la futura adaptación a la Directiva de Servicios de las

ordenanzas no independientes de los Entes locales, que están condicionadas por la normativa sectorial aprobada por otros niveles de gobierno. A este respecto, la Ordenanza incorpora un conjunto de disposiciones adicionales y transitorias que determinan el ámbito y sentido de la incidencia de la Directiva de Servicios en la normativa local de carácter sectorial afectada por la Directiva.

III. Esta Ordenanza recoge los principios tanto de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, “sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio” como de la propia Directiva de Servicios e incorpora elementos de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, “de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”. Se estructura en **18 artículos** agrupados en **seis Capítulos, siete Disposiciones adicionales, una Disposición derogatoria, tres Disposiciones transitorias y una Disposición final**. Mientras que el Capítulo I establece las disposiciones generales (arts. 1-3), el Capítulo II determina el régimen de autorizaciones de actividades y servicios (arts. 4-12), el Capítulo III hace referencia al silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado (arts. 13), el Capítulo IV regula los principios de la simplificación administrativa y el derecho de información (arts. 14-15), el Capítulo V los de la Ventanilla Única (arts. 16-17) y el Capítulo VI la cooperación administrativa (arts. 18).

Por último, la Disposición adicional primera prevé la modificación de los preceptos de la Ordenanza y de sus referencias a la normativa vigente con motivo de la promulgación de normas posteriores; la Disposición adicional segunda hace una determinación específica de causas justificativas de interés general; la Disposición adicional tercera adapta, en términos generales, las ordenanzas fiscales; la Disposición adicional cuarta hace referencia al régimen de los espectáculos públicos y las actividades recreativas; la Disposición adicional quinta determina la incidencia en las normas de construcción y en las licencias urbanísticas de uso; la Disposición adicional sexta hace lo mismo en cuanto a la ocupación del dominio público; y la Disposición adicional séptima respecto a los servicios funerarios.

Dichas disposiciones se completan a su vez con tres Disposiciones transitorias, relativas respectivamente al inicio de procedimientos, el régimen transitorio de los procedimientos en materia de prevención y control ambiental de las actividades y el

régimen transitorio en materia de procedimientos electrónicos. La entrada en vigor de la Ordenanza se determina por vía de la Disposición final única, que a estos efectos se remite a los trámites del procedimiento de aprobación de ordenanzas establecido en los artículos 49 y 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y los artículos 65 y 66 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales.

A nivel material, cabe destacar como criterios que han inspirado la redacción de la Ordenanza, entre otros, los siguientes:

- En las definiciones establecidas en las disposiciones generales se ha introducido, en cláusula general, una definición de los servicios no económicos de interés general, que es una cuestión de particular importancia en el ámbito local.

- La normativa relativa a los ámbitos de interés local sólo será necesario revisarla desde el punto de vista del derecho de establecimiento; es por ello que en esta Ordenanza no se ha hecho incidencia en el régimen definido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, en cuanto a la libre prestación de servicios en relación al régimen de actividades y servicios.

- En cuanto a la simplificación de procedimientos cabe destacar que la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y la Directiva de Servicios imponen la predefinición de los requisitos necesarios para tramitar los controles de establecimiento, entre ellos la documentación a aportar y las condiciones que el prestador debe cumplir.

- En la medida que la adaptación normativa a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y a la Directiva de Servicios ha de venir acompañada de la verdadera implantación de procedimientos electrónicos, uno de los otros pilares de la Directiva, se regulan los principios generales pero no se da un sistema acabado, el cual dependerá de la forma en la que evolucione la Administración electrónica y de las posibilidades de cada Corporación.

- Aunque el régimen de cooperación administrativa referido en el Capítulo VI de la Ordenanza debe integrarse con las normas específicas de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y de la Directiva de Servicios, cabe mencionar la necesaria utilización del llamado sistema IMI (*Internal market information system*) como herramienta de intercambio electrónico de información entre las autoridades competentes de los Estados miembros para apoyar las disposiciones del mercado interior que contienen obligaciones de cooperación administrativa.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto

La presente Ordenanza tiene por objeto establecer las reglas generales para la aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en el término municipal de (...), para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo que establece esta Ordenanza, puedan ser discriminatorias o no resulten justificadas o proporcionadas.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. Esta Ordenanza se aplica a los procedimientos y trámites municipales necesarios para el establecimiento de servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica y que son ofrecidos o prestados en el término municipal de este municipio por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.

2. Quedan exceptuadas del ámbito de aplicación de esta Ordenanza, además de las materias establecidas en el artículo 2.2 de la Ley 17/2009, las siguientes:

- a) Los servicios no económicos de interés general.
- b) Las actividades que impliquen el uso u ocupación del dominio público, bien por utilización privativa, bien por aprovechamiento especial, que en todo caso quedarán condicionadas a la obtención de licencia o concesión administrativa en los términos de la legislación sobre patrimonio de las Administraciones públicas.
- c) Los servicios financieros.
- d) Los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por la legislación sobre comunicaciones electrónicas.
- e) Los servicios en el ámbito del transporte y de la navegación marítima y aérea, incluidos los servicios portuarios y aeroportuarios necesarios para llevar a cabo la actividad de transporte.
- f) Los servicios de las empresas de trabajo temporal.

g) Los servicios sanitarios, incluidos los servicios farmacéuticos, prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud, cuando estas actividades están reservadas a profesiones sanitarias reguladas.

h) Los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión; y la radiodifusión.

i) Las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario.

j) Las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública.

k) Los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas provistos directamente por las Administraciones Públicas o por prestadores privados en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la referida Administración.

l) Los servicios de seguridad privada.

3. Esta Ordenanza no se aplicará al ámbito tributario, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones de las Ordenanzas Fiscales ya establecidas o que se establezcan y que regulen exacciones, sanciones o exenciones en relación con el procedimiento de concesión de autorizaciones o licencias o por la realización de controles posteriores relativos a servicios sujetos a esta Ordenanza. Sin embargo, se aplicará esta Ordenanza en los casos en que la ordenanza fiscal regule el procedimiento de tramitación del establecimiento de actividades.

Artículo 3. Definiciones

A los efectos de esta Ordenanza se entenderá por:

1. "Servicio": Cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea.

2. "Servicio no económico de interés general": Servicio local fundamentalmente financiado con cargo a los presupuestos de la Corporación y en el que los tributos o contraprestaciones eventualmente satisfechos por los ciudadanos no sean previstos como remuneración a efectos de cubrir íntegramente los gastos del mismo.

3. "Prestador": Cualquier persona física con la nacionalidad de cualquier Estado miembro, o residente legal en España, o cualquier persona jurídica o entidad

constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, cuya sede social o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea, que ofrezca o preste un servicio.

4. “Destinatario”: Cualquier persona física o jurídica, que utilice o desee utilizar un servicio.

5. “Estado miembro de establecimiento”: El Estado miembro de la Unión Europea en cuyo territorio tenga su establecimiento el prestador del servicio.

6. “Establecimiento”: El acceso a una actividad económica no asalariada y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y especialmente de sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación, por una duración indeterminada, en particular por medio de una infraestructura estable.

7. “Establecimiento físico”: Cualquier infraestructura estable a partir de la cual se lleve a cabo efectivamente una prestación de servicios.

8. “Autorización”: cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

9. “Requisito”: cualquier obligación, prohibición, condición o límite al acceso o ejercicio de una actividad de servicios previstos en el ordenamiento jurídico o derivados de la jurisprudencia o de las prácticas administrativas establecidas en las normas de las asociaciones o de los colegios profesionales.

10. “Declaración responsable”: el documento suscrito por un interesado que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio y que dispone de la documentación que así lo acredita, así como que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad.

11. “Comunicación previa”: el documento mediante el que los interesados pongan en conocimiento de la Corporación local sus datos identificativos y resto de requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

12. “Régimen de autorización”: cualquier sistema previsto en el ordenamiento jurídico o en las normas de los colegios profesionales que contengan el procedimiento, los requisitos y las autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios.

13. “Razón imperiosa de interés general”: razón reconocida o que se reconozca como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural. A efectos municipales se entienden incluidas entre las mencionadas razones imperiosas de interés general la afectación de la convivencia de los vecinos, la circulación de personas y vehículos, la cohesión social, la limpieza y el ornato y la preservación del paisaje.

14. “Autoridad competente”: Cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades de servicios y, en particular, las autoridades administrativas y los colegios profesionales.

15. “Punto de contacto”: Órgano de la Administración Autonómica que se establezca para las comunicaciones de esta Corporación local con la Unión Europea.

16. “Profesión regulada”: La actividad o conjunto de actividades profesionales, cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio estén subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales.

17. “Comunicación comercial”: Cualquier forma de comunicación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial o artesanal o que ejerza una profesión regulada.

A estos efectos, no se consideran comunicaciones comerciales:

a) Los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y, concretamente, el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico.

b) La información relativa a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o persona, elaborada de forma independiente, especialmente cuando se facilitan sin contrapartida económica.

CAPÍTULO II. RÉGIMEN DE AUTORIZACIONES DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS

Artículo 4. Principios generales

1. Este Ayuntamiento interviene las actividades privadas a través de los siguientes medios:

a) Ordenanzas y Bandos.

b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, se estará a lo dispuesto en la Ley mencionada y en esta Ordenanza.

c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, “de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”.

d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.

e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

2. La actividad de intervención de esta Corporación local se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.

3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes y preceptivas licencias de esta Corporación local, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales.

4. Cuando este Ayuntamiento establezca medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exija el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberá aplicar la medida menos restrictiva, motivando su necesidad para la protección del interés público y justificando su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.

5. Las autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones a las que hace referencia esta Ordenanza tienen carácter operativo y comportan la obligación de adaptar la actividad a la normativa vigente de forma permanente.

Esta Corporación local velará por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación corres-

pondiente, para lo que podrá comprobar, verificar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que concurran en el establecimiento y el ejercicio de actividades económicas.

Artículo 5. Régimen de autorización

1. La normativa municipal reguladora del acceso o el ejercicio de una actividad de servicios sólo podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización cuando concurran las siguientes condiciones, que deberán motivarse suficientemente en el expediente de la Ordenanza correspondiente:

a) No discriminación: Que el régimen de autorización no resulte discriminatorio, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad, lugar de nacimiento, residencia o empadronamiento o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social.

b) Necesidad: Que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, de acuerdo con la definición del artículo 3.13 de esta Ordenanza.

c) Proporcionalidad: Que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Artículo 6. Establecimientos y sucursales

1. La prestación o el ejercicio de actividades económicas no quedan sometidos, por sí mismos, a control municipal. Las licencias y controles municipales se refieren en todo caso al emplazamiento físico de aquéllas, entendiéndose como tal su ejercicio en establecimientos físicos o en otros lugares estables, como también la utilización de sustancias o equipos fuera del establecimiento cuando puedan afectar al medio ambiente o la seguridad.

2. La apertura de delegaciones o sucursales queda sometida a los controles establecidos respecto a los establecimientos en general. No obstante, no será exigible la presentación de la documentación o el cumplimiento de los requisitos no específicamente ligados al establecimiento físico y que ya hayan sido acreditados ante otras Administraciones Públicas europeas.

Artículo 7. Régimen de declaración responsable o comunicación previa

1. Mediante la comunicación previa o la declaración responsable el titular de la actividad manifiesta solemnemente que cumple los requerimientos legalmente exigibles para el establecimiento y ejercicio de una actividad, que dispone de la documentación acreditativa, que se compromete a mantener las condiciones mencionadas durante la vigencia de la actividad y a facilitar la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

2. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producen los efectos que se determinan en cada caso por la normativa correspondiente y permiten, con carácter general, el establecimiento y el inicio de una actividad desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que corresponden a esta Corporación.

No obstante, cuando esté previsto en la normativa de aplicación, la comunicación podrá presentarse con posterioridad al inicio de la actividad.

3. El régimen de declaración responsable y comunicación relativos al establecimiento de una actividad tendrá que regularse de manera expresa en cada caso, de acuerdo con lo previsto en la Ley 17/2009 y en esta Ordenanza.

En todo caso se requerirá una comunicación o una declaración responsable del interesado mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad, y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad:

a) Cuando así esté establecido por una Ley por razones de orden público, seguridad y salud pública, seguridad y salud en el trabajo o protección del medio ambiente.

b) Cuando se establezca reglamentariamente el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de la normativa comunitaria o de tratados y convenios internacionales.

4. La presentación de una declaración responsable o una comunicación incompleta o con ausencia de los requisitos establecidos al efecto no es jurídicamente eficaz, con obligación de paralizar la actividad sin perjuicio de las responsabilidades a las que haya lugar. En todo caso, la orden de paralización tendrá que ir precedida de un trámite de subsanación si la omisión no afecta a un requisito esencial.

5. Asimismo, la resolución que declare la anterior situación podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al ejercicio del derecho o al ejercicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, siempre de acuerdo con los términos establecidos en las normas sectoriales que resultaran de aplicación.

6. Los modelos de declaración responsable y de comunicación previa se mantendrán permanentemente publicados en la web municipal y en la Ventanilla Única regulada en los artículos 16 y 17 de esta Ordenanza.

Artículo 8. Limitaciones temporales

1. Con carácter general la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá establecer una actividad de servicios y ejercerla por tiempo indefinido.

2. Sólo se podrá limitar la duración de la actividad en los supuestos siguientes:

a) Cuando la declaración responsable o la autorización se renueve automáticamente o sólo esté sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos.

b) Cuando el número de autorizaciones disponibles sea limitado de acuerdo con el siguiente artículo.

c) Cuando se justifique la limitación de la duración de la autorización o de los efectos de la comunicación o la declaración responsable por concurrir una razón imperiosa de interés general.

3. A los efectos previstos en este apartado, no tiene la consideración de limitación temporal el plazo máximo que se pueda imponer al prestador para iniciar su actividad a contar desde el otorgamiento de la autorización o desde la presentación de la comunicación o la declaración responsable.

4. Lo dispuesto en el apartado anterior no afectará a la posibilidad de revocar la autorización, particularmente cuando dejen de cumplirse las condiciones requeridas para el ejercicio de la actividad.

Artículo 9. Limitación del número de autorizaciones

1. Cuando el número de autorizaciones disponibles para una determinada actividad quede limitado

debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas que se pueden utilizar, el Ayuntamiento aplicará un procedimiento de selección entre los posibles candidatos respetando las garantías de imparcialidad y de transparencia. Al mismo tiempo se garantizará la publicidad adecuada respecto al inicio, el desarrollo y la finalización del procedimiento.

2. Cuando el número de autorizaciones para realizar una determinada actividad de servicios esté limitado:

a) El procedimiento de otorgamiento respetará el cumplimiento de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva, procedimiento que en todo caso tendrá en consideración las razones imperiosas de interés general que puedan concurrir.

b) La autorización que se conceda tendrá una duración limitada y proporcionada atendiendo a las características de la prestación del servicio y no dará lugar a renovación automática ni conllevará, una vez extinguida la autorización, ningún tipo de ventaja para el prestador cesante o para personas especialmente vinculadas con él.

Artículo 10. Principios aplicables a los requisitos exigidos

1. No se podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, en lo esencial, a aquellos a los que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro.

2. Todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios:

a) No ser discriminatorios.

b) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general.

c) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general.

d) Ser claros e inequívocos.

e) Ser objetivos.

f) Ser hechos públicos con antelación.

g) Ser transparentes y accesibles.

3. El acceso a una actividad se regirá por el principio de igualdad de trato y de no discriminación.

Artículo 11. Requisitos prohibidos

En ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en este Municipio a las condiciones siguientes:

a) Requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, incluido que el establecimiento o el domicilio social se encuentren en el territorio municipal o estatal; y en particular requisitos de nacionalidad o de residencia para el prestador, su personal, los partícipes en el capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión.

b) Prohibición de estar establecido en varios Municipios, o en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros.

c) Limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el término de este municipio o en el territorio español, o limitación de la libertad de elección entre establecimiento en forma de sucursal o de filial.

d) Condiciones de reciprocidad con otro Estado miembro en el que el prestador ya tenga su establecimiento.

e) Requisitos de naturaleza económica, en particular, los que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad competente.

f) Intervención directa o indirecta de competidores, incluso en el seno de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales cuando esté legalmente prevista, y sin perjuicio de las consultas a afectados, usuarios o trabajadores.

g) Obligación de que la constitución de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo establecido en el Municipio o en el resto del territorio español.

h) Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros de prestadores existentes en el Municipio o en el resto del territorio español o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

Artículo 12. Condiciones o limitaciones

1. La normativa municipal reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no incluirá las siguientes condiciones:

a) Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores, salvo lo que resulte de la ordenación urbanística.

b) Requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una determinada forma jurídica así como la obligación de constituirse como entidad sin ánimo de lucro.

c) Requisitos relativos a la participación en el capital de una sociedad, tal como la obligación de disponer de un capital mínimo para determinadas actividades o tener una cualificación específica para poseer el capital social o gestionar determinadas sociedades.

d) Requisitos distintos de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la Directiva 2005/36/CE en relación al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Tampoco los que reserven el acceso a una actividad de servicios a unos prestadores concretos en función del tipo de actividad.

e) La prohibición de disponer de varios establecimientos en el Municipio o en todo el territorio español.

f) La obligación de ejercicio de una única actividad de forma exclusiva.

g) Requisitos relativos a la composición de la plantilla de trabajadores, tales como la obligación de disponer de un número mínimo de empleados, ya sea en el total de la plantilla o en categorías concretas o a la obligación de contratar con una procedencia o modalidad determinada.

h) Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos.

i) La obligación del prestador de realizar, junto con su servicio, otros servicios específicos o de ofrecer una determinada gama o surtido de productos.

2. No obstante, excepcionalmente, se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio al cumplimiento de alguno de los requisitos del apartado anterior cuando, de conformidad con el artículo 5.1 de esta Ordenanza, no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

En todo caso, la concurrencia de estas condiciones deberá ser notificada al Punto de Contacto de la Comisión Europea y deberá estar suficientemente motivada en la normativa municipal que establezca tales requisitos, salvo que hayan sido establecidos por una norma con rango de Ley.

CAPÍTULO III. RÉGIMEN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Artículo 13. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado

1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que esta Corporación local debe dictar en la forma prevista en el artículo 43.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, “de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado que hubiera deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley o una norma de Derecho Comunitario Europeo establezcan lo contrario.

Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a los que se refiere el artículo 29 de la Constitución española, y en aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.

No obstante, en los supuestos en que legalmente pueda admitirse un recurso de alzada contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado si, llegado el plazo de resolución, el órgano municipal competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrati-

vo que finaliza el procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

CAPÍTULO IV. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 14. Simplificación de procedimientos

1. Los procedimientos y trámites municipales aplicables al establecimiento y la prestación de servicios en esta Entidad local, deberán ser simplificados de acuerdo a lo establecido en el presente capítulo.

2. Los procedimientos y trámites que supeditan el acceso y el ejercicio de una actividad de servicios en el ámbito territorial del municipio se podrán realizar electrónicamente y a distancia salvo que se trate de la inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio.

3. Los procedimientos correspondientes a la implantación de las actividades reguladas por esta ordenanza tienen carácter reglado, han de ser claros e inequívocos, objetivos, imparciales, transparentes, accesibles, proporcionados al objetivo que les es propio y definidos previamente.

4. No pueden establecerse trámites que resulten confusos, duplicados, los que generen un coste desproporcionado en el solicitante o comporten un retraso desproporcionado o injustificado.

Artículo 15. Documentación exigible

1. Los ciudadanos tienen derecho a obtener información precisa sobre la documentación a aportar, los requisitos y condiciones exigibles para la tramitación de las comunicaciones, declaraciones responsables o licencias gestionadas por el Ayuntamiento.

2. Los requisitos citados en el apartado anterior serán exigibles sólo si resultan indispensables de acuerdo con la naturaleza del control establecido al efecto y en todo caso quedarán predeterminados de acuerdo con la normativa de aplicación.

3. El solicitante queda eximido de aportar los documentos o datos que ya estén en posesión de otras Administraciones públicas comunitarias o de acreditar las condiciones ya constatadas ante aquéllas. En este caso,

el solicitante lo hará saber al inicio del procedimiento y autorizará al Ayuntamiento de forma expresa para que solicite la información. El plazo de resolución quedará suspendido durante el tiempo necesario para su obtención. En el caso de que no sea posible acceder directamente a la información se comunicará así al afectado para que pueda aportarla por sus medios.

4. Los documentos emitidos por una autoridad europea podrán ser aportados por copia, sin que sea necesaria la presentación de originales, compulsas o traducciones, excepto que así esté previsto en la normativa de aplicación o se justifique por razones de orden público o seguridad.

En el caso de presentación de copias, el procedimiento quedará igualmente suspendido por el tiempo necesario para la verificación de los documentos si fuera necesario.

5. No obstante, al objeto de cumplir las previsiones legales, el Ayuntamiento podrá exigir durante la tramitación la aportación de documentación complementaria o el cumplimiento de los requisitos que aparezcan como necesarios a la vista de las características de la actividad. En este caso, se suspenderá el plazo de tramitación y se concederá al solicitante el tiempo adecuado a la naturaleza de lo requerido.

6. En el caso de requerimiento de documentación o condiciones no incluidas en la información inicial el afectado podrá plantear la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento cuando la subsanación no sea consecuencia de una inadecuada calificación de la actividad por parte del afectado y siempre que se acredite que el daño tiene su causa determinante en la falta de información suficiente previa al inicio del procedimiento.

CAPÍTULO V. VENTANILLA ÚNICA

Artículo 16. Ventanilla única

1. Cuando se trate de procedimientos y trámites para el acceso y ejercicio de una actividad de servicios incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE o de las normas estatales y autonómicas de transposición de la misma, los prestadores de servicios podrán acceder, electrónicamente, a distancia y por vía de la Ventanilla Única que la autoridad competente implante al efecto, tanto a la información relativa a los mismos como a la realización de los trámites preceptivos por tal motivo, incluyendo la posibilidad de remisión telemática de

las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias a los efectos municipales.

2. Esta Corporación local promoverá que los prestadores de servicios puedan, a través de la referida Ventanilla Única, obtener toda la información y formularios relevantes para el acceso y ejercicio de su actividad y conocer el estado de la tramitación de los procedimientos en los cuales tengan la condición de interesados, las resoluciones que recaigan y resto de comunicaciones que se efectúen en relación con sus solicitudes.

3. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, la incorporación y mantenimiento permanentemente actualizado del referido contenido en la Ventanilla Única, será responsabilidad de las delegaciones municipales o departamentos gestores del procedimiento de autorización o licencia o del de comunicación previa y declaración responsable. La Corporación tratará de adoptar las medidas necesarias para incorporar en los ámbitos respectivos las tecnologías necesarias para garantizar la interoperabilidad de los diferentes sistemas.

Artículo 17. Garantías de información a través de la Ventanilla Única

1. Los prestadores y los destinatarios de los servicios podrán obtener, a través de la Ventanilla Única y por medios electrónicos, la siguiente información, que deberá ser clara e inequívoca:

a) Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en el término municipal, en especial aquellos relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y su ejercicio, así como los datos de la delegación municipal u organismo competente que permita ponerse en contacto directamente con él.

b) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores de actividades de servicios en el Municipio.

c) Las vías de reclamación y los recursos que podrán interponerse.

d) Los datos de las asociaciones sectoriales de prestadores de servicios y las organizaciones de consumidores que presten asistencia a los prestadores o a los destinatarios de los servicios en el Municipio.

2. El Ayuntamiento proporcionará información a prestadores y usuarios por los medios electrónicos y telemáticos de comunicación municipal establecidos con carácter general.

3. La tramitación electrónica de los procedimientos afectados por la Ley 17/2009, se articulará por el sistema común de administración electrónica de esta Corporación y de acuerdo con el régimen jurídico aplicable en esta materia. En todo caso, para que la información administrativa disponible en la Ventanilla Única sea clara e inequívoca y esté actualizada, deberá adecuarse al sistema de gestión definido por la Conferencia Sectorial de Administración Pública, previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local.

CAPÍTULO VI. COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 18. Obligación general de cooperación

1. Con el fin de garantizar la supervisión de los prestadores y de sus servicios y de acuerdo con los principios de cooperación administrativa, esta Corporación local, en el ámbito de sus competencias municipales, facilitará toda la información necesaria y cooperará a efectos de información, control, inspección e investigación, con el resto de autoridades competentes españolas o de los demás Estados miembros y con la Comisión Europea.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Modificación de los preceptos de la Ordenanza y de las referencias que hace a la normativa vigente con motivo de la promulgación de normas posteriores y remisión general a la legislación estatal y autonómica

1. Los preceptos de esta Ordenanza que, por razones sistemáticas reproducen aspectos de la legislación vigente y otras normas de desarrollo, y los que incluyan remisiones a preceptos de esta, se entenderán automáticamente modificados o substituidos en el momento en que se produzca la modificación de los preceptos legales y reglamentarios de que traigan causa.

2. En relación con la normativa sectorial, en lo no previsto en esta Ordenanza se estará a lo dispuesto en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, “de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”, y a la restante normativa estatal y autonómica de transposición de la Directiva de Servicios.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Determinación específica de causas justificativas de interés general

A los efectos de esta Ordenanza se entiende que concurren causas justificativas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2009, por normas con rango de ley o de Derecho comunitario europeo, establecen efectos desestimatorios cuando no se notifique resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. Adaptación de ordenanzas fiscales

En tanto no se lleven a cabo las adaptaciones de las ordenanzas fiscales a que se refiere el artículo 2.3 de la presente Ordenanza, regirán las reglas siguientes:

Primera. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras

1. Se entienden incluidos en el hecho imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras los supuestos en que, de forma paralela a la normativa de transposición de la Directiva de Servicios, se sustituyese la licencia de obras o urbanística por la comunicación previa o la declaración responsable.

2. En estos casos de comunicación previa o declaración responsable, la liquidación provisional a cuenta prevista legalmente se practicará cuando se inicie la construcción, instalación u obra a que se refieran.

Segunda. Tasas por el otorgamiento de licencias

1. Conforme a la cláusula general del artículo 24.1 del Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, se establecen tasas por la realización de actividades administrativas de competencia local en los casos en que, como alternativa al otorgamiento de licencias, se disponga, en virtud de la normativa de transposición de la Directiva de Servicios, el sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.

2. Salvo que las respectivas ordenanzas fiscales ya fijen tarifas específicas para los casos de control poste-

rior mediante comunicaciones previas o declaraciones responsables, la cuota tributaria será la que resulte de aplicar a la obtenida, de acuerdo con las reglas contenidas en las respectivas ordenanzas fiscales por el otorgamiento de licencias, el porcentaje de reducción del cincuenta por ciento.

3. Cuando las ordenanzas fiscales por el otorgamiento de licencias incluyan la exigencia de las tasas en régimen de autoliquidación, ésta habrá de practicarse igualmente al presentarse la correspondiente comunicación previa o declaración responsable que, como alternativa al otorgamiento de licencias, venga dispuesta por la normativa de transposición de la Directiva de Servicios.

DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. Régimen de los espectáculos públicos y las actividades recreativas

En materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, por haber sido aprobada durante el período de transposición de la Directiva de Servicios la Ley 11/2009, de 6 de julio, “de regulación administrativa de espectáculos públicos y las actividades recreativas”, y por recoger la misma tanto los principios de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, como los de la Ley 17/2009, se entiende plenamente vigente la normativa municipal adaptada a la citada Ley 11/2009.

DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. Incidencia en las normas de construcción y en las licencias urbanísticas de uso

1. Respecto a los requerimientos y tramitación de las licencias de primera instalación y actividades inocuas se modifica la normativa municipal en el sentido de exigir únicamente la comunicación previa en la forma prevista en esta Ordenanza, a los efectos de garantizar la toma en consideración de la actividad y la consiguiente actividad municipal de inspección y comprobación.

2. En tanto que no afectadas por la Directiva 2006/123/CE y la Ley 17/2009, se mantienen vigentes las licencias urbanísticas de construcción y de usos, que se regularán por su normativa específica.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA. Ocupación del dominio público

1. Las Ordenanzas de esta Corporación relativas a la ocupación del dominio público, bien por utilización privativa, bien por aprovechamiento especial, no requieren ser modificadas por quedar excluidas de la Directiva 2006/123/CE y la Ley 17/2009.

2. Sin embargo se respetarán los principios del artículo 9 de esta Ordenanza en el procedimiento de otorgamiento de licencias o concesiones relativas a la ocupación del dominio público.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA. Servicios funerarios

En materia de servicios funerarios, se mantiene vigente la Ordenanza específica hasta que se produzca la necesaria adaptación del régimen legal y reglamentario en la materia, garantizándose en todo caso la libertad de elección de los prestadores de servicios funerarios.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Derogación normativa

1. A partir de la entrada en vigor de la presente Ordenanza, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la misma.

2. A partir de la entrada en vigor de la presente Ordenanza, todos los procedimientos y tramitaciones relativos al establecimiento de los servicios sujetos a la Ley 17/2009, deberán cumplir con lo preceptuado en esta Ordenanza, aún cuando no se hubiese modificado expresamente la disposición o norma municipal que lo regule.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Inicio de procedimientos

1. Los procedimientos de autorizaciones iniciados con anterioridad al 27 de diciembre de 2009 se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud.

2. Sin embargo, previamente a la resolución, el interesado podrá desistir de su solicitud y optar por la aplicación de la nueva normativa.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA. Régimen transitorio de los procedimientos en materia de prevención y control ambiental de las actividades

Hasta la entrada en vigor de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, sin perjuicio de las disposiciones transitorias en ella definidas, y dada la concurrencia de razones imperiosas de interés general tales como la protección del medio ambiente y la salud pública, se mantienen el régimen de intervención y las fórmulas de control establecidas en la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA. Régimen transitorio en materia de procedimientos electrónicos

Mientras no se habilite una Ventanilla Única al objeto de la información a prestadores y usuarios y la tramitación de los procedimientos, el Ayuntamiento realizará las gestiones oportunas para canalizar los procedimientos electrónicos a través de la Administración del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Administración supramunicipal competente de forma agregada a su propia información y procedimientos. A dichos efectos esta Corporación se entiende integrada en la "Ventanilla Única de la Directiva de Servicios" (VUDS), en la que está integrada la Diputación de (...).

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA. Entrada en vigor

La presente Ordenanza entrará en vigor una vez se hayan realizado los trámites del procedimiento de aprobación de ordenanzas establecido en los artículos 49 y 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y los artículos 65 y 66 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes locales. ■

La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral: la compleja aplicación en el ámbito de las administraciones públicas

Xavier Boltaina Bosch

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

1. **Introducción**
2. **Antecedentes para el debate (I): la evolución de la jubilación forzosa por razón de edad hasta la reforma legal de 2001**
3. **Antecedentes para el debate (II): la evolución de la jubilación forzosa por razón de edad desde la reforma legal de 2001 hasta la Ley 14/2005 de reforma del Estatuto de los Trabajadores**
4. **Reinicio de la posibilidad de jubilación forzosa por razón de edad: la Ley 14/2005 y la reforma que incluye de nuevo la disposición adicional décima**
5. **La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral tras el EBEP: inaplicación de las previsiones del Estatuto Básico**
6. **La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral. Requisitos fijados por la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (ET)**
 - 6.1. La regulación en convenio colectivo
 - 6.2. Los requisitos a cumplir por los trabajadores afectados
 - 6.3. La política de empleo prevista en convenio colectivo
7. **¿Son aplicables los requisitos de política de empleo a las administraciones públicas?: el camino tortuosamente contradictorio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo**
 - 7.1. Criterio flexible del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la disposición adicional décima a las administraciones públicas: el primer momento de la interpretación judicial
 - 7.2. El “vuelco” jurisprudencial: la doctrina emanada de las SSTs de 22 de diciembre de 2008
8. **A modo de conclusión: aproximación al tratamiento en la negociación colectiva de la doctrina del Tribunal Supremo sobre jubilación forzosa por razón de edad en la Administración pública**

1. Introducción

Frecuentemente acontece una confusión entre el “derecho” a la prestación de jubilación y la “obligación” de jubilarse, y también en no pocas ocasiones el régimen jurídico de los funcionarios sobre jubilación por edad se aplica al personal laboral de la Administración, sin que ello sea jurídicamente factible sin más. Si a ello unimos una conflictividad subyacente en todas las cuestiones que afectan a la jubilación, podemos colegir que cuando esta es “forzosa” y se aplica al personal laboral de la Administración, nuestro sistema jurídico no ha sido capaz de encontrar

el necesario equilibrio, como a continuación detallaremos.

Por otro lado, es ciertamente confusa la voluntad del legislador, Gobierno, organizaciones empresariales y sindicatos a la hora de plantear la jubilación forzosa. Así, mientras se han dado pasos para fomentar la prolongación del trabajo y el retraso de la jubilación –como es el caso de la propuesta del Gobierno español de febrero de 2010 para fijarla a los 67 años–, que ya tiene antecedentes normativos que fomentan esa prolongación mediante incentivos en la cotización y beneficios en la prestación a lucrar en el momento de jubilarse más allá de los 65 años, por otro lado, de for-

ma coetánea en el tiempo, se han introducido previsiones de jubilación parcial y anticipada a partir de los 60, una vez se han ido agotando las posibilidades para la jubilación anticipada de los trabajadores que hubieran cotizado con anterioridad al 1 de enero de 1967. A ello se ha añadido el propio EBEP en cuanto a los funcionarios, situando la edad de jubilación obligatoria en los 65 años, permitiendo que las leyes de desarrollo fijen la prolongación de la misma a solicitud del funcionario –transitoriamente este el régimen vigente por ahora–, y también introduciendo la posibilidad de jubilación parcial y anticipada, que no ha tenido aún desarrollo reglamentario.

En este estado de cosas, la jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral de la Administración adquiere una dimensión específica y unos contornos muy peculiares. Para una adecuada comprensión de todo ello, es preciso previamente analizar el régimen general de la jubilación por edad en el Derecho Laboral, para luego descender a la especificidad en la Administración.

2. Antecedentes para el debate (I): la evolución de la jubilación forzosa por razón de edad hasta la reforma legal de 2001

El debate se inicia con la original disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980. Ese precepto preveía una cláusula de jubilación parecida a la actual de la disposición adicional décima del vigente ET, si bien en su primer apartado establecía que la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendría el límite máximo de edad que fijara el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, para acto seguido instituir que la edad máxima sería la de 69 años, sin perjuicio de que pudiesen completarse los periodos de carencia para la jubilación.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, declaró inconstitucional esta redacción, “interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar” a los 69 años, y, de forma directa e incondicionada, la extinción del vínculo laboral a aquella edad.

El ET aprobado en 1995 (Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo) configuró una nueva redacción al ET, a través de la disposición adicional décima, con los siguientes tres criterios:

– En primer término, indicaba que, dentro de los límites y condiciones fijados por la norma laboral, la

jubilación podía ser utilizada como instrumento para llevar a cabo una política de empleo.

– El segundo párrafo de la disposición adicional décima señalaba que la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendría el límite máximo de edad que fijara el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que pudieran completarse los periodos de carencia para la jubilación.

– Finalmente, un tercer párrafo de la disposición adicional estableció que la negociación colectiva podía pactar libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo que se dispusiera en materia de Seguridad Social a estos efectos.

Este tercer párrafo es el más importante a nuestro objetivo final, porque su redacción y la jurisprudencia que originó son antecedentes al actual marco jurídico.

Se evidenció pronto, tras el ET de 1995, que el tercer párrafo de la disposición adicional décima era el que más dudas podía originar, pues, aunque era breve, obligaba a analizar el alcance de la expresión “podrán pactarse libremente edades de jubilación”, y cuál sería la conexión entre esta negociación colectiva y la Seguridad Social.

Desde ese momento, numerosos convenios colectivos incorporaron cláusulas –también en las administraciones públicas–, no solo estableciendo incentivos a la jubilación, sino también instituyendo la jubilación forzosa. Era evidente que con todas las previsiones del ET se limitaba el derecho al trabajo constitucionalmente protegido, pero también ello sucedía con otros preceptos legales, que individual o colectivamente autorizan a que el empresario o la Administración, unilateralmente o con el previo acuerdo con la representación de los trabajadores, adopte decisiones que supongan despidos o suspensiones contractuales de tipo colectivo, entre otras circunstancias.

Al respecto de ello, la STC 58/1985 dictaminó que la Constitución no prohíbe, y la legislación permite, estas modulaciones o restricciones al derecho individual al trabajo. En concreto, la sentencia entendió que el párrafo mencionado no era inconstitucional porque estableciese la jubilación forzosa, lo que era tanto como afirmar que la negociación colectiva podía afectar a un derecho de carácter individual, doctrina reiterada por la STC 95/1985, de 29 de julio, que indicó que de la Constitución Española no se deriva “expresa o implícitamente” ningún principio que, con carácter general, arrebate a la negociación colectiva

—dentro del marco de las relaciones laborales que le son propias y del ámbito delimitado por la Ley— la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales; la propia sentencia subrayó que la jubilación forzosa, en determinadas condiciones, resulta posible, y a ello no se opuso tampoco la precedente STC 22/1981.

También en esa sentencia se afirmó que estas previsiones de jubilación forzosa podían estar justificadas objetiva y razonadamente, sin que tampoco la existencia de criterios diferentes, fruto de la negociación colectiva entre diferentes sectores o empresas, diera pie a una desigualdad constitucionalmente discriminatoria; según el fundamento jurídico 4º de la STC 58/1985, esta comparación no es posible, pues las diferencias de condiciones de trabajo y empleo son connaturales a la negociación colectiva, que se adapta en cada caso a las condiciones e intereses de los diversos colectivos sobre los que se actúa.

Pero a ello se añadió que estas cláusulas de jubilación forzosa en el Derecho Laboral, al amparo de la antigua disposición adicional décima del ET, no podían ser acogidas por la negociación colectiva de manera incondicionada. En este sentido, el Tribunal Constitucional entendió —y considera igualmente hoy día— que las cláusulas serían correctas si cumplieran dos principios: a) que los trabajadores forzosamente jubilados acrediten todos los requisitos para acceder a una pensión de jubilación contributiva (SSTC 35/1985, 58/1985, 95/1985, y 111 a 136/1985), y b) que se garantice la no amortización de estos puestos de trabajo (STC 22/1981). Por tanto, el planteamiento efectuado por el Alto Tribunal enmarca la jubilación forzosa de los trabajadores en el ámbito de una política de empleo concreta.

Pese a lo anterior, el Tribunal Supremo llevó a cabo posteriormente una flexibilización de los mencionados requisitos. La doctrina del Tribunal Supremo se concretó al entender que la doctrina constitucional no exige forzosamente la cobertura de las vacantes de los jubilados forzosos, y que también era aceptable que una política de mantenimiento del empleo se alcanzase, en ocasiones, mediante la amortización de los puestos de trabajo dejados vacantes por aquellos trabajadores jubilados.

En concreto, el Tribunal Supremo validó las cláusulas de los convenios colectivos bajo los siguientes criterios, que nos son de gran importancia en el momento

presente a la hora de valorar el redactado vigente de la disposición adicional décima, según texto dado por la Ley de 1995:

a) Los convenios colectivos pueden plantear la jubilación forzosa como fórmula de reestructuración de la plantilla de la empresa, si ello supone una continuidad o el mantenimiento del empleo. Así, la STS de 29-10-1990¹ afirmó que estos requisitos y condiciones se centran, fundamentalmente, en el cumplimiento de las finalidades propias de la política de empleo, sea de ámbito nacional sectorial o de empresa, que implique que con aquella jubilación se persiga en alguno de estos ámbitos una redistribución del trabajo, o facilitar el acceso al empleo de aquellos ciudadanos que están en situación de desempleo, o la viabilidad o el mantenimiento de empresas en dificultades o cualquier circunstancia análoga (FJ 3º).

b) Se aceptó también que la jubilación forzosa prevista en los convenios colectivos no ha de comportar, necesariamente, la contratación de un nuevo trabajador en el puesto del jubilado, siempre que ello no suponga la amortización del puesto, que podrá ser cubierto por otras fórmulas en uso de las facultades empresariales (movilidad geográfica, promoción interna, etc.), aunque aceptándose también en ocasiones que se produzca la amortización del referido puesto.

Así, la STS de 27-12-1993² recordó que la doctrina consolidada en nuestro sistema de relaciones laborales fija que el mantenimiento a toda costa de un determinado número de puestos de trabajo, en términos absolutos no es configurador del orden público laboral, por lo que no resulta obligado que un convenio colectivo necesariamente haya de incluir ninguna cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desocupados (FD 2º), en tanto que la STS de 2-3-1983³ afirmó que los planes de reconversión y reestructuración, pese a que reduzcan la plantilla, no son opuestos a una política de pleno empleo, sino que, al contrario, pueden ser muy adecuados para la economía del país, así como para los propios trabajadores desocupados, que podrán acceder a un empleo para evitar despidos de personal activo (FD 3º), concluyéndose, en otros pronunciamientos, que estas jubilaciones pueden integrarse en un “marco de actuación”, fijado por las

1. STS 29-10-1990 (RJ 1990\7937), que sigue la doctrina ya apuntada por la STS 28-2-1990 (FJ 1990\1250).

2. STS 27-12-1993 (RJ 1993\10011).

3. STS 2-3-1983 (RJ 1983\1102).

partes negociadoras del convenio con la finalidad de favorecer “el interés supraindividual”, concretado por la continuidad de la actividad empresarial a través de una adecuación progresiva de la plantilla a las necesidades de la producción,⁴ siendo suficiente que se busque la viabilidad de la empresa o la mejora de su funcionamiento o competitividad.⁵ Lógicamente, en esta misma línea, también se aceptó que los convenios colectivos que lo hubieran previsto no obligaran a que el nuevo trabajador contratado lo sea para idéntico puesto o función que el jubilado, ni a que el sustituto lo sea mediante un contrato fijo,⁶ o a que el trabajador estuviera previamente desempleado.⁷

Es importante concluir que la flexibilización introducida por el Tribunal Supremo llevó a interpretar el convenio colectivo como un todo unitario, donde las cláusulas de jubilación forzosa no podían desconectarse de todo el cuerpo convencional, el cual sí debe integrar una determinada política de empleo. Así, el Tribunal Supremo entendió que el objetivo de redistribución del empleo, aunque lo deseable fuera que estuviera explícito en el convenio, nada objetaba que pudiera “presumirse” de la lectura del convenio colectivo.⁸ Cuestión esta última sobre la que volveremos al tratar de los convenios colectivos de la Administración pública en la actualidad, pues tal criterio ya no se mantiene en sede judicial en el momento presente.

Ello nos permite deducir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la práctica real, acabó única-

mente exigiendo que la jubilación forzosa respetara el derecho del afectado a la percepción de una pensión de jubilación contributiva, lo que se deduce de diversos pronunciamientos tales como la STS de 27-12-1993, según la cual los límites de la negociación colectiva al regular la cuestión no se ven afectados por una posible amortización de puestos de trabajo; o el auto del Tribunal Supremo de 18-11-1998, que afirmó que la exigencia de que una empresa adopte alguna medida de promoción del empleo no la contempla la doctrina de la Sala Social del Tribunal, que solo exige que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación (FD 3º).⁹

Pero aún más, incluso en cuanto a esta única exigencia, la doctrina judicial fue también especialmente flexible, ya que no requería tampoco que el trabajador jubilado percibiera el cien por cien de la base reguladora¹⁰ –criterio que como comprobaremos adoptó la Ley de 2005–, habiéndose validado como correctas cláusulas de jubilación forzosa para edades inferiores a los 65 años,¹¹ pese a que ello supusiera aplicar coeficientes reductores en el cálculo de la pensión¹² –criterio que como también podremos observar ha sido corregido en la reforma legal de 2005–, lo que implicaba no un trato discriminatorio, sino un trato “desigual”, por cuanto los trabajadores afectados eran aquellos que podían jubilarse antes de los 65 años por haber cotizado con anterioridad al 1 de enero de 1967.

4. STSJ Andalucía/Málaga de 24-3-2000, FD 2º (AS 2000\605).

5. STSJ Andalucía/Sevilla de 6-11-1998 (AS 1998\7763), que en concreto afirma que la finalidad de política de empleo no tiene relevancia especial ni ha de consistir necesariamente en la contratación de nuevos trabajadores para sustituir a los jubilados, siendo suficiente una medida como la consolidación de contratos temporales.

6. STSJ Cataluña de 18-9-1997 (AS 1997\3125).

7. STSJ Madrid de 24-9-1996 (AS 1996\3541).

8. STS 2-6-1986, FD 2º (RJ 1986\3431).

9. STS 27-12-1993 (FD 3º) (RJ 1993\10011); ATS 18-11-1998 (RJ 1998\10001). El criterio de este auto se confirma en la posterior en el tiempo STS 14-7-2000 (RJ 2000\6630), de especial significación, ya que ante una cláusula convencional donde la jubilación únicamente estaba condicionada a que el interesado pudiera percibir la pensión correspondiente, declaró la corrección de la extinción del contrato. Judicialmente se ha entendido también que si no se cumplía el requisito de carencia mínima, la extinción del contrato no podía calificarse de jubilación, sino como despido (STSJ Aragón de 23-1-2002, AS 2002\325).

10. STSJ Castilla y León/Valladolid de 7-7-1998 (AS 1998\3424).

11. El supuesto resuelto por la STS 7-11-1994 afectaba al artículo 31 del XIII Convenio colectivo del por entonces público Banco Exterior de España, el tenor literal del cual establecía que el Banco podría jubilar obligatoriamente al personal a partir del cumplimiento de los 60 años de edad y en cualquier momento posterior, siempre que en tal momento tuviera acreditados el empleado 15 años, cuanto menos, de servicios efectivos, y tuviera derecho a la pensión de Seguridad Social. La sentencia mencionada entendió que el pretendido derecho del trabajador a que no se le redujera el importe de su pensión de jubilación en los supuestos de avance obligatorio de la edad pensionable, de forma que la cuantía de esta prestación hubiera de ser igual a la que le correspondería percibir a la edad de 65 años, “no tiene el soporte legal y jurisprudencial alegado”. Sin embargo, debe señalarse que en el caso en cuestión el Banco garantizaba el cien por cien del sueldo real, que no de la pensión de jubilación, a través del sistema de mejora voluntaria, aunque no creemos que esta realidad fáctica fuera la que mediatizó la decisión del Tribunal.

12. STS 7-11-1994 (RJ 1994\9065).

3. Antecedentes para el debate (II): la evolución de la jubilación forzosa por razón de edad desde la reforma legal de 2001 hasta la Ley 14/2005 de reforma del Estatuto de los Trabajadores

En este orden de cosas se encontraba la institución de la jubilación forzosa por razón de edad, cuando en primer término a través del Real decreto ley 5/2001 y más tarde por la Ley 12/2001 se procedió a derogar la disposición adicional décima del ET, dando pie a un debate jurídico sobre si era factible o no la incorporación a los convenios colectivos de cláusulas de jubilación forzosa.

Tal debate se centró en dos tesis: una restrictiva,¹³ según la cual la disposición adicional décima suponía la imposibilidad de que la negociación colectiva futura –privada y pública– pudiera fijar cláusulas de jubilación forzosa, y una tesis que, en su momento, denominamos “habilitadora”, según la cual tal derogación no afectó a la capacidad del convenio colectivo para regular la jubilación forzosa;¹⁴ nuestro criterio en ese momento era partidario de la tesis habilitadora, y así lo defendió también una parte significativa de la doctrina laboral,¹⁵ que dio pie a un debate judicial en sede de los tribunales superiores de justicia también contradictorio, con pronunciamientos en ambos sentidos.¹⁶ En palabras de María Emilia Casas, la ley debería haber prohibido expresamente a la negociación colectiva el establecimiento de edades de jubilación para que tal cortapisa fuera válida, reservándose para sí misma la facultad, lo cual no sucedió en España con el Real decreto ley de 2001.¹⁷

No obstante, el Tribunal Supremo consideró que el Real decreto ley de 2001 impuso un “giro copernicano” a la situación, razonando que quizá ello fue motivado por el “uso excesivo de la habilitación convencional y el recelo doctrinal que tal uso había generado”,¹⁸ si bien la propia jurisprudencia reconoce que la derogación de la disposición adicional décima no impidió que sindicatos y patronal continuaran pactando cláusulas de jubilación forzosa, movidos unos y otros por intereses que coincidían: en el primer caso, por la presión e interés de los trabajadores afectados, y en el segundo, por la necesidad de sustituir trabajadores ya mayores por empleados más jóvenes y de menor coste.

Finalmente, el debate expuesto concluyó con dos iniciales sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en Sala General en fecha 9 de marzo de 2004, que entendieron que la derogación de la disposición adicional décima supuso que era ya contrario, a partir de ese momento, al principio de igualdad y al principio de interdicción de la discriminación, la fijación en convenio colectivo de una edad de jubilación forzosa, aunque resultase válida transitoriamente la fijada en convenios anteriores al Real decreto ley 5/2001 y durante el tiempo de su vigencia. En concreto, la STS 2-11-2004¹⁹ formalizó el criterio del Tribunal bajo cinco parámetros:

- La negociación colectiva de una edad máxima de jubilación requiere una habilitación legal, por cuanto afecta al derecho al trabajo constitucionalmente reconocido.

- La disposición adicional décima, anterior a la derogación, recogía esta habilitación, vinculada al límite de que tal jubilación forzosa se apoyara en razones de política de empleo.

13. Defendida, entre otros, por Carlos ALFONSO MELLADO en *La primera reforma laboral del milenio*, IVES, Valencia, 2001, p. 61, aunque con ciertas dudas; ya con más rotundidad, Jordi GARCIA VIÑA en “Regulación en convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa”, *Tribuna Social*, núm. 124/2001, p. 31 a 36; Ignacio ALBIOL MONTESINOS en la obra colectiva “La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001”, Tirant lo Blanch, *Colección laboral*, núm. 118, Valencia, 2001, p. 81 a 86; José María GOERLICH PESET y Ángel BLANCO PELLICER: “La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001 de 9 de julio”, en *Relaciones Laborales*, núm. 11-12/2002, p. 244 y siguientes.

14. Véase al respecto nuestro trabajo “Són possibles les clàusules de jubilació forçosa en la negociació col·lectiva després de la reforma laboral del 2001?”, publicado en la *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2003.

15. Entre otros, Antonio SEMPERE NAVARRO en la obra colectiva *La reforma laboral del 2001. Análisis del Real Decreto Ley 5/2001 de 2 de marzo*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001, p. 171-173. También postularon este criterio los presidentes del Tribunal Constitucional en diversos escritos teóricos; Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER y María Emilia CASAS BAAMONDE en “La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 7/2001, p. 23 y 24.

16. Incluso en el mismo TSJ. Así, las SSTSJ Madrid de 17-12-2002 (recurso 2274/2002) y 5-2-2003 (ref. AJA 585/10) concluyeron que tras la reforma de 2001 la jubilación forzosa equivalía a un despido nulo, en tanto que la STSJ de 11-1-2002 (AS 2002\858) validó la extinción.

17. María Emilia CASAS BAAMONDE: “La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo”, *Relaciones Laborales*, núm. 11-12/2002, p. 88.

18. Por todas, *vid.* STS 22-12-2008 (RJ 2009\1828).

19. STS 2-11-2004 (RJ 2004\8053), en recurso de casación para la unificación de doctrina.

– La derogación implicó la supresión de la habilitación legal, por lo que no era posible ya a partir de ese momento pactar convencionalmente tales cláusulas.

– La derogación respondió a que las razones de política de empleo que existían en España en 1995 ya no se daban en ese momento, e incluso habían sido contrarrestadas por una política de empleo nacional de signo opuesto y por directrices de la Unión Europea.

– La prohibición de pactar cláusulas de jubilación forzosa no afectaba a los convenios firmados con anterioridad y todavía vigentes.

4. Reinicio de la posibilidad de jubilación forzosa por razón de edad: la Ley 14/2005 y la reforma que incluye de nuevo la disposición adicional décima

Tras la victoria del Partido Socialista en las elecciones de 2004, se inicia una presión empresarial y sindical para recuperar la posibilidad que amparaba la disposición adicional décima, derogada tres años antes por el Gobierno del Partido Popular. Ello se patentiza claramente pocos meses después de las elecciones, en la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004 firmada por el nuevo Gobierno, las organizaciones sindicales y empresariales, y que se concretó finalmente en la Ley 14/2005, de 1 de julio, que como tal norma “resucita” (Tribunal Supremo *dixit*) la disposición adicional décima. Sistemáticamente se ubica de nuevo la posibilidad en el “hueco” normativo dejado en el Estatuto de los Trabajadores por parte de la reforma de 2001, y que no se había cubierto formalmente por ninguna disposición posterior.

A partir de aquí, se hace preciso estudiar en términos generales la disposición adicional décima y, en especial, insertarla en el ámbito del personal laboral de las administraciones públicas, tarea nada fácil, como tendremos ocasión de analizar a continuación. En cualquier caso, indicaremos que la disposición adicional aprobada en 2005 sitúa la posibilidad de jubilación por razón de edad en los siguientes parámetros:

– En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo, por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social.

– Para que lo anterior sea válido, es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.

b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización o uno mayor, si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

– Aunque no incorporada en la disposición adicional décima, se mantiene una disposición transitoria única de la Ley 14/1995, según la cual las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, en las que se hubiere pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización, y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para acceder a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, si bien esta disposición no afectará ya a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la entrada en vigor de la Ley.

5. La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral tras el EBEP: inaplicación de las previsiones del Estatuto Básico

Antes de proseguir, debemos valorar si la disposición adicional décima vigente es de aplicación al personal laboral de las administraciones públicas o, por el contrario, se ha matizado o anulado tal aplicación por alguna previsión del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

El EBEP regula en el título IV la “adquisición” y la “pérdida” de la relación de servicio. Aunque el capítulo I, titulado del “acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, trata –aunque no de forma absolutamente homogénea– del acceso a la condición de funcionario y personal laboral, el capítulo II, sobre la “pérdida de la relación de servicio”, se refiere exclusivamente a los funcionarios, de tal manera que el artículo

67 (“jubilación”) únicamente regula la jubilación de los funcionarios, una de las cuales es la “forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida” (artículo 67.1.b), que se declara de oficio al cumplir aquellos los 65 años de edad, si bien es factible la prolongación del servicio hasta los 70 años, en las condiciones que marque la ley en cada momento –la regulación actual o la que en el futuro fijen las leyes de función pública de desarrollo del EBEP, según el artículo 67.3 de este texto legal–.

Esta normativa no puede aplicarse en ningún caso analógicamente ni tampoco supletoriamente al personal laboral de la Administración pública, ni aun en base a una interpretación muy generosa del artículo 7 del EBEP, lo que no impide, sin embargo, que sí pudiera aplicarse si se dan las condiciones que más adelante describiremos, a través de negociación colectiva. En consecuencia, el régimen jurídico de la jubilación forzosa por razón de edad debe buscarse en otra norma, el ET, y más concretamente en la disposición adicional décima.

El régimen jurídico vigente actualmente es el mencionado y descrito con anterioridad, y por ello debemos destacar los diferentes aspectos del mismo, en algunos supuestos no siempre de fácil concreción.

6. La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral. Requisitos fijados por la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (ET)

El ET en ningún caso fija una edad de jubilación forzosa, ni, tampoco, posibilidad de prolongación del servicio de los trabajadores a partir de determinada edad, lo que lo diferencia claramente del Derecho funcional. Y dado que el ET es aplicable al personal laboral y que el EBEP no fija ninguna excepción a esa aplicación, cualquier posibilidad de regulación pasa por lo que dispone el referido Estatuto de los Trabajadores.

En concreto, la disposición adicional décima señala tres criterios para que sea válida una cláusula de jubilación forzosa por edad de un trabajador:

a) Que lo prevea así expresamente un convenio colectivo. Por consiguiente, deberá estar recogido en el convenio colectivo de la respectiva Administración pública o, en el supuesto de ausencia de convenio –especialmente en las corporaciones locales–, por el convenio colectivo sectorial aplicable a cada rama de

actividad del personal de la corporación, de acuerdo con una ya consolidada doctrina judicial del Tribunal Supremo que tiene su origen en 2004. Como cada vez es más general la negociación colectiva laboral en el mundo público y en especial en el local, la norma más usual para regular esta jubilación será precisamente el convenio propio de la Administración pública correspondiente.

b) El empleado público laboral a jubilar deberá acreditar el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social, que es a los 65 años. Por tanto, no es factible fijar edades inferiores, como con anterioridad a la Ley 14/2005 algunos convenios colectivos instituían y la jurisprudencia había corroborado.

c) Que además de los anteriores requisitos, se cumplan otros requisitos de carácter “empresarial” (política de empleo) e individual de cada trabajador (tener derecho a la pensión de jubilación contributiva).

6.1. La regulación en convenio colectivo

El ET no prevé alternativa a esta posibilidad. Por consiguiente, no puede fijarse por contrato de trabajo, ni tampoco incorporarse a las bases de la convocatoria de selección, instituyendo una remisión al EBEP o normativa funcional.

Puede suceder que la Administración pública correspondiente tenga convenio propio que incorpore esa cláusula, si bien esta puede ser anterior a la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio, o posterior. Aunque cada vez son menos los aún vigentes con anterioridad a esa fecha, el ET señala –ya hemos tenido ocasión de reseñarlo– que las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la Ley 14/2005 que incorporasen la jubilación por razón de edad se considerarán válidas y aplicables, si el trabajador afectado tuviera cubierto el período mínimo de cotización a la Seguridad Social y cumple el resto de requisitos para la jubilación contributiva. A pesar de que literalmente la disposición adicional décima del ET no lo requiere, nuestro Tribunal Supremo entiende que también en estos supuestos es preciso que, en el convenio colectivo anterior a tal fecha, se vinculara la jubilación forzosa a “objetivos coherentes con la política de empleo” de la empresa.²⁰

20. STS 22-12-2008, en recurso de casación para la unificación de doctrina (RJ 2009\1828).

Si la cláusula corresponde a un convenio posterior a la Ley 14/2005, habrá que estar a lo previsto en la disposición adicional décima del ET con carácter general.

6.2. Los requisitos a cumplir por los trabajadores afectados

La aplicación de la cláusula de jubilación solo será factible si se dan diversos requisitos en cada trabajador individualmente considerado. En primer lugar, que se trate de un empleado laboral que cumpla 65 años, como mínimo, al ser esta la edad ordinaria de jubilación en la normativa de Seguridad Social. En segundo término, que el trabajador tenga cubierto el periodo mínimo de cotización (15 años), si bien el convenio colectivo podrá exigir un período superior. Finalmente, cumplir todos los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

6.3. La política de empleo prevista en convenio colectivo

Además de los requisitos señalados, la disposición adicional décima del ET obliga a que el convenio colectivo que fije una edad de jubilación deberá vincularse “a objetivos coherentes con la política de empleo”, que se expresarán en la referida norma convencional. Orientativamente, la disposición adicional décima señala cuáles pueden ser esos objetivos:

- La mejora de la estabilidad en el empleo.
- La transformación de contratos temporales en indefinidos.
- El sostenimiento del empleo.
- La contratación de nuevos trabajadores.
- Y, finalmente, como cláusula de cierre –muy ambigua–, cualquier objetivo que se dirija “a favorecer la calidad del empleo”.

La legalidad de tal previsión ha sido incluso validada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En concreto, la STSCE de 16 de octubre de 2007,²¹ que, por instancia de un órgano judicial español, ha examinado la Ley 14/2005, a los efectos de su compatibilidad con el artículo 6 de la Directiva comunitaria 2000/78, de

27 de noviembre, razona que son válidas las cláusulas de jubilación establecidas en los convenios colectivos, siempre que se cumplan dos requisitos: en primer término, que la medida sea justificada, objetiva y razonablemente, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y, en segundo término, que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.

Se hace preciso en este momento determinar el contorno de los referidos “objetivos”, para que a la hora de concretarlos en la gestión de los recursos humanos se tenga una noción lo más próxima posible a las tesis que actualmente defiende la jurisprudencia:

– En primer lugar, la relación de objetivos descritos por la disposición adicional décima no es de *numerus clausus*, sino que debe tomarse a modo orientativo o de ejemplo.²²

– Tal política de empleo no requiere forzosamente que el trabajador jubilado sea sustituido, en su puesto dejado vacante, por un nuevo empleado, sino que la interpretación es mucho más amplia y puede comprender tres grandes áreas: estabilidad, sostenimiento e incremento de la calidad del empleo.

– Quizá la mayor ambigüedad se da en la expresión “calidad del empleo”, y en este sentido es interesante señalar que la jurisprudencia incorpora dentro de estas medidas una pluralidad de supuestos, como pueden ser la promoción profesional, la conciliación de la vida laboral y familiar, o la implantación de innovaciones tecnológicas, entre otras, “que repercutan en la bondad del empleo”.²³

– Se requiere una concreción de esos objetivos, que no pueden limitarse a una reproducción de la ley o la expresión de formas vagas, sino que es preciso que aparezcan de manera concretamente especificada, “alejada de hueca retórica”.

Por ello, no es suficiente que el convenio colectivo haya incorporado medidas de política de empleo: es necesario que estas aparezcan en la norma convencional, de forma expresa, vinculadas a la jubilación forzosa, aunque no es imprescindible que aparezcan en el mismo precepto que regula tal jubilación, sino que pueden indicarse en los artículos que se refieran a la política de empleo y se vinculen, de forma inequívoca y relacionada, con tal jubilación forzosa. En concreto, se ha afirmado que “sobre el cómo han de expresarse los objetivos

21. STJCE 16-10-2007 (TJCE 2007, 272) asunto Palacios de la Villa.

22. En este mismo sentido, STS 12-5-2009 (RCUD) (RJ 2009\3874).

23. Por todas, la antes citada STS 22-12-2008.

coherentes con la política de empleo, la Sala considera –para que los criterios del Tribunal Constitucional no resulten burlados– que para legitimar la validez de las cláusulas de cese forzoso por edad no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera (piénsese en que las citadas innovaciones tecnológicas –por ejemplo– llevan a favorecer la calidad del empleo, pero serían endeble justificación para amortizar por sí solas puestos de trabajo por la vía de la jubilación colectivamente pactada), ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, sin una concreta especificación...”²⁴

A nadie se le escapa que es precisamente esta última obligación de “política de empleo” la que comporta mayores dificultades a las administraciones públicas, por cuanto los términos del precepto están redactados en clave de empresa privada (transformación de contratos temporales en fijos, sostenimiento del empleo, mejora de la estabilidad o favorecimiento de la calidad del empleo), lo que conlleva también plantear si esta exigencia de la disposición adicional décima del ET es contradictoria con las leyes de empleo público y presupuestarias, que fijan criterios restrictivos generalmente en el ámbito de la incorporación de nuevos empleados, o que la estabilidad en el empleo o la transformación de temporales en fijos debe enmarcarse en un proceso selectivo público. Ello nos obliga a plantear con claridad si la disposición adicional décima es aplicable –o es factible su aplicación– a las administraciones públicas, y también comprobar cómo se ha recepcionado en la negociación colectiva más reciente esta circunstancia.

7. ¿Son aplicables los requisitos de política de empleo a las administraciones públicas?: el camino tortuosamente contradictorio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

7.1. Criterio flexible del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la disposición adicional décima a las administraciones públicas: el primer momento de la interpretación judicial

El artículo 59 del II Convenio único del personal laboral de la Administración General del Estado, haciéndose

eco de las exigencias de la Ley 14/2005, instituyó que, “de acuerdo con los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo público se establezcan anualmente en el Real Decreto de Oferta de Empleo Público, la jubilación será obligatoria con carácter general al cumplir el trabajador los sesenta y cinco años de edad”, respetando en todo caso los periodos de carencia para tener derecho a una pensión contributiva, si fuera el caso.

¿Es suficiente una remisión a la normativa de empleo público, como es el caso de la legislación y normativa reglamentaria que regula la selección del personal en la Administración, para dar por cumplimentados los requisitos de la disposición adicional décima del ET?

Los primeros pronunciamientos no fueron siempre homogéneos, pero puede señalarse que había una tendencia a que la Administración debía ser considerada como un “empresario” de contornos diferentes al privado. Así, las SSTSJ de Madrid del año 2008 razonaron que a la Administración no se le puede requerir “una mayor concreción de objetivos, lo que supondría adentrarse en el contenido de la política de empleo del Real Decreto de Oferta de Empleo Público. En definitiva, el art. 59 del II Convenio único de la Administración General del Estado cumple con las previsiones de la disposición adicional décima del ET (...) porque subordina la jubilación forzosa a los objetivos de estabilidad y mejora de empleo público que justifican la oferta anual de empleo público.”²⁵

Aunque referida al Convenio colectivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), el Tribunal Supremo ha tenido ocasión, a lo largo de 2008, de razonar sobre lo antes dicho, una vez que la Audiencia Nacional lo había hecho también, en base al artículo 55 del Convenio colectivo del personal laboral de la AEAT, según el cual la edad de jubilación forzosa eran los 65 años, “en consonancia con lo establecido en la disposición adicional décima (...) y atendiendo a los principios inspiradores de la política de empleo en la Administración General del Estado en orden a la tasa de reposición de efectivos, su concentración en sectores, funciones y categorías profesionales considerados prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, así como la reducción de la temporalidad en el empleo público, con carácter general...”

24. STS 12-5-2009 (RJ 2009\3874).

25. SSTSJ Madrid de 23-6-2008 (JUR 2008\293700) y 15-9-2008 (rec. suplicación 2401/08).

La Audiencia Nacional había certificado la corrección del precepto,²⁶ y valoró la inconcreción o ambigüedad del precepto del convenio colectivo a la hora de plasmar los requisitos exigidos por la disposición adicional décima del ET: “tal aparente abstracción, inconcreción o eternidad no son tales, sino expresión del máximo de concreción al que podía llegar el artículo 51.1 convencional sin afrontarse ilegítima e ilegalmente en unos ámbitos que no le son propios, por serlo de la política de empleo de la Administración, del Real-Decreto sobre la oferta pública de empleo anual y de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada anualidad”. El Tribunal Supremo confirma este criterio en su sentencia de 14 de mayo de 2008,²⁷ razonando lo siguiente:

a) La Audiencia Nacional “acierta” cuando “afirma” que el convenio impugnado expresa todas las concreciones posibles en materia de política de empleo que pueden ser exigidas a una entidad de Derecho Público, que está sujeta a la legislación sobre oferta de empleo.

b) No puede exigirse a la Administración pública, vía convenio colectivo, una mayor precisión en materia de política de empleo, siendo suficientes las antes mencionadas en el artículo referido del Convenio colectivo de la AEAT.

c) Con la cita convencional de la legislación de presupuestos y de oferta de empleo, esto es, con la referencia a un bloque normativo muy específico, se deriva una “política explícita de empleo” que “determina la legalidad del precepto, que de esta forma se ajusta plenamente a las previsiones de la disposición adicional décima del ET y no contiene discriminación alguna por razón de edad.”

7.2. El “vuelco” jurisprudencial: la doctrina emanada de las SSTS de 22 de diciembre de 2008

Con una proximidad en el tiempo sorprendente, el criterio de la STS de 14-5-2008 queda orillado, en lo que la doctrina ha calificado precisamente como “vuelco total”,²⁸ aunque el Tribunal Supremo califica el cam-

bio de criterio como de “matización” de su anterior doctrina.

En dos sentencias de idéntica fecha (22 de diciembre de 2008, en recurso de casación para la unificación de doctrina)²⁹ se cambia de criterio de manera muy específica que mantiene en pronunciamientos posteriores, como las SSTS 14-10-2009³⁰ y 10-11-2009.³¹ Nos aproximaremos a ellas, iniciado el comentario del voto particular, para luego ir al criterio de la mayoría, porque nos permitirá mejor adentrarnos en los razonamientos del Tribunal para corregir el rumbo que pocos meses antes había tomado.

En ambas sentencias aparecen reflejados votos particulares (con un claro antecedente en las tesis de la STS de 14-5-2008) que consideran que los requisitos de la disposición adicional décima del ET no son exigibles a los convenios colectivos del personal laboral de las administraciones públicas.

Precisamente en el RCUO núm. 3460/2006, que resuelve la STS de 22-12-2008, se hace un prolijo detalle de las razones que permiten abogar por tal exclusión, y que podemos resumir en el hecho de que la política de empleo de una Administración pública tiene una proyección normativa externa de obligado cumplimiento, que se deriva de las leyes de presupuestos y las normas que regulan la selección y las ofertas de empleo público.

Por esta razón, en el voto particular mencionado se defiende que el convenio colectivo del personal laboral no necesariamente debe contener más precisiones en materia de empleo, por cuanto tal vinculación se da en los principios de acceso a la función pública, incorporados también en la Ley de presupuestos, que además fija de forma ya habitual límites en las tasas de reposición de efectivos, así como en otras normas (caso del EBEP) que regulan el acceso al empleo público de personas con discapacidad, la consolidación del empleo temporal o la reducción de la precariedad, máxime cuando –como fue objeto en las sentencias señaladas– en el convenio colectivo de referencia aparecían expresamente estas previsiones, como así sucede también en la mayoría de convenios de administraciones públicas.

26. Sentencia de la Audiencia Nacional de 26-2-2007 (AS 2007\2117).

27. STS 14-5-2008 (RJ 2008\3293).

28. Antonio SEMPERE NAVARRO: “Jubilación forzosa de trabajadores en el sector público”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2009 (Tribuna). BIB 2009\1795.

29. SSTs 22-12-2008 (RJ 2009\1614 y 2009\1828).

30. STS 14-10-2009 (JUR 2009\482463).

31. STS 10-11-2009 (JUR 2010\17054).

Esto es, se reafirma tal voto particular en el criterio mayoritario de la STS de 14-5-2008.

Y, siguiendo esta lógica, aunque nada se dijera tampoco, el voto particular referido señala que “aunque el convenio en cuestión se hubiera limitado a establecer la jubilación forzosa a los 65 años de edad, sin ninguna otra contrapartida expresa que no fuera la posibilidad de que el trabajador afectado accediera a la pensión de jubilación, la solución (...) sería la misma porque, tratándose del Estado como empleador (...) cualquier precisión en torno a políticas de empleo en el propio convenio resultaría innecesaria, dado el sometimiento a la legalidad de la Administración en general.”

Por el contrario, en esa sentencia se conforma una mayoría en torno a un cambio de criterio: con una argumentación más reducida, entienden los magistrados que la Administración pública no está eximida de la aplicación de la disposición adicional décima del ET. Al respecto, se efectúan dos reflexiones:

– Las administraciones públicas, cuando contratan laboralmente, están sujetas a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores. Afirmación que, como todos sabemos, a la luz del EBEP es, en no pocas ocasiones, incierta cuando no falsa. Pero en el caso en cuestión, el Tribunal Supremo no establece distinción y de forma lapidaria así concluye.

– Si el Parlamento hubiese querido exceptuar a la Administración, así lo hubiera indicado expresamente, eximiéndola de la contrapartida –política de empleo–, o bien instituyendo que la vinculación a tal política se entiende por cumplida de forma general con la que se deriva de las ofertas de empleo público. Evidentemente ello no sucede en la disposición adicional décima del ET, y aunque el Tribunal Supremo razona que tal exención sería razonable, no corresponde a la jurisdicción proceder a eximir a la Administración “de una contrapartida que normativamente se impone a todos los sujetos empresariales; y menos aún, cuando en época de crisis económica nunca es descartable siquiera tampoco deseable– que en el sector público se produzca una política de empleo restrictiva”,³² purismo judicial a la hora de interpretar la Ley que, sin embargo, el Tribunal no tiene empacho de sortear o ignorar en otros supuestos, como así el supuesto, sin ir más lejos, de la creación *extra legem* de la figura del trabajador indefinido no fijo, absolutamente ajeno al Derecho Laboral.

Tales afirmaciones obligan sin embargo a la jurisprudencia a efectuar dos consideraciones que nos parecen importantes, pese a que se mantiene la conclusión anterior:

– Que no sería irrazonable una “cierta flexibilización formal en la expresión de los objetivos de empleo” en el caso de las administraciones públicas, ya que no pueden obviarse las limitaciones que fijan las normas de empleo público y, en especial, las leyes presupuestarias. Sin embargo, las sentencias no concretan ni trazan las líneas que pudieran incorporarse en este sentido en los convenios colectivos.

– Y como consecuencia de lo anterior, el reconocimiento judicial de la gran dificultad que supone incorporar en la Administración el cese forzoso por edad y su condicionante con políticas de empleo, por cuanto la negociación se hace en base a un convenio colectivo de personal laboral y la política de empleo público, derivada de la ley, se aplica a un ámbito mucho más extenso, hasta el punto de que el Tribunal Supremo afirma que ello es “un claro obstáculo para la aplicación –en los sectores públicos– de la medida extintiva reinstaurada por la Ley 14/2005.”

Ciertamente compartimos esa gran dificultad de plasmación, y también entendemos que el nuevo criterio surgido en la STS de 22-12-2008 es excesivo, y, ciertamente, sitúa en graves dificultades al negociador convencional para concretar políticas de empleo en un período, además, de muy fuertes restricciones presupuestarias y de incorporación de efectivos. Sin embargo, con ánimo de plantear algunas posibles líneas de actuaciones, nuestra valoración crítica iría acompañada de las siguientes propuestas o razonamientos a tener en cuenta por las partes negociadoras:

a) Cualquier medida de jubilación forzosa debe ampararse en lo previsto expresamente en el convenio colectivo de la Administración, que podrá fijar opciones diversas o establecer más o menos requisitos siempre y cuando se respeten los mínimos instituidos en la disposición adicional décima del ET, incluida una remisión a un régimen jurídico equivalente al de los funcionarios locales. Una jubilación forzosa por razón de edad no amparada en el convenio colectivo supone el riesgo cierto de una demanda, y una sentencia condenatoria de despido improcedente.

b) Las cláusulas de jubilación forzosa, incluso aquellas que repitan redactados idénticos a la de los

32. STS 10-11-2009 (RCUD) (JUR 2010\17054).

funcionarios, deben ir unidas siempre a políticas de empleo –lo cual sin embargo no se exige en ningún caso para los funcionarios–, que deben concretarse específicamente en el convenio colectivo, ya sea en el articulado sobre jubilación o bien en las medidas dedicadas expresamente a la referida política de empleo. Si ésta última es la opción elegida, el convenio debe fijar los contenidos de vinculación de aquella con la jubilación forzosa, como por ejemplo estipular que el puesto de cada trabajador jubilado será cubierto por un trabajador fijo previa inclusión en la Oferta de Empleo Público, o que anualmente se ofrecerán por promoción interna tantos puestos como aquellos que queden vacantes a consecuencia de jubilaciones por esta razón, por citar algunas de entre muchas acciones específicas que pueden localizarse en normas convencionales.

c) No existe necesidad de incorporar medidas de política de empleo en los acuerdos de funcionarios en cuanto a la jubilación forzosa por edad. Aunque no es objeto central de este artículo, creemos relevante resaltar que no puede condicionarse la jubilación a los 65 años a una determinada política de creación de empleo funcional, y que ello no es discriminatorio para el personal funcionario frente al laboral. Para el Tribunal Constitucional, nos hallamos ante dos regímenes jurídicos diferentes, cuya igualdad de trato entre ellos no se deduce de la Constitución, de forma tal que si la distinción entre personal funcionario y laboral es una opción constitucionalmente legítima, también lo es la diferencia entre los elementos que configuran cada una de las relaciones jurídicas,³³ lo que ha supuesto afirmar que la fijación de una edad máxima de jubilación desconectada del marco de una política de empleo es “típica del modelo funcional”, y que la legislación de función pública “no contiene obligación en este sentido”.³⁴

d) La dificultad evidente es que “los objetivos coherentes con la política de empleo” únicamente se incorporen desde una perspectiva laboral, dejando a un lado al personal funcionario. Por ello, tratar tal política de empleo en la Mesa de materias comunes prevista en el artículo 36.3 del EBEP sería una solución coherente y adecuada, si bien, dada la actual redacción de la disposición adicional décima del ET, su concreción formal

–para el personal laboral– deberá hacerse siempre y en todo caso a través de convenio colectivo.

e) En el momento presente, los convenios colectivos de personal laboral deberían explorar algunas vías, tanto al amparo del EBEP como de la disposición adicional décima del ET, ya que, como señala la STS 14-10-2009, en recurso de casación para la unificación de doctrina, al estar sometidas las administraciones al principio de legalidad y jerarquía, “difícilmente pueden negociar en un convenio colectivo las medidas previstas en el apartado a) de la disposición adicional décima”. En concreto, a nuestro juicio, ante la dificultad evidente de que la política de empleo vinculada a la jubilación forzosa se canalice en políticas selectivas, las hipótesis más factibles se concretarían en:

– La disposición transitoria cuarta del EBEP, que regula la consolidación del empleo temporal en plazas presupuestadas y ocupadas con anterioridad al 1 de enero de 2005. Aunque este proceso de consolidación es voluntario, según expresa la disposición transitoria cuarta, sería una buena herramienta para ser tenida en cuenta en el convenio colectivo, máxime cuando la Ley de presupuestos del Estado establece que la tasa de reposición de efectivos (muy disminuida ya en 2010) no se ve afectada en cuanto a tal consolidación de empleo precario.³⁵

– Explorar las fórmulas que permite la expresión *in fine* de la disposición adicional décima a) del ET, cuando se refiere a objetivos coherentes con la política de empleo, tales como “(...) cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”. Calidad que se puede concretar en numerosos aspectos en nuestras administraciones públicas, aun pese a estar inmersas en época de crisis: formación de los empleados, políticas de promoción, régimen de ayudas sociales, política de seguridad y salud en el trabajo, introducción de nuevas tecnologías en el trabajo que permitan una mejor calidad, políticas de conciliación de la vida personal y laboral. En resumen, como afirmó la propia STS de 22-12-2008, que repercutan en “la bondad en el empleo”.

f) Y finalmente, respondiendo al “dónde” deben insertarse esas cláusulas de empleo dentro del convenio colectivo del personal laboral, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ello se resuelve mediante una expresa referencia a las mismas, sin que sea posible

33. Entre otras, SSTC 57/1982, 90/1984 y 99/1987.

34. STSJ País Vasco 18-10-1993 (AS 1993\4293).

35. Artículo 23.2, segundo párrafo, de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2010.

una justificación *ad extra* de ellas. No será suficiente que el convenio colectivo pacte concretas medidas de política de empleo: es preciso que el convenio haga una referencia expresa a la vinculación entre el cese por edad del personal laboral y las medidas de empleo. Sujeción expresa, por cuanto el Tribunal Supremo ha señalado que la disposición adicional décima no emplea los términos “estará justificada” o “habrá de justificarse”, sino que utiliza una expresión [“deberá vincularse a objetivos (...) expresados”] que “comporta un enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables a posteriori en el proceso.”

No obstante, tal vinculación no debe llevarse a cabo en el mismo precepto regulador de la jubilación forzosa, sino que podrá ubicarse cuando se regulen las concretas medidas de política de empleo o en algún otro precepto, pero tal como señala el Tribunal Supremo, “siempre de forma inequívoca y relacionada”.³⁶

8. A modo de conclusión: aproximación al tratamiento en la negociación colectiva de la doctrina del Tribunal Supremo sobre jubilación forzosa por razón de edad en la Administración pública

Sin ánimo de exhaustividad, pues se sitúa más allá de la finalidad de este artículo, no queremos concluir sin efectuar algunas referencias a las líneas básicas que la negociación colectiva laboral de la Administración ha

seguido, en los últimos tiempos, a la hora de incorporar cláusulas sobre jubilación forzosa por razón de edad. Podemos extraer de esta consulta los siguientes parámetros:

– No se ha producido un traslado generalizado al régimen laboral de las previsiones de la Ley de función pública, que prevé una jubilación forzosa a los 65 años y la posibilidad a juicio del funcionario de prolongar el trabajo hasta los 70. Las partes han optado, cuando lo regulan, por situar la edad de jubilación forzosa en los 65 años, línea negociadora que ya acontecía con la derogada disposición adicional décima del ET de 1995.³⁷

– La opción de los 65 años como edad de jubilación generalmente no cumple los requisitos de la disposición adicional décima del ET, pues no es nada inusual una simple referencia a esta edad sin acompañar ningún requerimiento más,³⁸ todo lo más el cumplimiento de los periodos de carencia para obtener una pensión contributiva,³⁹ aunque a veces se añaden algunas previsiones que entendemos que difícilmente pueden considerarse política de empleo, como es incorporar planes de pensiones para la plantilla de la Administración⁴⁰ o dotar económicamente con un premio de jubilación la jubilación a los 65 años.⁴¹

– Sin embargo, algunos convenios incorporan cláusulas aparentemente en línea con la disposición adicional décima, pero en términos altamente generalistas, que no parece cumplan los mínimos requeridos por la jurisprudencia más reciente.⁴² En esta línea se reitera el

36. STS 12-5-2009 (RJ 2009\3874).

37. Entre las excepciones recientes muy aisladas, previendo la posibilidad de prórroga más allá de los 65, el artículo 22 del CC del Senado (BOCM núm. 246 de 16-10-2009), si bien con límites: es factible la denegación justificada, y en ningún caso el trabajador podrá continuar ocupando un puesto que tenga asignado un complemento de destino.

38. Sin más referencia que a la jubilación forzosa a los 65 años, CC de la Diputación Provincial de Almería (artículo 42, BOP Almería núm. 43 de 4-3-2009), CC del Ayuntamiento de Puertollano (artículo 23.1, BOP Ciudad Real núm. 170 de 5-6-2009), o CC del Ayuntamiento de Breda (artículo 52, DOGC 23-2-2010).

39. Artículo 22 del CC del Congreso de los Diputados (BOCM núm. 193 de 15-8-2009); CC de la Diputación Provincial de Girona, artículo 37 (DOGC núm. 5332 de 5-3-2009); CC del Consejo de Estado, artículo 20 (BOCM núm. 130 de 2-6-2008).

40. Con simple referencia a los periodos de carencia y en el mismo apartado regulando un plan de pensiones, CC de la Diputación Provincial de Valladolid, artículo 25 (BOP Valladolid núm. 175 de 1-8-2009). Sin concretar la edad, pero fijando gratificaciones por jubilación anticipada, CC de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, artículo 64 (BOCM núm. 145 de 20-6-2009).

41. El CC del Ayuntamiento de Isla Cristina fija en 65 años la jubilación forzosa y un “premio” que oscila entre 1300 y 2800 euros según la antigüedad en el Ayuntamiento entre 5 o 20 –o más– años de permanencia (artículo 54) (BOP Huelva núm. 93 de 18-5-2009).

42. CC del Gobierno de Cantabria (BOC núm. 3 de 12-2-2010): “Con el objeto de desarrollar en el ámbito del personal laboral el objetivo de una coherente y adecuada renovación de las plantillas y de desarrollar, asimismo, una adecuada política en materia de contratación de nuevos trabajadores al objeto de coadyuvar al sostenimiento del empleo público de acuerdo con los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo público que se establezcan anualmente en el Decreto de Oferta de Empleo Público, se hace necesario fijar un edad de jubilación del personal laboral que permita desarrollar el conjunto de medidas anteriormente referidas”; con menor descripción, VI CC de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que prevé la jubilación a los 65 años “con el fin de promover el sostenimiento del empleo y favorecer la contratación estable de nuevo

III CC del personal laboral de la Administración General del Estado de 2009⁴³ (artículo 59), pese a las sentencias mencionadas con anterioridad.

– No pocos convenios continúan sin incorporar ninguna regulación, por lo que no será posible imponer a sus empleados públicos laborales la jubilación por razón de edad,⁴⁴ cuando no se obra bajo la creencia de que la legislación prevé una edad de jubilación, confundiendo en realidad el derecho a la prestación a partir de los 65 años regulada en la Ley general de Seguridad Social con la posibilidad de fijar una edad forzosa.⁴⁵

– Otros convenios, sin embargo, incluyen compromisos en materia de empleo, ya sea previendo la convocatoria de las plazas dejadas vacantes por jubilación,⁴⁶ con medidas de estabilidad del empleo temporal, con previsiones de dudosa legalidad,⁴⁷ y en otros se denota un esfuerzo para incorporar los criterios de la disposición adicional décima del ET, aunque por lo general son minoría entre los publicados,⁴⁸ y sin perjuicio de señalar que los compromisos que se adoptan (no amortización de las plazas, convocatoria de las que queden vacantes por jubilación, consolidación de empleo temporal,⁴⁹ etc.) pueden colisionar con las previsiones legales sobre reposición de efectivos, por

lo que se reafirmaría la tesis que hemos comentado de que es muy difícil implementar políticas de empleo en las administraciones si la opción escogida es la de una política de empleo exclusivamente vinculada a la selección o cobertura de plazas vacantes.

Creemos que se puede afirmar, como conclusión final, que la negociación colectiva del personal laboral tiene ante sí una necesidad de afinar mucho en la regulación de la jubilación forzosa; este ajuste jurídico parece haberse obviado a lo largo de los últimos años –y también en la regulación pretérita, pues al amparo de la disposición adicional décima del ET de 1995 tampoco la regulación convencional fue prolija–, ya que es difícil localizar convenios colectivos que realmente cumplimenten los requisitos marcados por la disposición adicional décima del ET, y aún más por los requerimientos estrictos instituidos por el Tribunal Supremo a partir de 2008 y confirmados por pronunciamientos posteriores. ■

personal y la mejora de la calidad del empleo” (artículo 77.4.1), DOCLM núm. 112 de 11-6-2009; superando en parquedad al anterior, CC de la Administración de La Rioja: “Con la finalidad de favorecer la estabilidad en el empleo, se establece la jubilación ordinaria...” (artículo 53), BOLR núm. 34 de 13-3-2009; CC del Ayuntamiento de Benavente: “...todo con el objetivo de fomentar nuevas contrataciones dentro de una política de empleo que persigue dar oportunidades laborales a nuevos trabajadores” (artículo 27, BOP Zamora núm. 102 de 4-9-2009); en idéntica línea, CC de la Diputación Foral de Vizcaya, artículo 93 (BO de Bizkaia núm. 48 de 11-3-2009), Ayuntamiento de Santa Eugènia (artículo 32, BOIB núm. 59 de 3-9-2009), o CC del Ayuntamiento de Valladolid (artículo 42, BOP Valladolid núm. 28 de 4-2-2010).

43. BOE núm. 273, de 12-11-2009.

44. Entre otros muchos, I CC del Parlamento de Canarias (BO Sta. Cruz Tenerife núm. 226, 18-11-2009), y numerosos convenios colectivos locales de pequeñas y medianas corporaciones.

45. Así, “tanto la jubilación voluntaria como forzosa del empleado público se regirán conforme a lo dispuesto en la legislación vigente”. CC del Ayuntamiento de Caspe, artículo 34 (BOP Zaragoza núm. 181 de 8-8-2009).

46. Artículo 28.1 del CC del Ayuntamiento de Mieres, que fija el compromiso de convocar las plazas dejadas vacantes por parte del personal laboral jubilado sin que sea posible la amortización (BOPA núm. 3 de 5-1-2010).

47. Así, en el CC del Ayuntamiento de Mieres se prevé la conversión en fijos de los trabajadores temporales que acumulen más de 3 años de servicios temporales para la corporación, si en su momento superaron todos los ejercicios de un proceso selectivo pero no obtuvieron plaza fija y pasaron a formar parte de una bolsa de trabajo (artículo 28.1, segundo párrafo).

48. El CC de la Universidad de Santiago de Compostela prevé que la jubilación a los 65 años será obligatoria como medida de promoción del empleo, comprometiéndose la Universidad a constituir una “bolsa de empleo” con las vacantes que se produzcan por esta razón, “incluyendo en sus ofertas de empleo plazas de idéntica categoría profesional u otras de distinta categoría que se creen por transformación de las citadas vacantes” (artículo 81), DOG núm. 252, de 30-12-2008; el CC de la Universidad de Extremadura afirma que “dada la situación de desempleo actualmente existente y con objeto de fomentar una política de promoción de empleo durante la vigencia de este convenio, particularmente mediante la contratación de nuevos trabajadores, la jubilación será obligatoria...” (artículo 103), que se cohonestaba con la obligación de que las plazas vacantes por jubilación no podrán ser amortizadas y serán cubiertas por los métodos fijados en el convenio, en la misma categoría profesional o en otra similar o inferior en que pudiera transformarse (DOE núm. 146, de 22-12-2007).

49. Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Barcelona, anexo I sobre condiciones del personal laboral, artículo 8: “la jubilación es obligatoria cuando el trabajador/a cumpla la edad de 65 años. Con la finalidad de mejorar la calidad de la ocupación, arbitrar los planes de relevo que mejoren el servicio público y las políticas de no discriminación por motivo de edad, se convocarán anualmente las plazas de plantilla ocupadas temporalmente” (DOGC núm. 5503 de 11-11-2009).

El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas¹

Matilde Carlón Ruiz

Profesora Titular de Derecho Administrativo UCM.

Letrada del Tribunal Constitucional

- 1. Diez años de servicio universal de telecomunicaciones en España como técnica de servicio público en un contexto liberalizado**
- 2. Claves de la regulación de la técnica de servicio universal de telecomunicaciones: principios y características**
- 3. QUÉ: contenido del servicio universal de telecomunicaciones. Los cuatro elementos del servicio universal en la actualidad y en el futuro inmediato**
 - 3.1. Acceso a la red pública telefónica desde una ubicación fija
 - 3.2. Guías telefónicas y servicios de información
 - 3.3. Oferta suficiente de teléfonos públicos de pago
 - 3.4. Especial atención a discapacitados y usuarios con necesidades sociales especiales
- 4. QUIÉN: mecanismos de designación del operador obligado a prestar el servicio universal. De la designación directa a la licitación pública**
- 5. CUÁNTO: el carácter asequible del servicio universal en conexión con la cuestión de la financiación. La creación del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal**

1. Diez años de servicio universal de telecomunicaciones en España como técnica de servicio público en un contexto liberalizado

Han pasado quince años desde que el Consejo de la hoy Unión Europea publicara una primera Resolución sobre los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones,² y más de diez desde que esta técnica de servicio público se incorporara por primera vez, propiamente, en nuestro ordenamiento, a través de la primera Ley general de telecomunicaciones, aprobada como Ley

11/1998, de 24 de abril (LGTel98). En este período crucial para el definitivo asentamiento del régimen vigente, plenamente liberalizado, de las telecomunicaciones españolas, esta nueva técnica –reconversión en el nuevo entorno de la más clásica técnica de servicio público sustentada en la titularidad global de la actividad–, se ha consolidado plenamente, sin perjuicio de haber sufrido ella misma una evolución que es, *per se*, expresiva del proceso en el que se incardina. Resulta, de este modo, especialmente atractivo volver sobre su régimen jurídico,³ no ya desde una perspectiva estática, haciendo foto fija de su régimen vigente,

1. Este texto se ofrece como versión escrita de la Ponencia que, bajo el título “El servicio universal de telecomunicaciones”, ofreció la autora dentro del Curso de Derecho de las Telecomunicaciones organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, el CGPJ y el INAP, en la sesión del día 7 de octubre de 2009.

2. Vid. Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1994, relativa a los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones, en DO C 048/1, de 16 de febrero de 1994; su antecedente, la Propuesta de Resolución del Consejo presentada por la Comisión el 15 de noviembre de 1993 para el desarrollo del servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, en COM(93) 543 final; y su consecuente, la Declaración de la Comunidad sobre la Resolución del Consejo relativa al servicio universal en el sector de las telecomunicaciones, 94/C 48/06, DO C 48, de 16 de febrero de 1994.

3. De este tema nos hemos ocupado ya en varias ocasiones. En particular, en nuestra monografía, publicada en 2007 en Thomson-Civitas, bajo el título de *El servicio universal de telecomunicaciones*. Una versión sintética de muchas de sus reflexiones se puede encontrar en el artículo del mismo título publicado en el núm. 171 de la *RAP*, septiembre-diciembre de 2006, p. 35-78.

sino poniéndolo en perspectiva en función de su evolución en el período transcurrido y en su posible evolución futura a la vista de algunas novedades recientes –materializadas o anunciadas– en su regulación. De este modo, el servicio universal de telecomunicaciones adquiere interés por sí mismo, desde una perspectiva sectorial, pero también como referente general en el contexto de la necesaria reconstrucción de las técnicas jurídicas que se deriva de la transición del concepto de servicio público, en el sentido más clásico, al concepto comunitario de “servicio de interés económico general”.

Es, no en vano, en la mutación de la actividad económica de telecomunicaciones desde su conceptualización como servicio público en sentido estricto a la de servicio de interés económico general, en lo que –en definitiva– calificamos de liberalización de esta actividad auspiciada desde las instancias comunitarias, en la que debemos incardinar la implantación de la técnica de servicio universal de telecomunicaciones. En los años noventa del pasado siglo, se desarrolló una política comunitaria en materia de telecomunicaciones cuyo objetivo confesado no era otro que abrir, paulatinamente, a la competencia el sector, para lo que se fueron aprobando sucesivos “paquetes” de normas –particularmente directivas–.⁴ De lo que se trataba, en definitiva, era de romper de forma progresiva con el régimen del que se partía –la declaración de todas las actividades de telecomunica-

ciones como un servicio público o, lo que es lo mismo, de titularidad pública, lo que se concretaba en nuestro ordenamiento en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones (LOT)⁵ y en el sucesivo contrato del Estado con Telefónica de 26 de diciembre de 1991–⁶ para pasar a la configuración vigente, estrenada con alcance pleno desde la citada Ley 11/1998, y que se basa en la consideración de las telecomunicaciones como actividades abiertas a la libre competencia bajo la peculiar conceptualización como “servicios de interés económico general”. De eso trata, en definitiva, ni más ni menos, todo proceso de liberalización –de abrir márgenes a la libertad de empresa en ámbitos previamente reservados en mano pública–,⁷ y eso ocurrió en el caso de las telecomunicaciones como consecuencia debida de la obligada transposición de las sucesivas directivas comunitarias en la materia.

La clave está, sin embargo, en que en la liberalización de las telecomunicaciones el objetivo del proceso no se agota en la apertura a la competencia de todas las actividades de telecomunicaciones, antes reservadas a la titularidad pública. Y ello porque el proceso no genera por sí mismo una transmutación, una metamorfosis de las actividades en cuestión, que siguen integrando un fuerte contenido de “interés general” como actividades prestacionales que, por su propia naturaleza, son imprescindibles para la interdependencia social,⁸ lo que

4. Se trata de un proceso liberalizador bien conocido, sobre cuyas claves nos permitimos dirigirnos a CARLÓN RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 2000, p. 79-112, y la bibliografía allí citada.

5. El artículo 2.1 de la LOT vino a dotar –por fin– de rango de Ley a una *publicatio* que hasta entonces estaba implícita en el contrato del Estado con la antecedente de la actual Telefónica –el primero, de 1924 y el sucesivo de 31 de diciembre de 1945, sustancialmente idéntico al anterior–, a través del cual aquel concedía a esta empresa, en régimen de monopolio, la gestión indirecta de la práctica totalidad de las actividades de telecomunicaciones. Obsérvese, con todo, que en la lógica del servicio público más clásico, la titularidad pública de la actividad no implica necesariamente monopolio de gestión, sea esta directa o indirecta.

6. *Vid.* Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 14 de enero de 1992, por la que se dispone la publicación del contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores entre la Administración del Estado y “Telefónica de España, Sociedad Anónima” (BOE de 23 de enero de 1992). Este contrato se mantuvo parcialmente vigente hasta el 1 de agosto de 2003, fecha en la que se aprobó el acuerdo del Consejo de Ministros para su transformación en el marco de la LGTel98, a pesar de que ya se había aprobado la Ley 32/2003.

7. En este sentido, asumimos el concepto más inmediato de liberalización como paulatino proceso de introducción de competencia en una actividad previamente sometida a titularidad pública. Este concepto se corresponde, en último término, con el que se contiene en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que define “liberalizar” como “hacer liberal en el orden político o en el social a alguien o a algo”, donde “liberal” se entiende –en su acepción sexta– como “partidario de la libertad individual y social en lo político y de la iniciativa privada en lo económico”.

8. En este punto, conscientemente, parafraseamos a DUGUIT, L., *Les transformations du Droit Public*, Colin, Paris, 1913, p. 50, para quien, “en suma, la noción de servicio público parece que puede formularse así: toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”. Es inevitable coincidir con MARTÍN REBOLLO, L., “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, vol. III, p. 2471-2542, y, más recientemente, “Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Público-Libro-homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, op. cit., p. 629-632 y 644-645, cuando defiende la vigencia de la tesis de DUGUIT sobre el servicio público en sentido amplio sobre la base de insistir en el elemento finalista implícito en el mismo.

queda perfectamente expresado en la calificación de las mismas, por la normativa comunitaria, como “servicios de interés económico general”, de modo que los poderes públicos no pueden desentenderse de su garantía, bajo unos estándares básicos y en condiciones tasadas de calidad y precio, a todos los ciudadanos.

En la propia formulación de este concepto comunitario, acuñado originalmente en el bien conocido artículo 86.2 del Tratado, se hace expreso el difícil equilibrio entre los dos polos que, en tensión, integran la naturaleza peculiar que en el marco europeo es consustancial a actividades como las telecomunicaciones: son servicios “económicos”, de mercado, de prestación vocacionalmente competitiva, pero no servicios económicos cualquiera, dado que en ellos confluye un “interés general” derivado de su carácter esencial para el desarrollo individual y social. ¿Cómo se resuelve esta tensión? Tal y como se desprende del propio artículo 86.2 TCE, en términos sustancialmente trasladables al juego entre el artículo 128.2 y el 38 de nuestra Constitución, donde la libre competencia es la regla, no cabe descartar que se produzcan excepciones a la misma en aras a garantizar el interés general implícito en determinadas prestaciones esenciales. En definitiva, donde falle el mercado para garantizar ciertos niveles de prestación de los servicios cualificados como “de interés (económico) general”, los poderes públicos deben intervenir –excepcionalmente y de forma subsidiaria– para garantizar el acceso de todos los ciudadanos a esos servicios esenciales, y lo harán a través de la técnica más apropiada a tal fin. Técnica que, en el caso de las telecomunicaciones, las propias normas comunitarias han identificado con el servicio universal de telecomunicaciones.

Obsérvese, en todo caso, que el proceso liberalizador obliga, en ese juego regla-excepción, a repensar las técnicas dirigidas a garantizar a todos los ciudadanos determinadas prestaciones de los llamados servicios de interés económico general. Rota la titularidad

pública omnicomprensiva de la actividad como exigencia primera de la liberalización, debe identificarse para cada ámbito sectorial la técnica más oportuna, operación que, tal y como tiene advertido la Comisión Europea en distintos documentos aprobados en la materia, entre los que destaca la Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa, en la versión última de 20 de septiembre de 2000,⁹ deberá estar guiada por tres principios fundamentales: el principio de neutralidad –entre operadores públicos y privados–;¹⁰ el principio de proporcionalidad en aplicación del propio apartado 2 del artículo 86 TCE, muy especialmente, y el principio de libertad de los estados miembros para determinar cuáles sean estos servicios y su propio alcance, sin perjuicio del control de los “errores manifiestos”. Principio este último que conecta con el de subsidiariedad, pero que no impide que en ciertos casos, como es precisamente el de las telecomunicaciones, las propias instancias europeas se hayan adelantado en la definición de unos estándares a nivel comunitario, precisamente a través del servicio universal, configurándolo así como una técnica peculiarísima de servicio público.

2. Claves de la regulación de la técnica de servicio universal de telecomunicaciones: principios y características

Podemos afirmar, pues, que el servicio universal de telecomunicaciones es una nueva técnica de servicio público, quizás la más peculiar, cuya introducción solo se explica como pieza del proceso de liberalización de este sector. Es más, en su concreta regulación se ha hecho reconocible, de forma sucesiva, la evolución misma del propio proceso de liberalización de las telecomunicaciones, cuya lógica se explica en la migración desde una normativa sectorial, de aplicación *ex ante* –sobre la premisa de la inexistencia de competencia

9. A una primera versión de 1996 (*vid.* DOCE C-281/3, de 26 de septiembre de 1996), siguió la vigente: Comunicación de 20 de septiembre de 2000 (*vid.* DOCE C-17/4, de 19 de enero de 2001). *Vid.*, sucesivamente, el *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General* de 21 de marzo de 2003 [COM(2003) 270 final], con el que la Comisión Europea quiso abrir un debate a nivel comunitario sobre la conveniencia de adoptar una Directiva marco en la materia, opción esta que ha sido rechazada por el momento. Así ha quedado reflejado en el Libro Blanco de 12 de mayo de 2004 [COM(2004) 374 final]. Sobre el concepto comunitario de servicio de interés económico general hemos tratado más ampliamente en CARLÓN RUIZ, M., “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Dir.), *Derecho de la regulación económica. Parte general*, Iustel, Madrid, 2009, p. 463-535.

10. Este principio, acuñado en el artículo 295 TCE, tiene una consecuencia fundamental, que recuerda la propia Comisión Europea en su Comunicación de 20 de septiembre de 2000, cuando concluye que la calificación de una actividad como servicio de interés económico general “no impone la privatización de las empresas públicas” (epígrafe 21).

efectiva— y de tendencia asimétrica —en aplicación de un estatuto peculiar a determinados operadores en el mercado—, hacia las reglas generales del Derecho de la competencia, que se caracteriza, inversamente, por su carácter general, *ex post* y simétrico, de modo que la aplicación transitoria y cada vez menos intensa de aquella normativa es instrumento útil para lograr la deseada reconducción del sector al Derecho general de la competencia. Y ello sobre la base de entender que una vez que una actividad ha quedado plenamente abierta a las reglas del mercado, logrando asentar una competencia efectiva, el Derecho de la competencia ha de bastar para reaccionar frente a los riesgos para la propia competencia. En nuestro ordenamiento, este proceso se identifica en la sustitución de la derogada LGTel98 por la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (LGTel03), que ha venido a trasponer la vigente Directiva 2002/22/CE,¹¹ y que se completa, por lo que ahora interesa, y limitándonos a la normativa vigente, por el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante el Real decreto 424/2005, de 15 de abril (RSU05), y puntualmente modificado por el Real decreto 329/2009, de 13 de marzo, y la Carta de los derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Real decreto 899/2009, de 22 de mayo.

En la vigente LGTel03, como en su antecedente de 1998, las telecomunicaciones —o, siguiendo su nueva nomenclatura, en plena sintonía con la normativa comunitaria en la materia, las comunicaciones electrónicas— son consideradas “servicios de interés general que

se prestan en régimen de libre competencia” (artículo 2.1). Se reconocen, pues, sin perjuicio de las variantes terminológicas, como servicios de interés económico general, lo que se ha traducido en la previsión de un sistema de “obligaciones de servicio público” entre las que destaca el “servicio universal”.

El servicio universal es, en efecto, una —la más importante y más típica— de las llamadas “obligaciones de servicio público”, especie peculiar dentro de este género. Tales obligaciones, de ahí su nombre, se identifican como suplementarias a las que se integran en el estatuto básico del operador de comunicaciones electrónicas, de modo que se imponen a uno o varios operadores como medio para responder a los fallos en que pueda incurrir el mercado cuando se trata de garantizar espontáneamente determinadas prestaciones a los ciudadanos.¹² Clave es este carácter prestacional de las “obligaciones de servicio público”, que permite distinguirlas de las “obligaciones de carácter público” contempladas en la misma LGTel03 en relación con elementos accesorios a los servicios,¹³ y que se vincula con el carácter esencial de las prestaciones en cuestión, lo que en el caso del servicio universal suma la nota misma de la universalidad, en la medida en que se trata de prestaciones que deben garantizarse a todos los ciudadanos.¹⁴

Resulta así que el servicio universal de telecomunicaciones puede ser identificado, parafraseando la propia definición legal, como un estándar básico, fijado prioritariamente a nivel europeo, de servicios y facilidades de comunicaciones electrónicas, cuya prestación debe ser garantizada a todos los ciudadanos, a un precio asequible y con una calidad determinada, con independencia de sus concretas circunstancias geográficas, económicas y sociales y físicas.¹⁵ Planteamiento

11. Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal), publicada en DOCE L 108/51, de 24.04.2002.

12. Con estas obligaciones se pretende, en los términos de lo dispuesto en el artículo 20 de la LGTel03, “garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad en todo el territorio nacional a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado.”

13. Estas obligaciones de carácter público se identifican por la propia LGTel03 como obligaciones que pretenden garantizar necesidades o valores en los que concurre, igualmente, el interés general, pero referidos a elementos accesorios a los servicios, no a su propio contenido prestacional. Se trata de la protección de los derechos fundamentales implicados en los procesos de comunicaciones electrónicas, el secreto de las comunicaciones, la protección de datos personales y la protección de consumidores y usuarios, tal y como disponen los artículos 33 a 38 LGTel03 y el artículo 23.d) RSU05.

14. La noción de “universalidad” —sin connotaciones técnico-jurídicas— es consustancial a toda fórmula histórica de intervención pública cuyo fin sea el aseguramiento de ciertas prestaciones a la colectividad. No ha de resultar, por ello, paradójico que, tal y como nos recuerda CASSESE, S., “La retorica del servizio universale”, en FROVA, S. (Coord.), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Instituto di Studi e Analisi Economica, Giuffrè, Milán, 1999, p. 91-93, el término “servicio universal” se utilizara precisamente por primera vez para asegurar el monopolio de ATT sobre las telecomunicaciones norteamericanas, como justificación de la necesidad de interconectar las redes de telefonía preexistentes.

este que, en su definición misma, permite identificar en el servicio universal los elementos que le son consustanciales: accesibilidad y asequibilidad y, de forma conexa, calidad. Siendo la cuestión de la calidad accesoria –lo que no implica, ni mucho menos, reducir su importancia– los elementos de accesibilidad física y asequibilidad están en el mismo tuétano del servicio universal: de poco sirve garantizar la conexión a la red de comunicaciones electrónicas en todo el territorio –tanto en zonas rurales, incluso en zonas de orografía complicada, como en el centro de los núcleos urbanos– si no se controlan los precios a cobrar por tal conexión –minorando los costes de la conexión más alejada o siendo sensible a las posibilidades de los abonados socialmente más débiles, aunque residan en núcleos urbanos–. Lo mismo sirve, aunque no lo haga explícito el artículo que define el servicio universal –lo que es de lamentar–, cuando se trata de hacer no solo accesibles, sino –también– asequibles los elementos que componen el servicio universal a los usuarios con discapacidades que resulten relevantes a tales efectos, especialmente las auditivas o visuales.

No bastan, sin embargo, los tres elementos citados para caracterizar plenamente el servicio universal. A la accesibilidad, asequibilidad y calidad, que caracterizan el alcance del servicio universal, hay que unir otros elementos o criterios que permiten delimitar su contenido. En primer lugar, su carácter evolutivo en atención a los cambios tecnológicos y, de forma muy vinculada, económicos y sociales a los que habrá que atender para concretar en cada momento y lugar el ámbito de esta específica obligación de servicio público. Carácter evolutivo que solo se puede entender a la luz del principio de subsidiariedad –respecto del mercado– (esa es la lógica misma de los servicios de interés económico general), lo que puede tener tanto un efecto ampliador como reductor, en la medida en que una nueva prestación se generalice u otra quede obsoleta, y en función de un dato clave: el carácter esencial, básico, *de minimis* del servicio universal. Se trata, en definitiva, de fijar de forma dinámica el

estándar de prestaciones que, siendo reconocibles como parte integrante de las necesidades colectivas, no son de garantía plena, en términos espontáneos, por el mercado, debido, en último término, a su falta de rentabilidad, lo que se manifestará en un doble plano: primero, en el normativo, en la definición por las normas, primero comunitarias, del alcance del servicio universal; en segundo lugar, en el plano de la aplicación, en tanto en cuanto solo será preciso designar a un operador –en los términos que veremos– para prestar el servicio universal normativamente definido, cuando se observe que el mercado no garantiza su prestación espontáneamente.

A la vista de todo lo anterior, no ha de extrañar que el Derecho positivo –concretamente el artículo 20.3 de la LGTel03 y los artículos 24 y 26 del RSU05– identifique como principios que presiden todo el régimen del servicio universal los de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia, aplicables con carácter general en relación con el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. Confluye, así, en la regulación del servicio universal, la doble tradición que –al menos en apariencia– entra en pugna en la traslación del servicio público al servicio de interés general que, como hemos visto, caracteriza los procesos de liberalización: por una parte, la tradición francesa del servicio público más clásico –identificado por los principios de igualdad/no discriminación/disponibilidad, continuidad/permanencia y adaptabilidad (artículo 20.3 LGTel03), que reeditan las famosas leyes de Rolland,¹⁵ y cuya vocación es proteger la posición de los usuarios, y, por otra, los principios de transparencia, objetividad, no discriminación, proporcionalidad y mínima distorsión del mercado (artículo 26 RSU05), de clara tradición comunitaria y, en último término, anglosajona, con vocación de garantizar la posición de los operadores en un contexto competitivo. Sea como fuere, unos y otros principios son especialmente relevantes en la regulación del servicio universal, ya que servirán de guía interpretativa para la delimitación de los

15. En los términos del artículo 22.1 LGTel03, el servicio universal de telecomunicaciones queda identificado como “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible.”

16. Nótese, en efecto, la similitud entre estos principios y los clásicos del servicio público, destacada por Chinchilla Marín, C., “Comentario al artículo 35”, en García de Enterría, E. y Quadra Salcedo, T. de la (Coord.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Civitas, Madrid, 1999, p. 265. En rigor, estos principios coinciden, en efecto, con los que en su momento formulara Rolland como “leyes del servicio público”; vid. Rolland, L., Précis de Droit administratif, Dalloz, 1947, 9ª ed., p. 18.

múltiples conceptos jurídicos indeterminados de los que, como veremos, está plagada. Operación en la que debe tenerse presente también el dato de que, tal y como advierte el artículo 20.2 LGTel03, en la ordenación del servicio universal –como, en general, de todas las obligaciones de servicio público– es de aplicación supletoria la legislación de contratación administrativa, lo cual es, por sí mismo, bien expresivo.

Sobre las bases sentadas en las páginas que preceden es posible enfrentarse con las tres preguntas claves que plantea el régimen del servicio universal de telecomunicaciones: QUÉ servicios o prestaciones quedan englobados en el servicio universal, lo que supone preguntarse por el contenido, actual y potencial, del servicio universal de telecomunicaciones; QUIÉN deba prestarlo, lo que implica plantearse cuáles sean los mecanismos de designación del operador u operadores obligados a su prestación, y, finalmente, CUÁNTO cuesta la prestación de esta obligación de servicio público, sentado que es precisamente su carácter no rentable, intensificado por la garantía de asequibilidad, lo que justifica su imposición, de modo que debemos plantearnos en último término cómo se asegura su financiación. Estas cuestiones serán tratadas en los apartados que siguen.

3. QUÉ: contenido del servicio universal de telecomunicaciones. Los cuatro elementos del servicio universal en la actualidad y en el futuro inmediato

La delimitación del ámbito de garantía que en cada momento abarque el servicio universal es una cuestión crucial, ya que determinará el desenvolvimiento de las posiciones de los tres elementos subjetivos implicados en el mismo: los usuarios, que tienen un derecho a su prestación; los operadores, que tienen el deber de prestarlo o, cuando menos, de financiarlo, y, en último término,

los propios poderes públicos, responsables últimos de su garantía, incluyendo en este caso el doble plano de las instancias comunitarias y el Estado español. Y ello en el bien entendido de que la definición a nivel europeo del alcance del servicio universal obliga a los estados miembros en términos de mínimos, si bien –como veremos– no se podrá exigir la financiación por los operadores de prestaciones que superen el estándar comunitario.

Teniendo esto presente se trata ahora de dar cuenta de los cuatro elementos que componen actualmente el servicio universal de telecomunicaciones (artículo 22 LGTel03), sin perjuicio de hacer mención a la evolución habida, y previsible, en su composición, y ello sobre la base de entender que de entre estos elementos hay uno principal –la garantía de acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija–, al que se suman otros accesorios –prestación del servicio de guías telefónicas y del correspondiente servicio de información sobre su contenido–, otros sustitutivos –oferta suficiente de teléfonos públicos de pago–, y, finalmente, otros complementarios –especial atención a los discapacitados y a los usuarios con necesidades sociales especiales–.

3.1. Acceso a la red pública telefónica desde una ubicación fija

El elemento principal del servicio universal de telecomunicaciones –su “exigencia básica”, en expresión de la Directiva 2002/22/CE– consiste en la garantía de que todos los usuarios finales –con independencia de sus circunstancias económicas, físicas y geográficas– puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija.¹⁷ Se ha superado, con ello, en la vigente LGTel03, como derivación del principio de neutralidad tecnológica, la exigencia de que la conexión fuera necesariamente fija, facilitando así la materialización de esta exigencia en zonas de orografía complicada.¹⁸ Se

17. Para el lector no familiarizado con el Derecho de las telecomunicaciones, puede ser necesario advertir que el concepto de “red pública” no se vincula, en absoluto, con un criterio de titularidad pública de la red, sino con su dedicación, total o parcial, a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, es decir, de servicios a los que cualquier usuario puede, en principio, abonarse, sin que su disponibilidad quede vinculada a la pertenencia a un determinado “grupo cerrado de usuarios”. Así se desprende de lo previsto en el apartado 29 del anexo a la LGTel03.

18. Debemos, en efecto, reparar en que la nueva LGTel03 ya no se refiere –como la LGTel98– a una conexión a la “red pública telefónica fija”, sino a la “conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija”. Este cambio –manifestación del principio de neutralidad tecnológica– es capital, porque permite flexibilizar las exigencias de este elemento del servicio universal mediante la aplicación de tecnologías que, sin ser identificables con una red fija entendida en sentido estricto –ya que no implican alcanzar el domicilio del usuario mediante una conexión de cable–, sí que permiten la conexión con la red telefónica pública “en una ubicación fija”, como la tecnología TRAC (Telefonía Rural de Acceso Celular), aplicada en zonas rurales de Galicia y Asturias, y que fue, precisamente, tomada en cuenta, a estos efectos, en el proceso de elaboración de la normativa comunitaria.

trata, es evidente, de una prestación de fundamental importancia, ya que con la conexión a la red se debe garantizar a los usuarios la posibilidad de acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público –incluyendo la posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales–, así como al servicio de datos, permitiendo –hoy por hoy– el acceso “funcional” a Internet. Aspecto este último en el que se ha venido demostrando claramente el carácter evolutivo del servicio universal.

La garantía del acceso funcional a Internet, inexistente en la redacción original de la LGTel98, fue introducida en esta norma, adelantándose a las exigencias comunitarias, en forma de una disposición transitoria introducida por la disposición final tercera de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.¹⁹ No se ha llegado todavía, sin embargo, a incorporar la conexión en banda ancha como parte de la garantía del servicio universal, por más que la reforma introducida en el artículo 22.1.a) de la LGTel03 por el artículo 7 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, así haya pretendido darlo a entender, al afirmar que “la conexión deberá permitir comunicaciones en banda ancha, en los términos que se definan por la normativa vigente”. Es esta última precisión la que impide concluir que la banda ancha haya quedado incluida propiamente en el servicio universal,²⁰ tal y como el propio Ministerio

reconoce en su consulta pública sobre el servicio universal que publicó el 28 de septiembre de 2009, a la que tendremos ocasión de volver a referirnos. Bien es verdad, con todo, que la recientísima aprobación de la reforma del paquete de directivas 2002, si bien evita modificar, propiamente, el ámbito del servicio universal a nivel europeo, para incorporar la banda ancha, puede abrir nuevas perspectivas al respecto, ya que apunta a la aplicación de un criterio de flexibilidad para permitir a los estados miembros incorporar al sistema de financiación del servicio universal conexiones de banda ancha, si estas son de uso mayoritario.²¹

Sea cual sea su ámbito último, no se trata –conviene tenerlo presente– de una garantía ilimitada. El derecho de los usuarios finales a obtener acceso a la red telefónica pública no es absoluto, sino que se limita a los supuestos en los que la correspondiente solicitud sea considerada “razonable en los términos que reglamentariamente se determinen”, concepto jurídico indeterminado que se ha querido limitar con las precisiones del artículo 29 del RSU05, que lo vincula, de forma no siempre clara, a criterios urbanísticos. Con todo, la garantía última reside en que el operador obligado no puede, libremente, decidir cuándo una solicitud es “razonable”, lo que le facilitaría los intentos de vaciar, de forma encubierta, el contenido del servicio universal, sino que la competencia última al respecto corresponde al director general de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información.

19. Esta nueva disposición transitoria de la LGTel98, imponía al operador designado para la prestación del servicio universal la obligación de garantizar, en determinados plazos, el acceso funcional a Internet de todos los abonados, y, en particular, de los conectados mediante la ya mencionada tecnología de Telefonía Rural de Acceso Celular (TRAC). Sobre esta previsión, *vid.* CHINCHILLA MARÍN, C. y CARLÓN RUIZ, M., “Del servicio público al servicio universal: el caso de las telecomunicaciones”, en QUADRA-SALCEDO, T. DE LA (Dir.), “Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 2003, p. 167-169.

20. La disposición adicional segunda de la Ley incrementa el equívoco al precisar que “el Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, impulsará la extensión de la banda ancha con el fin de conseguir, antes del 31 de diciembre de 2008, una cobertura de servicio universal de conexión a banda ancha, para todos los ciudadanos, independientemente del tipo de tecnología utilizada en cada caso y de su ubicación geográfica.”

21. *Vid.* considerandos 5 y 6 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, en su versión de 29 de octubre de 2009. Obsérvese que, si bien el planteamiento de la Directiva reformada no deja de ser artificioso, parece querer ser sensible a las divergencias de estándares entre los estados miembros (piénsese particularmente en la posición de los estados más recientemente incorporados a la Unión), todo ello teniendo presente un dato clave: en rigor, solo las prestaciones incluidas en el estándar europeo de servicio universal podrían, en principio, ser financiadas desde el mercado. Y ello en el bien entendido de que la reforma a nivel europeo del ámbito del servicio universal se supedita al resultado del proceso de revisión del ámbito de la Directiva de servicio universal, que exige a la Comisión Europea el artículo 15 de la propia Directiva. Revisión que, en la última ocasión, en 2008, no resultó conclusiva, en la consideración de la Comisión, respecto de la necesidad de tal incorporación. El artículo 15 de la Directiva de servicio universal, en conexión con su anexo 5, obliga, en efecto, a la revisión periódica del alcance del servicio universal a escala comunitaria, en aplicación de unos criterios que son muy expresivos de la concatenación entre los elementos que, como hemos visto, caracterizan el servicio universal: carácter evolutivo, subsidiario y esencial. Estos criterios se reconducen, de hecho, a un doble test: el riesgo de exclusión social a la vista del grado de disponibilidad de determinados servicios para los consumidores (uso por la mayoría, muy enlazado con

3.2. Guías telefónicas y servicios de información

Un segundo elemento del servicio universal, accesorio respecto del que garantiza el acceso a la red pública de telefonía desde una ubicación fija, se refiere a la provisión a los abonados de guías telefónicas gratuitas y unificadas, y a la facilitación a los usuarios finales de un servicio de información sobre el contenido de aquellas guías, en este caso a precio asequible. De este modo, no solo se asegura un elemento que es complemento del que con carácter principal constituye el servicio universal, sino que, además, se asegura la competencia misma, por cuanto el acceso al número de abonado es imprescindible para establecer la comunicación, lo que hace imprescindible que guía y servicio de información incorporen a todos los abonados, sea cual sea el operador que les presta el servicio, en unas condiciones unificadas. Y ello sin perjuicio del cumplimiento de las exigencias de protección de datos que, precisamente, han evolucionado de un sistema OPT-OUT, en el que el usuario era incorporado a las guías por defecto, pudiendo ejercer sucesivamente sus derechos de acceso y cancelación, al vigente sistema OPT-IN, en el que la incorporación de un número de abonado solo es posible si media su consentimiento [artículos 22.1.b) de la LGTel03, y 30.1 y 38.6 del RSU05, que trasponen la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento

de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas].²²

En relación con este elemento del servicio universal, es fundamental acotar su ámbito de forma precisa, para no impedir que se elaboren y comercialicen otras guías y servicios de información que aporten valor añadido a los que quedan garantizados por el servicio universal. De ahí que las que quedan cubiertas por el servicio universal deban quedar ceñidas a lo “esencial” o básico, dejando plenamente expedito, para la libre competencia, el ámbito de las prestaciones suplementarias: esto se hace particularmente evidente en el caso de los servicios de consulta telefónica, respecto de los que el afán de delimitar en términos más nítidos el servicio universal de los servicios en competencia se ha plasmado en la asignación a Telefónica, como operador –como veremos– obligado a la prestación del servicio universal, de números distintos para la prestación del servicio de consulta de servicio universal, y del servicio de consulta en competencia.²³

3.3. Oferta suficiente de teléfonos públicos de pago

Con vocación sustitutiva del elemento principal del servicio universal, se ha contemplado su tercer elemento, que garantiza la existencia de una “oferta suficiente”, en todo el territorio nacional, de “teléfonos públicos de pago” situados en el dominio público de uso público.²⁴

su carácter esencial) y la identificación de los beneficios netos generales que se deriven de su disponibilidad, y la consecuente justificación de la intervención pública para suplir la ineficacia del mercado para su prestación (fallo de mercado, como consecuencia del principio de subsidiariedad). Ambos elementos deben concurrir de forma simultánea para que un determinado servicio o prestación sea integrado en el servicio universal. De ahí que en la primera revisión llevada a cabo en 2005 [vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión del alcance del servicio universal, de conformidad con el artículo 15 de la Directiva 2002/22/CE, COM(2005) 203] no se considerara oportuno incorporar al servicio universal ni la telefonía móvil –porque, aun siendo de uso generalizado, es prestado espontáneamente de forma accesible y asequible por el mercado– ni la banda ancha –puesto que, por más que el mercado fallara en su prestación, no era entonces de uso generalizado–. Circunstancia esta última que se considera va variando en la nueva Comunicación [COM(2008) 572 final, de 25.9.2008].

22. Esta es, en efecto, la Directiva relevante, por más que el artículo 5.2 de la Directiva de servicio universal se remita a la Directiva 97/66/CE, entonces todavía vigente y que ha sido sustituida por la 2002/58/CE.

23. Concretamente, la correspondiente Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) asignó el número 11818 al servicio de consulta nacional enmarcado en el servicio universal, y dos números distintos para el servicio en competencia –el 11822, para el servicio nacional, y el 11825, para el internacional–. A lo que se suma la imposibilidad de ofrecer la facilidad de terminación de llamadas (que permite la comunicación con el número solicitado) a través de la prestación de servicio universal.

24. En el apartado 33 del anexo a la Ley, se identifica por “teléfono público de pago” –en plena sintonía con el artículo 2.a) de la Directiva 2002/22/CE– todo “teléfono accesible al público en general y para cuya utilización pueden emplearse como medios de pago monedas, tarjetas de crédito/débito o tarjetas de prepago, incluidas las tarjetas que utilizan códigos de marcaación”. Contra lo que pudiera dar a entender la simple lectura de esta definición legal, las precisiones del artículo 32.1 RSU05 mantienen en el nuevo marco la limitación establecida en el marco regulatorio anterior, de modo que solo quedan cubiertos por el servicio universal los teléfonos públicos de pago sitos en el dominio público no afecto a un servicio público, así como –transitoriamente– los teléfonos que se encuentren en dependencias municipales (DT2^a).

Se trata, en definitiva, de facilitar el acceso al servicio telefónico fijo disponible al público a aquellos usuarios finales que, de forma continuada o esporádica, quieran o necesiten utilizar el servicio fuera de sus domicilios.

Según la expresión del legislador en el artículo 22.1.c) de la LGTel03, muy cercana a la del artículo 6 de la Directiva 2002/22/CE, esta oferta debe satisfacer “razonablemente las necesidades de los usuarios finales, en cobertura geográfica, en número de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y calidad de los servicios”.²⁵ Estos criterios deben guiar la fijación del contenido de la “oferta suficiente”, nuevo concepto jurídico indeterminado, a los efectos de lo cual debe acudir al RSU05, que concreta los mínimos para considerar una oferta suficiente en cada ámbito geográfico, base de la designación del operador obligado a su prestación, en unos términos que recortan las previsiones de la normativa derogada: por regla general, ya no se exige la instalación de un terminal en todos los municipios –término de referencia, por sí mismo, restrictivo–,²⁶ sino solo en los que tengan, como mínimo, 500 habitantes, sumando un terminal más por cada 1500 habitantes, siempre a salvo ciertos criterios que atienden a la estacionalidad o a fórmulas de sustituibilidad.²⁷ Se muestra aquí, de nuevo, si bien en este caso en sentido inverso o de reducción, el carácter evolutivo del servicio universal.

Aunque en el actual estadio de desarrollo de las comunicaciones electrónicas y, en particular, de penetración del servicio de telefonía fija y, en otro plano, móvil, no parece falta de lógica la tendencia a reducir el ámbito real de este elemento del servicio universal, no debiera traducirse en la reducción de la virtualidad de este importante componente del servicio. A este

fin es crucial retener que, también en este caso, la garantía última del cumplimiento de este elemento del servicio universal reside en la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, a la que corresponde decidir si, en un caso concreto, debe instalarse o no un teléfono público de pago en cumplimiento de las reglas referidas, siendo en este caso los ayuntamientos los que instarán a la instalación o mantenimiento de los teléfonos. Siempre a salvo su competencia para decidir acerca de las condiciones de instalación de los terminales en su dominio público, cuestión que no ha dejado de generar dificultades en la práctica por la concurrencia de otros interesados con el mismo fin.

3.4. Especial atención a discapacitados y usuarios con necesidades sociales especiales

El último elemento del servicio universal tiene carácter horizontal o transversal, ya que su objetivo es asegurar que los componentes ya descritos estén realmente a disposición de determinados colectivos más débiles en razón de sus circunstancias económicas o físicas. En concreto, se establecen medidas a favor de los usuarios finales discapacitados –en la medida en que su discapacidad afecte a su acceso al servicio universal– y de los que se encuentren en condiciones sociales más frágiles.

En relación con los usuarios discapacitados –con los que la propia LGTel03 parece mostrarse especialmente sensible–,²⁸ el marco vigente se limita a concretar una garantía de equiparabilidad de las condiciones de acceso de estos usuarios, respecto de las de los usuarios

25. Se precisa, además, que tales cabinas deben hacer posible efectuar llamadas de emergencia de forma gratuita sin tener que utilizar ninguna forma de pago, utilizando el número único de llamadas de emergencia 112 y otros números de emergencia españoles. En la versión hoy vigente del artículo 22.1.c) de la LGTel03, introducida también por el artículo 7 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, se ha introducido una referencia final: “Asimismo, en los términos que se definan por la normativa vigente para el servicio universal, que exista una oferta suficiente de equipos terminales de acceso a Internet de banda ancha”. Referencia cuya concreción queda pospuesta, como en el caso del apartado a) del mismo artículo 22.1, al que ya hicimos referencia.

26. Y es que la mención expresa al “municipio” como entidad local de referencia, puede excluir del ámbito del servicio universal núcleos de población que, en buena lógica, deberían estar perfectamente cubiertos por esta medida. Piénsese que en determinadas zonas del territorio nacional –como Asturias–, el municipio abarca distintos núcleos de población desperdigados, circunstancia que hubiera merecido una atención particular –más matizada– por parte de la norma.

27. En los municipios que no superen aquel nivel de población, la instalación del teléfono público de pago solo se convierte en obligación para el operador designado si concurren –de forma alternativa– una serie de circunstancias especificadas por el propio RSU05: “la existencia de una distancia elevada a facilidades similares, la baja penetración del servicio telefónico fijo, la falta de accesibilidad del servicio telefónico móvil o la elevada tasa de población flotante.”

28. Así cabría reconocerlo, al comprobar que en el Consejo Asesor de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información –órgano asesor del Gobierno en la materia– se ha contemplado expresamente que este colectivo esté específicamente representado (*vid.* apartado 3 de la disposición adicional quinta de la Ley).

sin discapacidad.²⁹ Así pues, las medidas arbitradas por la LGTel03 (artículo 33.2), el RSU05 (artículo 32.4) y la Carta de derechos del usuario (artículos 28 y 29) se limitan a dar a estos usuarios acceso a determinados elementos del servicio universal en condiciones equiparables al resto de los usuarios –lo cual incorpora criterios específicos de asequibilidad a los que es sensible el vigente Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE), al que posteriormente haremos referencia–, siendo así que, en particular, se recogen medidas en relación con los equipos terminales,³⁰ con las facturas y la publicidad suministrada a los abonados de telefonía fija³¹ y, finalmente, con los teléfonos públicos de pago.³²

De otro lado, en relación con las “personas con necesidades sociales especiales”, las previsiones de la LGTel03, que asume como objetivo que tengan acceso al servicio telefónico disponible al público o que –como garantía devaluada– puedan hacer uso del mismo,³³ ofreciéndoles opciones o paquetes de tarifas “que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial”, siempre bajo “condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias”, se han visto concretadas, en términos restrictivos, por el artículo 35.2.a) 1º RSU05, que contempla un sistema de ayudas directas –el llamado “abono social”–³⁴ exclusivamente a favor de “los colectivos de pensionistas y jubilados cuya renta familiar no exceda del índice que se determine, en cada momento, por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos”. Índice de referencia que, desde que entrara en vigor el Acuerdo

de la CDGAE vigente, de 27 de enero de 2007, ha dejado de ser el salario mínimo interprofesional para identificarse con el Índice Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM);³⁵ siendo así que el sucesivo Acuerdo de 16 de abril de 2009 ha introducido una modificación puntual en este aspecto, fijando el umbral de renta familiar que da acceso al abono social en función del 110% del IPREM.³⁶ El propio Acuerdo incorpora, además, como novedad, la identificación como beneficiarios no solo de los perceptores de pensiones públicas, sino también de pensiones privadas que hayan sido reconocidas mediante resolución judicial.

Estas medidas inciden, en definitiva, en las condiciones de asequibilidad del servicio universal, para algunos usuarios con necesidades especiales, lo que no debe hacer olvidar que la garantía de asequibilidad es consustancial al servicio universal en su conjunto. A este aspecto fundamental del servicio universal nos referimos al tratar de la financiación, cuestión con la que, por razones obvias, está íntimamente relacionado.

4. QUIÉN: mecanismos de designación del operador obligado a prestar el servicio universal. De la designación directa a la licitación pública

En rigor, en la garantía del servicio universal todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas están obligados. Ello no quiere decir, sin embargo, que todos ellos deban prestar obligatoriamente

29. Se ha perdido, con ello, la oportunidad de profundizar en una línea apuntada en el marco derogado, y que la Directiva de servicio universal contempla en términos potestativos, dirigida a favorecer que estos usuarios finales “puedan beneficiarse de la capacidad de elección de operadores de que disfruta la mayoría de los usuarios finales” (artículo 22.2.).

30. Se exige al operador designado que promueva la existencia de una “oferta suficiente” y tecnológicamente actualizada de terminales especiales, adaptados a los diferentes tipos de discapacidades, y que realice una difusión suficiente de tal oferta. Obsérvese que en este caso no se especifica qué pueda entenderse por “oferta suficiente”, ni se dan pautas para su concreción, lo que reduce drásticamente la virtualidad de esta previsión.

31. En particular, para los abonados de telefonía fija invidentes o con discapacidad visual, se les reconoce el derecho a obtener, previa solicitud al operador designado, esta información en sistema Braille o en letras grandes.

32. Como novedad de la nueva legislación, se requiere al operador designado para que mejore progresivamente las condiciones de su accesibilidad a los usuarios discapacitados. Se trata, esta, de una previsión que se refiere, con carácter general, a todo tipo de discapacidad, aun cuando el mismo artículo 32.4 RSU05 mencione expresamente a “los usuarios en silla de ruedas o con deficiencias de crecimiento”. De ahí que quepa plantearse que, con ella, puede concretarse la posibilidad de ofrecer, para los usuarios sordos, teléfonos de texto públicos, tal y como se plantea la Directiva 2002/22/CE.

33. Obsérvese que esta última expresión permite incorporar fórmulas que no supongan la conexión del usuario a la red telefónica, como pueda ser la facilitación de tarjetas prepagadas para su utilización en teléfonos de uso público.

34. Su contenido queda limitado a la aplicación de una bonificación en el importe de la cuota de alta y en la cuota fija de carácter periódico del servicio telefónico, del 70 y del 95% respectivamente, en función del vigente Acuerdo de la CDGAE, al que posteriormente haremos referencia.

35. Que venía siendo de aplicación transitoria en aplicación del apartado 4 de la disposición transitoria segunda del RSU05.

36. Vid. Orden PRE/1231/2009, de 18 de mayo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 16 de abril de 2009, por el que se modifica el umbral de renta familiar que da acceso al abono social.

todos o parte de los elementos del servicio universal: para la garantía del servicio universal, algunos operadores quedarán obligados de forma activa –mediante su designación para ser prestadores obligatorios de estos servicios o facilidades–, mientras que, en principio, todos los operadores están obligados de forma pasiva, en el sentido de que, sin que por ello queden obligados a prestar por sí mismos el servicio universal, quedan obligados a coadyuvar en su financiación, en la medida en que se constituya un mecanismo de cofinanciación del coste neto derivado de su prestación.³⁷ Se han descartado, pues, en este ámbito otras fórmulas posibles para articular la garantía de la prestación de los servicios de interés económico general: en un extremo, la de otorgar a un único operador, mediante concesión, derechos exclusivos para la prestación de la actividad de interés general; en el otro, la de imponer a todos los operadores del mercado “obligaciones de interés general” en sentido activo.³⁸ La fórmula adoptada en el ámbito de las telecomunicaciones –la de “designar a un operador o a un número limitado de éstos con obligaciones específicas sin concederles derechos especiales o exclusivos”, en expresión de la Comisión Europea en su Comunicación de 20 de septiembre de 2000– parece, no hay duda, por razones de eficacia y proporcionalidad, la más adecuada para muchos de los elementos del servicio universal y, sobre todo, para el que constituye su núcleo principal, el acceso a la red desde una ubicación fija: no tiene sentido obligar a los pequeños operadores a asumir prestaciones para las que son ineficientes y que, por sí mismas, dificultarán su asentamiento en el mercado.

El problema se plantea a la hora de identificar a los concretos operadores que deben prestar el servicio universal. Y ello por la sencilla razón de que, no lo olvidemos, en un contexto liberalizado, todos los operadores debidamente habilitados para prestar los elementos del servicio universal (hoy bajo la fórmula simplificada de la mera notificación a la CMT, artículo 6 LGTel03) pueden prestar tales elementos, lo que supone que los usuarios podrán dirigirse a ellos para obtener las

prestaciones que componen el servicio universal; si bien solo los operadores designados para la prestación del servicio universal no podrán negarse a su prestación en las condiciones tasadas de precio y calidad que configuran el estándar, en cada momento vigente, de esta obligación de servicio público.

Se trata, en definitiva, de establecer mecanismos de designación del operador u operadores obligados a prestar todo o parte del servicio universal. Mecanismos que, a pesar de la aparente paradoja, no excluyen, particularmente desde la aprobación de la LGTel03, que los propios operadores asuman voluntariamente tal obligación y que, incluso, se postulen al efecto.

La LGTel03, frente a su antecesora de 1998, presenta, en efecto, varias novedades. Bajo la LGTel98, la designación del operador obligado a prestar el servicio universal estaba impregnada de la intensa inspiración asimétrica, sectorial y *ex ante* de una normativa que pretendía encarar los primeros pasos de un mercado recién liberalizado en su totalidad, lo que se traducía en la imposición de la obligación de servicio universal al entonces llamado “operador dominante”, identificado –en aplicación del criterio formal de la superación del 25% de la cuota de mercado– con Telefónica de España, S.A. Frente a este modelo de confesada asimetría, la LGTel03 pretende desenvolverse en un mercado en fase de maduración, lo que le permite asumir varias premisas radicalmente novedosas. En rigor, por aplicación del principio de subsidiariedad, la necesidad de designar a un operador para prestar todo o parte del servicio universal solo se activará cuando los componentes de aquel concepto no sean prestados eficazmente en el mercado, a todos los ciudadanos, en unas adecuadas condiciones de calidad y precio (artículos 20.1 LGTel03 y 26.2 RSU05), lo que implicará, de forma inmediata, que la designación puede ser limitada, en términos geográficos u objetivos (artículo 23 LGTel03). A lo que se suma la contemplación de la posibilidad de que haya operadores interesados en prestar todo o parte del servicio universal, lo que implica que debe darse prioridad a un procedimiento de licitación

37. Bien es verdad que, en la práctica, en la medida en que no se constituya un fondo de cofinanciación del servicio universal –como, de hecho, ha sucedido en España hasta el ejercicio 2003–, o en la medida en que se recurra a vías distintas de financiación, como la derivada de presupuestos públicos, la obligación pasiva queda vacía de contenido. Pero, conceptualmente, no debemos dejar de insistir en que la obligación de garantizar el servicio universal recae en todos los operadores, lo que permite articular la obligación de cofinanciación en los términos que veremos en el apartado siguiente.

38. Un abanico de variantes ha sido admitido por la Comisión Europea –en su Comunicación de 20 de septiembre de 2000– al contemplar los modelos posibles para la prestación de los “servicios de interés económico general”. Al respecto, *vid.* CARLÓN RUIZ, M., “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, *op. cit.*

pública, dejando la fórmula de la designación directa como mecanismo subsidiario. Resulta así que, aunque pueda sorprender a quien quisiera ver en los servicios de interés general una metamorfosis radical del servicio público más clásico, el régimen vigente del servicio universal se apoya prioritariamente en un modelo de corte concesional, si bien acotado a las prestaciones de servicio universal que no sean prestadas de forma espontánea por el mercado.

A la luz de lo previsto en el artículo 23 de la LGTel03, cualquier operador podrá ser designado para prestar total o parcialmente el servicio universal. Es más, si nos atenemos al concepto legal de “operador”, que tiende a diluirse toda vez que el sistema de acceso al mercado de las comunicaciones electrónicas se ha simplificado notablemente,³⁹ debemos concluir que cualquiera que preste, *de iure* o *de facto*, redes o servicios de comunicaciones electrónicas, puede ser –en principio– designado para la prestación de obligaciones de servicio universal, incluso –teniendo en cuenta que algunas prestaciones de servicio universal no son estrictamente servicios de comunicaciones electrónicas– sujetos que no sean propiamente operadores. En rigor, mientras que los operadores *de facto* no están eximidos de la posibilidad de ser designados, solo los operadores *de iure* tienen reconocido el derecho a serlo, lo que entronca con la priorización de la designación mediante licitación pública.

El modelo así construido exige como paso previo la convocatoria de una consulta pública, para tantear el interés de los distintos operadores en la prestación de los componentes del servicio universal. Los operadores que se muestren interesados en su prestación contestarán a la consulta a través de una comunicación formal al Ministerio, que puede resultar vinculante: si varios operadores muestran su interés, el procedimiento de licitación pública es obligado; de no ser así, queda a criterio del Ministerio, que, de no considerarlo oportuno, aplicará un procedimiento de designación directa. De todo lo cual se deduce, como la práctica habida hasta ahora ha demostrado, que el diseño de tal consulta previa se muestra crucial para facilitar la activación plena del modelo instaurado por la LGTel03.

Es evidente que la aparente paradoja que se encierra en la aplicación del principio de concurrencia cuando se trata de imponer una obligación –en este caso, de servicio universal, constreñida por exigencias de accesibilidad y asequibilidad que pugnan, en principio, con la vocación de ánimo de lucro ínsita en la actividad empresarial– se ve superada si se configura el contenido concreto de la obligación bajo criterios equilibrados –particularmente en términos de precio, de cobertura geográfica, en su caso, de exclusividad en la propia designación y, en último término, de financiación– que hagan su prestación atractiva, atendiendo muy particularmente al dato de que la prestación de obligaciones de servicio universal incorpora –como veremos al tratar de la financiación– unos “beneficios no monetarios” o “beneficios intangibles” que pueden hacer atractiva su prestación, incluso aunque no genere un balance positivo en términos contables. A estos efectos es clave que la consulta pública sea lo más neutra posible, a los efectos de tantear, propiamente, el interés de los distintos operadores en la prestación del servicio universal, proponiendo, en su caso, una fragmentación geográfica u objetiva, pero sin adelantarse a fijar las condiciones de prestación de unos y otros elementos del servicio universal.

No sucedió así, sin embargo, en la primera consulta abierta a estos efectos por el Ministerio con fecha 21 de diciembre de 2005.⁴⁰ El diseño de la consulta, que evitó toda fragmentación real del servicio universal y adelantó unos criterios de otorgamiento de la licitación basados en el menor coste, influyó severamente en que solo TESAU contestara mostrando su interés en prestar el servicio universal, lo que se tradujo en su confirmación como operador obligado, condición que mantenía transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 2007 por haber sido considerado “operador dominante”, conforme al marco derogado (DDTT 1 LGTel03 y RSU05), y en la que fue sucesivamente designado mediante Real decreto 1768/2007 hasta el 31 de diciembre de 2010. En el nuevo marco, la aplicación de cualquiera de los criterios objetivos de designación directa que contempla el artículo 38 RSU05 –condición de operador con

39. Si nos atenemos a la definición legal (referencia 21 del anexo a la LGTel03), “operador” será toda “persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad.”

40. Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, mediante la que se publicó en el BOE la consulta pública sobre la designación de operadores para la prestación del servicio universal de telecomunicaciones (BOE de 28 de diciembre de 2005).

Poder Significativo en el Mercado (PSM), condición de operador que viniera prestando el servicio universal y, subsidiariamente, la condición de operador con mayor cuota de mercado— conduce, en efecto, a la designación de este operador.

La reacción de la Comisión Europea ante la consulta de 2005, que abrió un procedimiento contra España a instancia de un operador de servicios de consulta telefónica, forzó la reacción del Ministerio. De forma inmediata convocó un procedimiento de licitación pública en relación con estos servicios incluidos en el servicio universal (Orden ITC/2833/2008, de 8 de octubre),⁴¹ licitación a la que se presentaron tres candidatos, si bien fue resuelta a favor de TESAÚ,⁴² de modo que, mediante la Orden ITC/3809/2008, de 23 de diciembre, se le adjudicó de forma definitiva la licitación, y mediante la Orden ITC/3808/2008, de la misma fecha, se le designó de forma directa para prestar los restantes elementos del servicio universal hasta el 31 de diciembre de 2010. Más recientemente, se convocó una nueva consulta pública para conocer el interés de los operadores en prestar los demás componentes del servicio universal, consulta que ha estado abierta hasta el 26 de octubre de 2009, de modo que, sin poder conocer aún sus resultados, se puede adelantar que en ella se hace expresa la intención de convocar nuevas licitaciones públicas respecto de los restantes componentes del servicio universal, de modo que se pretende generalizar un mecanismo que se puede demostrar muy útil para articular los principios que se contraponen en la garantía del servicio universal.

5. CUÁNTO: el carácter asequible del servicio universal en conexión con la cuestión de la financiación. La creación del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal

La garantía de la asequibilidad del servicio universal, que se integra, junto con la accesibilidad, en el núcleo duro de esta peculiar obligación de servicio público, revela como uno de los elementos principales de su regulación

el de su financiación: en la medida en que la asequibilidad suponga falta de rentabilidad, surge el problema de compensar al operador obligado por su prestación. Surgen así, en la órbita del servicio universal, dos temas clásicos del servicio público, el de la fijación de sus precios y, de forma más amplia, el de su financiación.

En el modelo de servicio público clásico, la garantía de asequibilidad de las prestaciones se materializaba mediante el ejercicio de la potestad tarifaria: el titular del servicio podía, como facultad inherente a esa titularidad, fijar los precios (propriadamente, las tarifas) a pagar por los usuarios, siendo así que en esta operación se guiaba, precisamente por la vocación de asequibilidad, por el principio de subvenciones cruzadas, de modo que para las prestaciones que se consideraban de mayor “interés público” —en concreto, la cuota de conexión, la de abono mensual y las llamadas locales— se fijaban tarifas por debajo de costes, que eran compensadas por las tarifas (superiores a los costes) que se imponían a otros servicios, en particular los internacionales. Todo ello dentro de la lógica del equilibrio económico-financiero del contrato concesional.

Contra este planteamiento pugna desde su origen el proceso de liberalización. No ya solo en vía de principio, dado que la desaparición de la titularidad pública de la actividad, en términos omnicomprendivos, anula la potestad tarifaria propiadamente entendida, sino porque uno de los principios nucleares del proceso liberalizador, precisamente como medio para lograr hacer efectiva la competencia, es el principio de orientación de precios a costes. Principio, como es evidente, radicalmente incompatible con el de las subvenciones cruzadas, y que asume como primer objetivo eliminar el llamado “déficit de acceso”.⁴³ ¿Cómo garantizar, entonces, la asequibilidad de las prestaciones del servicio universal en un entorno liberalizado?

En un entorno liberalizado, la potestad tarifaria se ve sustituida por la potestad de fijación de lo que se califica como “precios regulados”, en la medida en que no quedan sometidos plenamente a la libre decisión del operador en ejercicio de su libertad de empresa. O no al menos para todos los operadores, o para todos

41. Orden ITC/2833/2008, de 8 de octubre, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la designación de operador encargado de la prestación del elemento de servicio universal relativo al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, y se convoca el correspondiente procedimiento de licitación.

42. Los licitadores fueron TESAÚ, 11888 Servicio de Consulta Telefónica, S.A., y 11811 Nueva Información Telefónica, S.A.U.

43. Y ello con la consecuencia inmediata del aumento de las cuotas de conexión y de abono y de los precios de los servicios locales, frente a la bajada de los precios de los servicios internacionales. Con la pretensión de transponer las disposiciones comunitarias al respecto, la DT 4ª LGTel98 previó la posibilidad de que la CDGAE estableciera un recargo transitorio sobre los

los servicios. Y ello en el bien entendido de que, durante la vigencia de la LGTel98, la política de control de precios se constituyó por sí misma como una técnica de carácter sectorial, *ex ante* y asimétrico, tendente a garantizar, de forma prioritaria, la libre competencia, lo que facilitaba, por la misma vía, la garantía de la asequibilidad del servicio universal, dado que ambas políticas de precios se aplicaban sobre un mismo operador –el operador “dominante”–, el cual era, por ese mismo dato, tal y como nos consta, el operador obligado a prestar el servicio universal.

El problema surge cuando, en el marco normativo inaugurado por la LGTel03, este esquema queda radicalmente alterado, ya que la imposición de obligaciones de control de precios dependerá de lo que decida la CMT al realizar el análisis de un concreto mercado y, en su caso, actuar sobre el hoy llamado operador con Poder Significativo de Mercado (PSM) en el mismo, siempre bajo la condición previa de que concluya que, en el correspondiente mercado, la competencia no es efectiva.⁴⁴ A ello se suma, además, el dato de que la designación del operador obligado a prestar todo o parte del servicio universal ya no queda –como nos consta– vinculada de forma automática con esta condición de operador PSM, lo que se traduce en que, cuando la designación se produce a través de una licitación pública, es el propio procedimiento de designación el que, en la medida en que fija las condiciones de

precio, es mecanismo de garantía de la asequibilidad. Fuera de estos supuestos, la garantía de la asequibilidad queda en manos de la CDGAE, si bien con un cierto grado de indefinición, ya que el artículo 35.1 RSU05 especifica que a esta Comisión Delegada le corresponde “garantizar el carácter asequible” de los precios del servicio universal, no su fijación;⁴⁵ y lo hará a propuesta conjunta del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y del Ministerio de Economía y Hacienda, y previo informe de la CMT.

El primer acuerdo de la CDGAE, de 22 de diciembre de 2005, se limitó a prorrogar el régimen transitorio que la DT 3ª LGTel03 había asumido en tanto en cuanto la CMT no concluyera sus trabajos de definición y análisis de los mercados de referencia, de modo que prolongó en el tiempo los precios entonces vigentes, “de forma que ni el tráfico ni la cuota de abono experimenten subidas”, si bien incluyó como novedad la tarificación por segundos.⁴⁶ El vigente, de 27 de enero de 2007, publicado como Orden PRE/531/2007, de 5 de marzo, impone para el servicio telefónico disponible al público de uso privado una estructura de precios, que obligatoriamente debe integrar la cuota de conexión y la de abono, y el desglose de llamadas de fijo a fijo en las distintas distancias (metropolitano, provincial, interprovincial e internacional) y de llamadas de fijo a móvil, siendo así que para estos componentes de precio y para los del servicio de consulta telefónica se

precios de interconexión. Posteriormente, la Orden de 31 de julio de 1998, sobre reequilibrio tarifario de los servicios prestados por TESAÚ, fijó un aumento de la cuota fija, política en la que insistió el Real decreto-ley 16/1996, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones. Todas estas previsiones no fueron, sin embargo, consideradas suficientes por las instancias comunitarias, lo que condujo a la condena de España –como había ocurrido previamente con Francia en la Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (asunto C-146/00, Comisión c. Francia)– mediante STJCE de 7 de enero de 2004 (asunto C-500/01, Comisión c. Reino de España), por entender que se había incumplido el plazo para resolver el problema del déficit de acceso. Con todo, la propia Sentencia reconoce que en 2003 se había resuelto el problema gracias a las sucesivas subidas en las cuotas de abono.

44. El procedimiento para llevar a cabo el análisis de mercado y, en su caso, la consiguiente identificación del operador con PSM, viene desarrollado en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real decreto 2296/2004, de 10 de diciembre. El apartado 8 del anexo II de la LGTel03, identifica al “operador con poder significativo en el mercado” como aquel “operador que, individual o conjuntamente con otros, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores que sean personas físicas”. No hay que olvidar, sin embargo, en el nuevo marco, el criterio de la cuota de mercado, ya que jurisprudencia europea consolidada reconoce en cuotas superiores al 50% un indicio claro de posición de dominio. *Vid.*, por todas, STJCE de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76, Hoffman-La Roche contra Comisión de las Comunidades.

45. Estas técnicas, aún devaluadas, de fijación de precios en aras a garantizar la asequibilidad de los distintos componentes del servicio universal, se complementan con medidas para el control del gasto, a las que se refiere el artículo 35.2 RSU05, pudiendo ser sistematizadas en los tres grupos siguientes: a) las medidas que pretenden, por vía indirecta, favorecer en el futuro la reducción de los gastos a través de la aportación de información –como la obligación general de facilitar información y, sobre todo, la facturación detallada–; b) las medidas que se dirigen, directamente, a lograr una reducción en los gastos –en particular, la posibilidad de restringir el acceso a determinados servicios–, y c) las medidas que pretenden facilitar el pago de los gastos –como las referidas a la frecuencia y a las formas de pago de las facturas–.

46. Acuerdo publicado mediante Orden PRE/4079/2005, de 27 de diciembre.

asumen como punto de partida los precios vigentes en el momento de entrada en vigor del Acuerdo, de modo que cualquier modificación de dichos precios debe ser comunicada por TESAÚ a los ministerios de Economía y Hacienda y de Industria, con una antelación mínima de 21 días. La CDGAE, a propuesta de ambos ministerios y previo informe de la CMT, podrá suspender la aplicación de alguna de las modificaciones propuestas “cuando lo considere necesario para garantizar la asequibilidad de los precios del servicio universal”.

A las anteriores previsiones se unen los planes de precios fijados directamente por el Acuerdo –abono social, para abonados invidentes o con graves dificultades visuales, y para usuarios sordos o con graves dificultades auditivas—⁴⁷ y, para los teléfonos públicos de pago incluidos en el servicio universal, la exigencia de que se apliquen precios uniformes a nivel nacional para cada uno de los tipos de llamadas más arriba identificados, sin que tales precios puedan implicar la aplicación de un recargo superior al 51’56% respecto de los precios aplicados a los abonados, obligándose a la devolución del saldo sobrante sobre la base de las monedas previamente depositadas.

En la medida en que, en los términos descritos, el servicio universal integra la exigencia de su asequibilidad, sigue presente, en relación con esta nueva técnica de servicio público, el viejo problema de la financiación de los servicios públicos, si bien con dificultades añadidas. No se trata ya, tan solo –lo que no es poco–,

de asegurar la “sostenibilidad económica” del servicio público, lo que se lograba, en un contexto concesional, combinando la potestad tarifaria con el otorgamiento de derechos especiales o exclusivos al concesionario, otorgándole, en su caso, subvenciones directas o indirectas aportadas por el Estado. En el nuevo contexto liberalizado, en la medida en que la garantía misma de asequibilidad supone una excepción a las reglas del mercado, la financiación del servicio universal debe encontrar un difícil equilibrio entre la garantía eficiente de sus prestaciones y la neutralidad respecto del libre desenvolvimiento del mercado, lo que se traducirá, en su caso, en la necesidad de compensación por la prestación del servicio universal. Esto supone que, asumiendo que la imposición de obligaciones de servicio público implica –*a priori*– una distorsión del mercado, debe reconstruirse la situación competitiva como si tal distorsión no se hubiera producido, evitando, en todo caso, que se produzca una distorsión de la competencia.⁴⁸ Se trata, en definitiva, de compensar al operador u operadores designados para prestar el servicio universal por la carga implícita en la prestación de este servicio, siempre y cuando esa carga se pueda considerar “injustificada” y esa compensación se mantenga como tal, dado que todo exceso respecto de lo que propiamente pueda ser calificado como compensación por la prestación de obligaciones de servicio público, quedará sometido al régimen de las ayudas de Estado en aplicación de la jurisprudencia Altmark.⁴⁹

47. El artículo 29 de la Carta de derechos del usuario de telecomunicaciones hace referencia a estos tres tipos de planes, sin ofrecer, como no podía ser de otro modo, precisión alguna al respecto.

48. Es importante distinguir entre el principio de mínima distorsión del mercado y el de exclusión de toda distorsión de la competencia. Uno y otro principio están recogidos en la propia Directiva de servicio universal: mientras que el artículo 1.2 excluye taxativamente el efecto de distorsión de la competencia por efecto del servicio universal –lo que conduce, precisamente, a la necesidad de compensar si la prestación del servicio universal implica una carga injustificada–, el 3.2 formula el principio de mínima distorsión del mercado, “en particular cuando la prestación de servicios se realice a precios o en condiciones divergentes de las prácticas comerciales normales, salvaguardando al mismo tiempo el interés público”. Este último principio estará particularmente presente en aquel mecanismo de financiación [artículos 13.1.b) y 13.3] cuando se decida compartir el coste entre los operadores del mercado.

49. *Vid.* STJCE de 24 de julio de 2003 (asunto C-280/00, Altmark Trans). En la medida en que los criterios sentados por esta jurisprudencia sean reconocibles en el supuesto a valorar, la compensación no podrá ser considerada como ayuda de Estado; si fallan uno o varios de los requisitos fijados por aquella Sentencia, la aportación pública en cuestión –y siempre y cuando concurren los requisitos generales contemplados en el artículo 87.1 TCE– debe ser considerada como una ayuda de Estado, si bien no deberá ser notificada si cumple los requisitos fijados por la Decisión de la Comisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del TCE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DOCE L 312/67). En el caso de ser notificada, el marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público orienta sobre los criterios con los que la Comisión entrará a valorar su compatibilidad (Documento 2005/C 297/04, de 29 de noviembre de 2005). Y ello sin perjuicio de los supuestos en los que se pretenda aplicar fondos estructurales para la financiación de iniciativas en el sector de las comunicaciones electrónicas, en cuyo caso no se podrá hablar propiamente de ayudas de Estado, siempre y que se cumplan los criterios fijados por las líneas directrices relativas a los criterios y modalidades de aplicación de los fondos estructurales a favor de las comunicaciones electrónicas, aprobadas en julio de 2003. Como, de hecho, ha sido la vía asumida por España a la hora de adoptar iniciativas públicas para favorecer la extensión de la banda ancha en cumplimiento de los compromisos adquiridos

La obligación de compensar por la prestación del servicio universal requiere, antes y ahora, que se cumpla una doble condición (artículo 24.1 LGTel03): que tal prestación haya implicado para el operador una “carga injustificada” –expresión que en la LGTel03 sustituye a la de “desventaja competitiva” contenida en la LGTel98, con los efectos que veremos– y que se haya derivado de la misma un coste neto. En rigor, tal y como ha confirmado el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 10 de julio de 2007, confirmando una previa de la Audiencia Nacional que desautorizó la práctica anterior de la CMT,⁵⁰ el cálculo del “coste neto” es previo, y solo cuando este cálculo arroje un saldo positivo deberá valorarse si la prestación del servicio universal ha supuesto una carga injustificada.⁵¹

Con todo, en rigor, la comprobación del doble requisito solo es propiamente exigible en el caso de que no se haya recurrido al procedimiento de licitación pública para designar al operador obligado a prestar el servicio universal. Si se hubiera recurrido a tal procedimiento, el coste neto derivado de la prestación del servicio universal será determinado a través del propio procedimiento de licitación, en cuyo caso –siempre que el procedimiento de licitación identifique un coste– solo deberá valorarse si ello ha supuesto al operador una “carga injustificada” (artículos 24.2 LGTel03 y 39 RSU05, según la redacción dada a este último por el Real decreto 329/2009).⁵² Solo si la designación se pro-

duce de forma directa habrá que calcular, propiamente, el coste neto derivado de la prestación del servicio en una operación *ex post*, cuyo objetivo es determinar el ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal, calculado de acuerdo con el procedimiento que se establece en los artículos 40 a 46 del RSU05: solo en el caso de que tal cálculo arroje una cifra positiva, deberá ponderarse, sucesivamente, si ese coste neto supuso al operador designado una carga injustificada. Así se deduce de los dos primeros apartados del artículo 39 del RSU05.

El cálculo *ex post* del coste neto derivado de la prestación del servicio universal se basa en reconstruir, en ponderación de la actuación a largo plazo de un hipotético operador eficiente (para evitar compensar las ineficiencias del operador designado), el coste derivado de la prestación de aquel a los clientes “inviabiles”: a tal fin se identifican tanto por zonas –el “componente territorial”, cifrado en las llamadas “zonas no rentables”– como por servicios –el “componente social”, identificado con los “servicios no rentables”–, según unos criterios fijados por la CMT.⁵³ Deberán computarse, en todo caso, tanto los gastos como los ingresos y, entre estos últimos, los llamados “beneficios intangibles”,⁵⁴ para lo que es imprescindible que el operador mantenga una contabilidad de costes.⁵⁵ La CMT verifica y, en su caso, aprueba el cálculo del coste que le presente anualmente el operador.

en el marco del Plan de acción eEurope 2005, si bien conviene advertir que la propia Comisión plantea la aplicación extensiva de estos criterios cuando las iniciativas sean objeto de cualquier tipo de financiación pública (COM(2004) 369 final, de 12 de mayo de 2004, apartado 3.1 *in fine*). Estas cuestiones son tratadas más extensamente en CARLÓN RUIZ, M., “Nuevas técnicas para nuevos tiempos...”, *op. cit.*

50. RJCA 2007/7726. Esta STS confirmó, en efecto, la SAN de 21 de octubre de 2004 (RJCA 2005, 295).

51. Mediante resolución de 19 de julio de 2001, este organismo acordó no aprobar el cálculo del coste neto presentado por Telefónica para los años 1998 y 1999, a pesar de lo cual –y sin calcular por sí mismo este coste– concluyó que la prestación del servicio universal no había supuesto una “desventaja competitiva” para el operador y que, en consecuencia, no tenía derecho a ser compensado. Este es el razonamiento desautorizado por la Audiencia Nacional.

52. Hasta la reforma del precepto, la identificación de un coste neto por el procedimiento de licitación automatizaba la consideración de la existencia de una carga injustificada. Conviene advertir, con todo, que en la limitada práctica habida hasta ahora, la de la licitación para el servicio de consulta pública, el propio procedimiento de licitación fijaba como premisa la inexistencia de coste neto (cláusula 8.c) del pliego aprobado mediante Orden ITC/2833/2008.

53. Desde la STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007/7726), se confirmó la legalidad de la determinación de zonas no rentables efectuada por la CMT.

54. Estos “beneficios no monetarios”, calificados como “beneficios intangibles” en la terminología comunitaria, suponen un indudable beneficio derivado de la prestación del servicio universal, que debe ser cuantificado y computado a los efectos de calcular el coste neto de una concreta anualidad. La importancia de estos beneficios puede ser crucial en el nuevo contexto, toda vez que –tal y como hemos tenido ocasión de advertir– su propia existencia puede ser suficiente atractiva para hacer factible un procedimiento de licitación pública para la designación del operador obligado a la prestación de todo o parte del servicio universal. Entre ellos destaca el RSU05, sin ánimo de exhaustividad, el mayor reconocimiento de marca, las ventajas derivadas de la ubicuidad, la valoración de los clientes o grupos de clientes, teniendo en cuenta su ciclo de vida, así como las ventajas comerciales que implica el tener acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico. De entre estos criterios, la CMT solo ha venido aplicando hasta ahora el de la ubicuidad.

55. El artículo 44 RSU05 exige para el cálculo del coste neto una suerte de “contabilidad de costes” que se exigirá a estos efectos en todo caso, con independencia de las exigencias de este orden que se puedan imponer al operador designado desde la perspectiva del control del mercado.

Tal y como adelantábamos, si del cálculo verificado se desprende un saldo positivo, la CMT deberá valorar si la prestación misma del servicio universal ha supuesto para el operador designado una “carga injustificada” (expresión esta que, en el seno de la LGTel03, sustituye a la “desventaja competitiva”, de lo que la CMT extrae importantes consecuencias), sin que ni la LGTel03 ni el RSU05 ofrezcan criterios para identificar este nuevo concepto jurídico indeterminado, todo lo cual genera dificultades añadidas para la labor de control judicial.

Sin perjuicio del cambio de criterio incorporado a la LGTel03, y siendo sustancialmente igual el sistema de cálculo del coste neto bajo la LGTel98 y bajo la vigente LGTel03, conviene tener presente que en los ejercicios verificados hasta ahora, la CMT ha asumido una posición progresivamente más generosa con la situación de TESAÚ. Para los primeros ejercicios, años 1998 y 1999, concluyó, aun sin aprobar el cálculo del coste neto propuesto por Telefónica, que la inexistencia de “desventaja competitiva” impedía reconocerle derecho a compensación, criterio desautorizado, como advertimos, por la STS de 10 de julio de 2007. Para los ejercicios 2000, 2001 y 2002, la CMT concluyó que sí existió coste neto, pero no “desventaja competitiva”, sobre la base de un argumento pretendidamente claro: la cuota de mercado del operador designado apenas se había reducido, siendo mayores su nivel de ingresos por cliente, su eficiencia operativa y los márgenes extraordinarios obtenidos. Criterio que fue confirmado, para el ejercicio 2000, por la STS de 30 de noviembre de 2007,⁵⁵ pero no por las SSTS de 25 y 24 de febrero de 2009, respectivamente, para los ejercicios 2001 y 2002, que avalaron la conclusión de la Audiencia Na-

cional de que para valorar si había existido “una carga injustificada o una desventaja competitiva” debían tomarse en consideración “la telefonía fija, la telefonía móvil y las redes públicas en las zonas no rentables”.⁵⁶

Más recientemente, para los ejercicios 2003 a 2005 y 2006, la CMT ha considerado, finalmente, que el operador designado había incurrido en un coste neto que, además, le había supuesto una carga injustificada. Así se apreció, respectivamente, en las resoluciones de 29 de noviembre de 2007 y de 12 de marzo de 2008, en las que se advirtió que el cambio de criterio –de la “desventaja competitiva” a la “carga injustificada”– supone aligerar el requisito, limitado a la mera apreciación de si la carga tiene o no una “justificación objetiva”.⁵⁷

Sea como fuere, alcanzada esta conclusión, se hizo, por primera vez, necesario abrir el procedimiento de compensación.

Cuando se trata de compensar por la prestación del servicio universal, surge como duda inmediata de dónde deben extraerse los recursos para hacer efectiva esta compensación. El legislador español ha descartado otras fórmulas contempladas por la Directiva 2002/22/CE, más respetuosas con los principios que inspiran el modelo –en particular, la financiación a través de presupuestos públicos⁵⁸ o la financiación por parte de los usuarios finales mediante la fijación de una tasa de valor añadido–, para contemplar como única vía de financiación la creación de un fondo de compensación engrosado desde el propio mercado. La LGTel03 contempla, en efecto, la implantación de un “mecanismo de compensación”, al que deberán contribuir “todas o determinadas categorías de operadores” en pleno respeto al principio de transparencia (artículo 24.2),

55. RJ 2007/8343.

56. De hecho, la Resolución de 25 de marzo de 2004, que resolvió sobre el ejercicio 2000, identifica implícitamente el término “carga injustificada” con el de “desventaja competitiva”, al considerar que aquella se refiere a un desequilibrio para competir derivado de la asunción de la prestación del servicio universal.

57. Bien es verdad que, así identificado el requisito de la carga injustificada, no ha de resultar muy determinante: o se da siempre, como derivación de la propia designación, o no se da nunca, por aplicación del criterio de corresponsabilidad en la prestación del servicio universal. A tales efectos son, en nuestra opinión, más útiles las apreciaciones de la CMT en ambas resoluciones acerca del beneficio obtenido por otros operadores, en particular los de telefonía móvil, del hecho de que el operador designado hubiera asumido la carga de prestar el servicio universal, particularmente en términos de interconexión.

58. La financiación a través de presupuestos públicos es, desde luego, mucho más oportuna desde el punto de vista de la neutralidad y de la eficiencia, y ni siquiera presenta ya el inconveniente de la dificultad de delimitar el ámbito de la obligación financiada siempre y cuando se atiendan los criterios de la Sentencia Altmark. De modo que se debería favorecer en el futuro que nuestra legislación se decantara por esta opción –al menos para financiar algunos elementos del servicio universal–, superando la evidente renuncia política basada en la intención de evitar la repercusión en la carga fiscal de los contribuyentes. Argumento este que no cabe sino relativizar, cuando se reconoce que la propia universalidad de las prestaciones incluidas en el servicio universal y la virtual generalidad con la que se ha concebido la exigencia de cofinanciación a todos los operadores, implican que los propios contribuyentes, en cuanto que usuarios de servicios de telecomunicaciones, vienen a sufragar indirectamente unas prestaciones cuya financiación se exige a los operadores que, de forma inmediata, computarán sus aportaciones al sistema de financiación a la hora de calcular sus propios costes de prestación.

siendo así que corresponde a la CMT fijar la aportación que corresponderá a cada operador obligado a contribuir a la financiación del servicio universal, así como las posibles deducciones y exenciones (artículo 24.3).

Esta opción por la financiación desde el mercado, se fundamenta en el carácter general con el que se impone la obligación de servicio universal, al que antes aludimos, toda vez que, aunque no todos los operadores estén obligados activamente a prestar el servicio universal, sí lo están a colaborar en su financiación, ya que todos son corresponsables de su garantía. De hecho, la nueva LGTel03 insiste en la lógica de la universalización de las cargas de servicio universal, al ampliar el ámbito de los obligados a cofinanciarlo a “todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas”, sin especificar que se trate de redes públicas o privadas, o de servicios concretos [artículos 47 y 48.3.a) RSU05], de modo que solo se contempla la posibilidad excepcional de que la CMT exima de esta obligación a los operadores que no superen un determinado umbral de volumen de negocios a escala nacional. Posibilidad que ha materializado la CMT al identificar a los operadores obligados para compensar el coste neto incurrido por TESAU en los ejercicios 2003 a 2005, cuando en su Resolución de 25 de septiembre de 2008 eximió a los operadores que no hubieran obtenido un mínimo de 6 millones de euros al año; criterio que la Resolución de 1 de julio de 2009 mantiene para el ejercicio 2006.⁵⁹

En aplicación de aquella regla y, en su caso, de su excepción, la CMT ha de fijar la lista definitiva de operadores obligados a contribuir a la financiación del servicio universal, como, de hecho, ha ocurrido en la citada Resolución de septiembre de 2008, en la que fueron cuatro los operadores identificados como contribuyentes: TESAU, Movistar, Vodafone y Orange. Esta lista debe publicarse en el BOE (artículo 47.1 RSU05),

como deberán publicarse las precisiones de la CMT sobre el propio mecanismo de financiación compartida, y, en concreto, los principios aplicables al reparto de costes. Y es que la CMT retiene, en el ámbito de la LGTel03, la competencia para la determinación de las aportaciones que correspondan a cada uno de los operadores obligados a contribuir a la financiación del servicio universal, así como para fijar los criterios a aplicar a la hora de fijar este reparto, si bien el RSU05 advierte que la aportación de cada concreto operador vendrá determinada de forma proporcional a su actividad (artículo 49.1), de modo que se establecerán “contribuciones equitativas y no discriminatorias”.⁶⁰ Una vez publicada la lista definitiva, se requerirá a cada operador para que, en un único pago, efectúe el ingreso que le corresponda en el plazo de un mes desde que se le notifique, sin perjuicio de que el monto de este ingreso pueda verse reducido por compensación con su derecho a ser reembolsado de un coste neto cuando él mismo es prestador de servicio universal (artículo 49.3 RSU05). Hasta el punto de verse anulado, como de hecho ha ocurrido respecto de TESAU, para los ejercicios 2003 a 2005.

Las contribuciones de los operadores obligados engrosarán el llamado Fondo Nacional del Servicio Universal de las Telecomunicaciones, que ya contemplaba, en términos casi idénticos, la LGTel98, y cuya constitución efectiva depende, en último término, de que los costes de gestión compensen su creación.⁶¹ Lo anterior se explica en aplicación del principio de minoración de costes y cargas [artículo 48.2.c) RSU05], puesto que los fines de este Fondo son bien simples. En los términos del artículo 50.2 del RSU05, concretamente dos: a) Gestionar el cobro efectivo de las aportaciones de los operadores de comunicaciones electrónicas. b) Gestionar los pagos a los operadores con derecho a recibirlos por la prestación del servicio universal. De

59. *Vid.* Resolución de 1 de julio de 2009 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se procede a la puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto del servicio universal incurrido por TESAU en relación con el ejercicio 2006.

60. En concreto, “cada operador contribuirá a la financiación del servicio universal de forma proporcional a la cantidad resultante de detracer de los ingresos brutos de explotación obtenidos los pagos por interconexión, ponderándose, en su caso, el importe de su contribución con un factor corrector, en función del servicio prestado” [artículo 48.3.a) RSU05]. Advierte, en todo caso, el RSU05 que se trata de un criterio que puede verse desplazado, por decisión del Ministerio, previo informe de la CMT, cuando, la evolución tecnológica y las condiciones del mercado, permitan lograr un reparto más equitativo de la carga derivada del servicio universal, a través de la aplicación de otros parámetros de distribución que representen mejor la actividad de los operadores.

61. De no darse esta segunda condición, puede preverse reglamentariamente, a propuesta de la CMT, la existencia de un mecanismo de compensación directa entre operadores (artículo 50.4 RSU05). Estos costes, en los términos del artículo 52 del RSU05, incluyen los costes que ocasione a la CMT la supervisión del coste neto, los costes administrativos y los derivados de la gestión de las contribuciones, siendo todos ellos objeto de reparto entre los operadores obligados con los mismos criterios aplicados para el reparto del coste neto.

ahí precisamente que el Fondo carezca de personalidad jurídica, tal y como prescribe el artículo 24.4 de la LGTel03, según el cual aquel consistirá propiamente en una cuenta específica, de titularidad de la CMT, que la gestionará.⁶²

Tal y como se deduce de lo anterior, la propia existencia del Fondo se explica por la acumulación de las aportaciones recibidas de los operadores obligados a cofinanciar el servicio universal, a las que se sumarán, en su caso, los rendimientos patrimoniales que pueda generar el Fondo (artículo 51.3 RSU05)⁶³ y, lo que es menos probable, las aportaciones que pueda realizar cualquier persona física o jurídica que desee contribuir “desinteresadamente” a la financiación de cualquier prestación propia del servicio universal (artículo 51.1 RSU05).⁶⁴

Las compensaciones por la prestación del servicio universal se pagarán con cargo al Fondo. Conforme a la LGTel03, los operadores sujetos a obligaciones de prestación del servicio universal recibirán de este Fondo la cantidad correspondiente al coste neto que les supone dicha obligación, calculado según el doble procedimiento descrito más arriba, minorado, tal y como advertíamos, en función de la contribución que les correspondiera en su condición de operadores en el mercado. Corresponde, obviamente, a la CMT llevar a cabo el correspondiente proceso de distribución, advirtiendo el artículo 51.4.c) del RSU05 que los operadores con derecho a compensación, la recibirán en el plazo de un mes contado desde la finalización del plazo de pago de las aportaciones, “de acuerdo con las aportaciones habidas”. Sin embargo, y esto es fundamental, “la obligación de prestar el servicio universal no quedará condicionada, en ningún caso, a la recepción de compensaciones que provengan del Fondo” (artículo 51.6 RSU05).

A la vista de todo lo anterior, podemos concluir afirmando que el servicio universal se ha consolidado ya como una nueva técnica de servicio público, versión reconstruida de la técnica más clásica en un entorno liberalizado, pero que responde en su misma naturaleza y que se inspira, en su propia esencia, en los mismos criterios que alumbraron en su origen el servicio público como mecanismo de garantía, para todos los ciudadanos, de ciertas prestaciones imprescindibles para la interdependencia social. La radical ruptura con la titularidad omnicomprendiva de la actividad que el proceso de liberalización supone, no impide reconocer que, allá donde el mercado falle para asegurar esas prestaciones mínimas a todos los ciudadanos, se articula una forma de intervención pública que, en su planteamiento y estructura, se parece mucho más al servicio público más clásico de lo que, a primera vista, pudiera parecer. El servicio universal de telecomunicaciones se ofrece así como una síntesis, no ya como una antítesis, del ya centenario servicio público. Quizás la más típica y depurada en el escenario de las liberalizaciones, lo cual redunda en su valor como referente para otros sectores, aun cuando la prudencia aconseja evitar todo mimetismo automatizado. ■

62. *Vid.* artículo 24.4 LGTel03 y, en su desarrollo, artículos 50 a 52 RSU05. Las funciones de gestión encomendadas a la CMT se concretan en múltiples aspectos (artículo 50.3 RSU05), entre los que destacan –al margen de los que se refieren a la administración ordinaria– tres: la función de aprobar la memoria anual de su gestión, que se incorporará al informe anual que la CMT ha de presentar al Gobierno (ap. c); la función de determinar las contribuciones de cada operador (ap. e), que ya nos consta, y, sobre todo, la de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materias relacionadas con el Fondo (ap. f).

63. Toda vez que el propio RSU05 no renuncia a la posibilidad de obtener del mismo rendimientos financieros, sin dejar de garantizar su indemnidad, al especificar el apartado 3 del artículo 51 RSU05 que los recursos del Fondo puedan ser invertidos, siempre y cuando sea “en activos financieros de alta liquidez y rentabilidad asegurada.”

64. Se trata, es obvio, de aportaciones voluntarias, que, sin embargo, no cabría descartar en todo caso, particularmente en relación con concretos elementos de la prestación del servicio universal, como puedan ser los que se refieren a la atención de discapacitados o de usuarios socialmente débiles. Pensemos que puede haber entidades orientadas al cumplimiento de los fines de protección de unos y otros colectivos, que pueden considerar la posibilidad de contribuir al Fondo para facilitar la prestación de estos concretos elementos del servicio universal. A los efectos de lo cual, y en la medida en que las donaciones pueden ser condicionadas, debería articularse alguna fórmula que permitiera respetar las especificaciones de destino de estas contribuciones.

Ayudas de Estado en telecomunicaciones: el Wi-Fi municipal

Gloria Calvo Díaz

Consejera de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Abogada del Estado

- 1. Los principios de la actividad pública**
- 2. Las modalidades de intervención de las administraciones públicas**
 - 2.1. Modalidades
 - 2.2. Las condiciones como operadores
 - 2.2.1. Inscripción. 2.2.2. Transparencia. 2.2.3. No discriminación. 2.2.4. Rentabilidad. 2.2.5. Separación contable
- 3. Las condiciones en el ejercicio de su potestad pública. La gestión del dominio público**
- 4. El régimen de ayudas públicas. El caso de las ayudas para banda ancha. Las Directrices de la CE de 30 de septiembre de 2009**
 - 4.1. Los servicios de interés económico general. Los criterios de la Sentencia “Altmark”
 - 4.2. Actuación como inversor privado
 - 4.3. Compatibilidad de las ayudas para banda ancha
 - 4.4. Las ayudas para el despliegue de redes de nueva generación (NGAs)
- 5. Conclusiones. El Código de buenas prácticas de las AA.PP. de la CMT**

Las redes Wi-Fi plantean cuestiones de índole general, comunes al papel de las administraciones públicas en estas actividades, desde su papel como meras facilitadoras del despliegue de infraestructuras hasta su participación directa en el mercado como operadoras de redes y servicios.

De todas las figuras, la que mayores interrelaciones, y riesgos, presenta en función de la situación competitiva actual y sus perspectivas de evolución futura, es la más integrada como operadora de servicios.

Comenzaremos por señalar que no hay una única respuesta desde el punto de vista de la regulación. “El demonio está en los detalles”. Las condiciones, el “cómo”, son la clave para que la intervención pública actúe como catalizador o como freno del desarrollo de las mejores respuestas para el conjunto de los ciudadanos.

1. Los principios de la actividad pública

El capítulo I del título II de la Ley general de telecomunicaciones (en adelante, LGTel) contiene el régimen jurídico básico de la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

De acuerdo con su artículo 2, las telecomunicaciones se califican como servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia, despoídos ya, desde la liberalización acometida en los años 90, de su antigua naturaleza de servicios públicos, lo que excluye el recurso a las figuras propias de estos cuando se trate de intervenciones de las administraciones públicas.

La libre competencia constituye objetivo de orden público para todas las entidades públicas llamadas a preservarla en el ámbito de sus competencias y capacidades.

Ahora bien, la *despublicatio* de las telecomunicaciones no excluye la persistencia de los objetivos de interés público. Conforme al artículo 3, son objetivos de la LGTel a los efectos que ahora interesan los de:

“c) Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social (...)

“e) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad (...)

Es importante destacar que la concreción de las obligaciones de servicio público, tanto por la vía de la definición de las prestaciones integradas en el servicio universal, como de otras obligaciones de carácter público, resulta reservada en exclusiva al Estado (artículos 20 y ss. de la Ley).

2. Las modalidades de intervención de las administraciones públicas

2.1. Modalidades

Como se ha señalado anteriormente, el régimen establecido en la LGTel no excluye, en absoluto, la participación de las administraciones en estos mercados; antes bien, la contempla expresamente, sometiéndola a las condiciones generales previstas para todo agente que participe de ellas como operador de redes y/o servicios, y a determinadas condiciones especiales destinadas a prevenir las distorsiones que pudieran resultar de su doble naturaleza pública y privada.

En consecuencia, resulta de primera importancia la correcta identificación, por parte de la Administración actuante, del objetivo de interés general que pretende atender y, consecuentemente, la correcta elección de la modalidad con la que se propone intervenir en el mercado: si como un operador más en él, las condiciones serán las propias de estos con las específicas previstas para las entidades públicas; si en su papel de Administración pública, con los límites que resultan de la *despublicatio* de estas actividades, pero con las prerrogativas propias de su condición de garantes del interés público.

En el caso concreto de explotación y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, mediante el uso de tecnologías que operan en la banda de uso común, por parte de las administraciones públicas, estas iniciativas perseguirían el objetivo de aumentar la pluralidad de la oferta o la cobertura de los servicios de banda ancha para el beneficio de sus ciudadanos.

No obstante, estas iniciativas, si no se realizan de forma procompetitiva, podrían constituirse finalmente como barreras de entrada a nuevos agentes privados o como una práctica que expulse del mercado a los operadores presentes.

Actualmente, la iniciativa privada que resultaría más afectada por la actuación de las administraciones públicas sería la de los servicios prestados a través de

la telefonía móvil 3G, por la sustituibilidad entre los servicios prestados a través de este tipo de redes y las redes basadas en la banda de uso común, y por el intenso proceso inversor que los operadores móviles de red están realizando.

Las administraciones públicas pueden optar por alguna de las siguientes modalidades de intervención:

1. Facilitadoras del despliegue de infraestructuras. Actuación típica de sus prerrogativas públicas como titulares del dominio público.

2. Operadores de redes realizando, por sí o por tercero, despliegues propios. Sobre dichas redes una o varias empresas privadas pueden prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

3. Operadores integrados de red y servicios. La Administración pública realiza tanto la explotación de la red como la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, representando el modelo más integrado de presencia en el mercado y el que mayores desafíos plantea en función de la realidad de mercado en cada caso.

En todos los casos, es esencial una opción clara por el papel público o privado para que las iniciativas públicas protejan los intereses públicos, todos, también la competencia, adecuadamente.

Y esa elección debe resultar la más adecuada a las condiciones del mercado.

La Administración puede prestar un servicio de comunicaciones electrónicas en zonas donde ningún inversor privado está prestando dicho servicio (sería el caso de municipios sin cobertura 3G o sin cobertura ADSL), lo que podría justificar su intervención.

En estos casos, el objetivo perseguido por la Administración sería, en principio, el de interés general, en la medida en que resultara necesario para garantizar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos y que todos puedan tener acceso a los servicios de la llamada "sociedad de la información". Ello requerirá de la constatación de que no hay competencia privada, al tratarse de zonas donde el inversor privado no considera rentable realizar la actividad económica.

Pero, incluso en este escenario, la actuación de las administraciones públicas en el despliegue, explotación y/o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, basados en tecnologías que operan en las bandas de uso común, debería ser tal que no desincentivara la entrada posterior de nuevos operadores. Esto pasaría por la configuración de una oferta, por parte de las administraciones públicas, que dé cabida a servicios prestados por el mercado en competencia, tal

y como se matizará en el apartado siguiente de condiciones a cumplir para operar en el mercado.

En estas condiciones, la iniciativa pública maximizaría las posibilidades de los consumidores para acceder a servicios de la sociedad de información. En efecto, el esfuerzo inicial de las administraciones públicas (siempre que no levanten barreras a la entrada de nuevos operadores) podría servir de base para que, una vez existiera una masa crítica de usuarios, la inversión privada entrara a competir y los consumidores pudieran beneficiarse de una mayor oferta de servicios.

Además, pueden presentarse supuestos en los que una entidad pública decida prestar el servicio en una zona donde ya se está prestando por parte de operadores privados, en concurrencia con ellos.

En este caso, la justificación de la intervención ya no vendría determinada por la necesidad de prestar el servicio en una zona desabastecida. No existiría, por tanto, una de las premisas justificadoras de la intervención pública. La concurrencia de su existencia deberá ser analizada con sumo cuidado, y caso por caso, por el regulador, para evitar que la intervención de una entidad pública pueda dar lugar a situaciones de distorsión de la libre competencia.

En este caso, iniciativas de las administraciones públicas que no cumplieren las reglas del libre mercado estarían desincentivando a los operadores móviles de red en su esfuerzo inversor, por cuanto que harían no rentables sus despliegues de infraestructuras. Este sería el caso de un ayuntamiento que desplegara una red Wi-Fi en las zonas más concurridas de un municipio (allí donde más rentable es el despliegue de 3G) y ofreciera por debajo de coste la conectividad a los transeúntes.

2.2. Las condiciones como operadores

Resultan claves tanto para la elección del modo adecuado de intervención como para garantizar los plenos beneficios que se pretenden.

De acuerdo con el artículo 6.2 de la LGTel, “los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos que se determinen mediante Real Decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Quedan

exentos de esta obligación quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.”

Por su parte, las administraciones públicas están sometidas a lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LGTel, a cuyo tenor “la prestación o explotación en el mercado de servicios o redes de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas se deberá ajustar a lo dispuesto en la citada ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, pudiendo, esta Comisión, imponerles condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.”

2.2.1. Inscripción

El artículo 6.2 de la LGTel impone, como única obligación, la notificación a esta Comisión, con anterioridad al inicio de la actividad, de la intención de explotar una red o prestar un servicio de comunicaciones electrónicas, en los términos que se determinan en el Real decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Pero la obligación de notificación solo nace cuando el servicio a prestar es un servicio de comunicaciones electrónicas, o cuando la red a explotar sea una red pública de comunicaciones electrónicas, es decir, cuando sobre la misma se presten servicios de comunicaciones disponibles al público.

Al respecto, el anexo II, en su apartado 28, de la citada LGTel, define el servicio de comunicaciones electrónicas como el “prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos; quedan excluidos, asimismo, los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.”

Igualmente, el anexo II, en su apartado 26, de la LGTel, define el concepto de “red pública de comunicaciones” como “la red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público”. Es decir, para poder calificar una red de comunicaciones como una red pública, es necesario que el servicio que se soporta sobre la misma sea un servicio de comunicaciones electrónicas, y que, además, esté disponible al público en general.

En el caso de explotación de redes, el inicio de la actividad se corresponde con cualquiera de los siguientes momentos: i.) el inicio de la creación de la red; ii.) el inicio de su aprovechamiento; iii.) la toma del control de la red; iv.) la puesta a disposición de la red a los posibles usuarios de la misma. En el caso de prestación de servicios, el inicio de la actividad se corresponde con el momento de la oferta del servicio a los usuarios a los que van destinados.

Esta comunicación no será necesaria en el caso de explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación, ya que este escenario se enmarcaría en la tipificación contemplada en el artículo 5.4 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

La única exención a esta obligación se establece en el inciso final de este precepto, a favor de quienes exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas “en régimen de autoprestación”.

Por su parte, el Reglamento del servicio universal contempla en su artículo 4, de forma expresa, una excepción al régimen general descrito. Así, se dispone que: “Conforme al artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la explotación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas con contraprestación económica serán de aplicación las condiciones impuestas, en su caso, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la libre competencia.

“La prestación transitoria por las entidades locales a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica precisará su comunicación previa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Cuando ésta detecte que dicha prestación afecta al mercado, en

función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, podrá imponer condiciones específicas a dichas entidades en la prestación de los servicios conforme al párrafo anterior.”

Ninguna de las normas reguladoras de esta materia ha definido el citado concepto (autoprestación) ni el alcance del mismo. No obstante, los artículos 6 y 7.3 de la derogada Ley 11/1998, general de telecomunicaciones, específicamente para las administraciones públicas, al establecer los principios aplicables a esta actividad, definían la “autoprestación” por contraposición con el concepto de “oferta a terceros”, al prever: “La prestación de servicios y el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones podrá realizarse bien mediante autoprestación o bien a través de su oferta a terceros, en régimen de libre competencia...”. Según esta previsión, estaríamos frente a un caso de autoprestación cuando el explotador de la red o prestador del servicio no ofreciera la actividad a terceros.

Queda, por tanto, por definir qué se debe entender, a estos efectos, por “oferta a terceros”.

A este respecto, resulta de interés lo manifestado en el fundamento de derecho sexto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 16 de julio de 2004, cuando dice: “De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 11/1998, de 24 de abril: ‘3. La prestación de servicios o la explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de autoprestación y sin contraprestación económica de terceros, por las Administraciones Públicas o por los Entes públicos de ellas dependientes, para la satisfacción de sus necesidades, no precisará de título habilitante’. Por tanto, las administraciones públicas no precisan de título habilitante para la prestación de servicios o explotación de redes de telecomunicaciones, siempre que sea para la satisfacción de sus necesidades, es decir, en régimen de autoprestación.”

Por tanto, solo puede hablarse de autoprestación cuando sea para satisfacción de las necesidades propias del servicio, entendiendo por tales tanto las de sus trabajadores como las de los usuarios, en relación con el contenido del propio servicio prestado.

La Comisión, en su Resolución de 27 de octubre de 2005, considera que esta interpretación del término autoprestación, derivada del análisis de la derogada Ley 11/1998, general de telecomunicaciones, es de plena aplicación a la regulación establecida en la vigente LGTel.

2.2.2. Transparencia

Una de las cuestiones más importantes que se plantean en torno a las relaciones que surgen, entre las administraciones públicas y los operadores, en materia de establecimiento de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en competencia, es la garantía del acceso de los distintos agentes del mercado en idénticas condiciones, de manera que todos los “partícipes” gocen de las mismas condiciones de partida que favorezcan el desarrollo de diferentes soluciones.

La transparencia se erige, además, en instrumento para la garantía de que la decisión de intervenir, y el modo de hacerlo, son los adecuados a la situación de mercado.

La apertura de un periodo de información pública, al objeto de que los distintos operadores que pudieran estar interesados en establecer su propia red manifiesten dicho interés, y/o la licitación de la prestación de servicios sobre dicha red, resultan claves para identificar el interés real del mercado para satisfacer las necesidades identificadas, y las condiciones para hacerlo.

La información facilitada por la Administración dentro del periodo de información pública, debe contener el nivel de detalle suficiente (requisitos de conectividad, emplazamientos puestos a disposición por la Administración pública, servicios a prestar, etc.) para su análisis por los posibles agentes interesados, y deberá respetar, en la medida de lo posible, el principio de neutralidad tecnológica.

2.2.3. No discriminación

Una de las cuestiones que se plantean en torno a las relaciones que surgen entre las administraciones públicas y los operadores, en materia de establecimiento de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en competencia, es la garantía del acceso de los distintos agentes del mercado en idénticas condiciones, de manera que todos los “partícipes” gocen de las mismas condiciones de partida que favorezcan el desarrollo de diferentes soluciones.

Sin perjuicio del carácter de servicios de interés general de las telecomunicaciones, cuando una Administración pública es titular de una red inalámbrica, la cesión de uso de esta red a un operador de servicios de comunicaciones electrónicas deberá ajustarse a la regulación de contratos aplicable a la Administración pública de que se trate.

Por tanto, aunque el contrato de cesión de la red, entre el prestador del servicio y la Administración pública titular de la misma, tenga carácter privado, el respeto a los principios que rigen la contratación por las administraciones públicas, en especial publicidad e igualdad, exige a estas entidades la realización de un mayor esfuerzo, encaminado a eliminar las barreras de entrada a los operadores, contemplando medidas destinadas a permitir la prestación de servicios por el mayor número de entidades interesadas posible, favoreciendo la competencia y la pluralidad del mercado.

2.2.4. Rentabilidad

Las administraciones públicas, deberán formar sus ofertas de precios a los usuarios de servicios o redes públicas de comunicaciones electrónicas de conformidad con las reglas que rigen los mercados en competencia. En consecuencia, deben aspirar a obtener un rendimiento normal, es decir, el que todo inversor privado en una economía de mercado trataría de obtener de su inversión de capital.

En este sentido, las administraciones públicas no pueden vender por debajo de coste en un mercado en competencia, a menos que se trate de una estrategia comercial asumible por cualquier operador privado sin recurrir a la financiación pública de las pérdidas.

El Reglamento de mercados establece en su artículo 4:

“[C]onforme al artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la explotación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas con contraprestación económica serán de aplicación las condiciones impuestas, en su caso, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la libre competencia.

“La prestación transitoria por las entidades locales a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica precisará su comunicación previa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Cuando ésta detecte que dicha prestación afecta al mercado, en función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, podrá imponer condiciones específicas a dichas entidades en la prestación de los servicios conforme al párrafo anterior.”

La financiación de la actividad como operador de comunicaciones electrónicas por parte de la Administración pública, deberá realizarse por medio de los rendimientos de la explotación de la misma, no pudiendo neutralizarse pérdidas con transferencias de fondos públicos. La única financiación externa permitida es la que cumpla con el principio del inversor privado en una economía de mercado (también en lo que se refiere a la constitución de la sociedad). La financiación puede ser obtenida directamente de los ingresos provenientes de los usuarios o mediante otras fuentes (publicidad), siempre que estos fondos provengan de capital privado.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entiende que la expresión “contraprestación económica”, recogida en el artículo 4 del Reglamento de prestación de servicios, alude a la obtención de los recursos necesarios para la explotación de la red o la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas a través de medios admitidos dentro del tráfico comercial, excluyendo el recurso a fondos públicos. La posibilidad de obtener recursos a través de fuentes de financiación abiertas al resto de los operadores en el mercado, resulta adecuada desde esta perspectiva.

De esta forma, se diferencia entre gratuidad-contraprestación económica. Un servicio de comunicaciones electrónicas puede resultar gratuito para el usuario final, aunque el operador pueda recibir una contraprestación económica que provenga de actividades derivadas de la explotación de la red o la prestación del servicio, como sería en este caso la publicidad.

Por lo que se refiere a la financiación de la actividad de telecomunicaciones a desarrollar por las administraciones públicas (y sin perjuicio del tratamiento del régimen comunitario de ayudas de Estado que se describirá más adelante), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha pronunciado en relación con la utilización de fondos públicos, por las implicaciones que dicha práctica podría suponer para el desarrollo de una competencia efectiva, y su difícil encaje en unos servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, en concreto sobre determinadas formas de financiación que no resultan acordes con las previsiones normativas de la legislación de telecomunicaciones.

Como ha indicado la CMT en Resolución de 5 de junio de 2003:

“En cuanto a la financiación de la actividad con cargo a la presupuestos municipales hemos de señalar una vez más que, como ya se ha indicado anteriormen-

te, los Ayuntamientos al establecer y explotar una red pública de telecomunicaciones, habrán de operar en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, sin prevalerse de su condición de Administración Pública, v.gr., neutralizando pérdidas con transferencias de fondos públicos municipales. Ello supondría una clara ventaja competitiva respecto de sus posibles competidores en el mercado y una barrera de entrada para éstos en el mismo mercado ya que no podrían replicar la actividad al no poder obtener, ni siquiera, el retorno de la inversión que deben realizar.

“Por lo tanto, la financiación de la red habrá, en todo caso, que realizarse por medio de los rendimientos de la explotación de la misma en un régimen de libre competencia.”

Cuando los servicios ofrecidos por la Administración pública se limitan exclusivamente a proporcionar a los usuarios un acceso restringido a las páginas de la Administración pública, sin permitir ningún tipo de acceso a páginas de otra índole, habida cuenta de que dicho servicio no colisiona ni es sustitutivo de los ofrecidos por los distintos operadores en el mercado, este podría ser ofrecido por las administraciones públicas en condiciones no sujetas a las reglas que rigen los mercados en competencia, siendo, en este escenario, legítima la financiación pública para la prestación de dicho servicio. En particular, este tipo de servicio podría ser ofrecido de forma gratuita.

2.2.5. Separación contable

La Directiva marco, en su artículo 13, establece la obligación de la separación contable, y determina que dicha separación ha de realizarse de la misma manera en la que se exigiría para empresas jurídicamente independientes: identificando todas las partidas de costes e ingresos, especificando la base de cálculo y los métodos de asignación utilizados, con un desglose pormenorizado del activo fijo y de los costes estructurales.

En aquellos casos en que una Administración pública se autopresta y usa la capacidad sobrante para prestar servicios minoristas y/o mayoristas, no existe un criterio único e igual para todos los casos para imputar costes, sino que puede variar en función de las características de la red creada, de la manera como se venda a terceros dicha capacidad sobrante, etc.

El criterio debe ser tal que garantice la medición objetiva de los recursos empleados y de forma estable en el tiempo.

La separación contable se ha de concretar de la misma manera que la que se exigiría para empresas jurídicamente independientes: identificando todas las partidas de costes e ingresos, especificando la base de cálculo y los métodos de asignación utilizados, con un desglose pormenorizado del activo fijo y de los costes estructurales.

3. Las condiciones en el ejercicio de su potestad pública. La gestión del dominio público

A diferencia de lo que ocurre con las redes fijas, en las que el elevado coste que supone su implantación, no solo económico, sino también derivado de las molestias que el establecimiento de la fibra o el cable conlleva para los vecinos, supone un importante freno a su extensión, que esta Comisión trata de contrarrestar a través de los medios de que le dota la normativa de las telecomunicaciones, en el caso de las redes inalámbricas los problemas de implantación están vinculados, principalmente, a las autorizaciones que deben conceder las autoridades municipales para la ocupación del dominio público, todo ello sin perjuicio de otros aspectos a tener en cuenta, tales como la preocupación de la opinión pública sobre los niveles de radiación, etc.

El legislador comunitario, consciente de que uno de los mayores obstáculos con los que se encuentran los operadores gira en torno a la instalación de las redes, así lo recogió en los considerandos de la Directiva marco:

“(22) Debe velarse por que existan procedimientos oportunos, no discriminatorios y transparentes para el otorgamiento de derechos de instalación de recursos, con el fin de garantizar que se dan las condiciones para una competencia leal y efectiva. La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que regulan la expropiación o el uso de la propiedad, el ejercicio normal de los derechos de propiedad o la utilización normal del ámbito público, ni del principio de neutralidad con respecto a las disposiciones de los Estados miembros aplicables al régimen de la propiedad.

“(23) El uso compartido de recursos puede resultar beneficioso por motivos de ordenación territorial, de salud pública o medioambientales y las autoridades nacionales de reglamentación deben fomentarlo sobre la base de acuerdos voluntarios. Cuando las empresas no dispongan de alternativas viables, puede resultar adecuado imponer la obligación de compartir recursos o propiedades. Ello incluye, entre otras cosas, la

cubicación física y el uso compartido de conductos, edificios, repetidores, antenas o sistemas de antenas. La obligación de compartir recursos o propiedades sólo debe imponerse a las empresas tras una consulta pública completa.”

Esta necesidad también ha sido recogida por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que la ha destacado en la Resolución de 29 de mayo de 2008, señalando que “para hacer posible el despliegue de redes públicas de telecomunicaciones electrónicas resulta indispensable la ocupación de los bienes de dominio público como el subsuelo municipal o de bienes destinados por afectación a un servicio público prestado por la Administración competente como son las redes de alcantarillado, alumbrado público, de abastecimiento de agua, riego, el metro, etc. (...)”

El artículo 26 de la LGTel reconoce un derecho genérico a la ocupación del dominio público a favor de los operadores, en la medida en que sea necesario para el establecimiento de sus redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Como ha señalado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Resolución de 18 de marzo de 2008:

“Este derecho a la ocupación del dominio público por los operadores no es absoluto ni exigible *erga omnes*, puesto que está supeditado por un lado, a la necesidad del establecimiento de una red de comunicaciones electrónicas por parte del operador, y por otro, a la posibilidad de que la Administración competente titular del dominio público pueda matizar e incluso denegar esta ocupación por razones establecidas en los artículos 28 y 29 de la LGTel. Estas relaciones entre las Administraciones titulares de dominio público y los operadores deben ser auspiciadas por los principios de no discriminación entre operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el mercado (artículo 26.2 *in fine* LGTel).”

Asimismo, este derecho se complementa con otras medidas, como el reconocimiento a la ocupación de la propiedad privada y a la compartición del dominio público, la propiedad privada o las infraestructuras sobre las que se van a establecer las redes.

Ante la solicitud de un operador para implantar sus antenas, el Ayuntamiento deberá articular el ejercicio concreto del derecho a la ocupación del dominio público previsto en el artículo 26 de la LGTel. Ante la falta de alternativas, se deberá proceder de conformidad con el artículo 30 de la LGTel. Será la Administración titular de

las competencias sectoriales en “medio ambiente, salud pública, seguridad pública, u ordenación urbana y territorial” la que tome la decisión de la compartición.

En concreto, el procedimiento de compartición, tal y como señala la Resolución de 29 de mayo de 2008, anteriormente citada, se estructura en los siguientes apartados:

“1. Constatación de la imposibilidad de ejercitar de forma separada los derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, por no existir alternativas de instalación de infraestructuras por motivos de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial. Y por consiguiente, la determinación de la necesidad de la compartición, en virtud de los criterios legales citados anteriormente.

“2. El Ayuntamiento debe abrir un trámite de información pública, indicando los motivos justificados en los que apoya la intención de acordar la utilización compartida. Así pues, las normas que regulen específicamente el procedimiento para la ocupación –que estarán publicadas en el diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente– han de incluir un procedimiento no discriminatorio de resolución de las solicitudes de ocupación, garantizando la transparencia de los procedimientos y fomentando una competencia real y efectiva entre los operadores.

“Teniendo en cuenta que la LGTel no hace expresa referencia a los medios para conseguir los indicados fines de transparencia y publicidad en el procedimiento, será el Ayuntamiento quien, como garante de dichos principios, deba preocuparse de seleccionar el medio más eficaz, dirigido en cualquier caso específicamente a los operadores de telecomunicaciones y no al público en general. De este modo, o bien el Ayuntamiento dirige una notificación escrita a cada uno de los operadores que exploten redes públicas, informándoles del procedimiento abierto para declarar la compartición, o bien, lo que se estima más operativo, publica un anuncio público en un diario oficial, otorgando un plazo determinado a los operadores para que manifiesten su interés en la ocupación de la infraestructura objeto de compartición.

“3. El Ayuntamiento acuerda la utilización compartida del dominio público o propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.2 de la LGTel.

“Los operadores deberán verificar, entre otras cuestiones, la existencia de capacidad excedentaria en las infraestructuras del operador al que se pretende acceder.

“4. El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. En caso de que no se alcance el correspondiente acuerdo para el uso compartido, deberán acudir a esta Comisión que será la competente para dictar una resolución estableciendo las condiciones para la compartición.”

Los ayuntamientos, cuando implanten sus redes inalámbricas, en concreto cuando sitúen las antenas, deberán tener en cuenta estas previsiones de la LGTel. Se trataría de garantizar el acceso de terceros operadores al dominio público. Para ello, deberá contemplarse la posibilidad de implantar varias antenas sobre un mismo elemento (por ej., farolas), y, en el caso de que no tuviera más capacidad, deberán buscarse por las entidades titulares del dominio público alternativas, tales como ubicaciones alternativas, compartición de antenas, etc.

Por último, la LGTel ha establecido una salvaguarda en el artículo 29.3, con el fin de evitar que una entidad titular del dominio público aproveche su condición de tal para obtener una ventaja en la implantación de la red. Este artículo obliga a realizar una separación estructural, en estos casos, entre el operador y el órgano de la Administración local encargado de la regulación y gestión de los derechos sobre el dominio público:

“Si las Administraciones públicas reguladoras o titulares del dominio público a que se refiere este artículo ostentan la propiedad o ejercen el control directo o indirecto de operadores que explotan redes de comunicaciones electrónicas, deberán mantener una separación estructural entre dichos operadores y los órganos encargados de la regulación y gestión de estos derechos.”

4. El régimen de ayudas públicas. El caso de las ayudas para banda ancha. Las Directrices de la CE de 30 de septiembre de 2009

En el ámbito comunitario, la explotación de redes inalámbricas por las administraciones públicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a través de esas redes, han sido examinadas por la Comisión Europea, en relación con el uso de fondos que pudieran ser considerados “ayudas de Estado”, figura que aparece recogida en el artículo 87.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE), en el que se dispone que “[S]alvo que el presente Tratado disponga otra cosa,

serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”

En consecuencia, la utilización de fondos públicos en los mercados de telecomunicaciones debe respetar las exigencias derivadas de este régimen.

Es abundante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, la cual, junto a las muy recientes Directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas públicas para el desarrollo de la banda ancha, constituyen, a día de hoy, el compendio de la doctrina aplicable que pasamos a exponer.

Para que pueda apreciarse la existencia de ayuda pública, incompatible con el Tratado, es preciso que el uso de fondos revista las siguientes características:

1. Utilización de recursos públicos: subvenciones, deducciones fiscales, condiciones financieras preferentes...
2. Para actividades económicas con fin comercial: despliegue de redes de banda ancha accesibles por terceros.
3. Para empresas concretas.
4. Susceptibles de producir un falseamiento de la competencia en función del impacto en precios, servicios, inversión...
5. Con afectación a los intercambios: operadores de otros EE.MM.

La falta de alguno de estos elementos determina bien la inexistencia de ayuda, bien su compatibilidad con el régimen del TCE.

4.1. Los servicios de interés económico general. Los criterios de la Sentencia “Altmark”

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha excluido de la consideración de actividad económica sujeta al régimen de ayudas, la gestión de los denominados servicios de interés económico general, trasunto de los servicios públicos, exigiendo para considerarlos tales, dentro de un marco de discrecionalidad que se reconoce a los EE.MM., los siguientes elementos:

1. Mandato claro en cuanto a la definición de la misión de servicio de interés económico general.
2. Objetividad y transparencia en la fijación de los parámetros para el cálculo de la compensación que establezca.

3. Proporcionalidad en cuanto al montante de la compensación que debe recoger estrictamente los costes, cuya base de cálculo debe resultar de licitación pública o responder a los costes de “una empresa media bien gestionada” más un beneficio razonable derivado de la actividad.

En el ámbito de las ayudas para la extensión de los servicios de banda ancha, las Directrices recién publicadas concretan estos requisitos del modo siguiente:

1. Características especiales de la actividad. Ausencia de cobertura de banda ancha para parte importante de la población de una zona en la actualidad o para futuro próximo, de manera que exista riesgo de brecha digital.
2. Acto de encomienda del poder público. La/s empresa/s deben ser seleccionadas mediante licitación pública abierta, no discriminatoria y transparente.
3. Universalidad y obligatoriedad de la misión de interés general concretada en el suministro de infraestructura de banda ancha pasiva, ubicua, abierta y neutra.
4. Características de la compensación. Debe cubrir solo los costes de prestar el servicio en las zonas no rentables, previéndose la compensación en caso de que la red en cuestión quede en propiedad de la operadora elegida, evitando que se beneficie de su construcción para finalidades ajenas al servicio de interés general.

4.2. Actuación como inversor privado

En una decisión relativa a una iniciativa del Ayuntamiento de Ámsterdam, la Comisión Europea ha sistematizado las condiciones en las que la participación pública se considera homologable con la de los inversores privados excluyente, en consecuencia, del régimen de ayudas. La participación pública debe ser minoritaria, basada en un plan de negocios sostenible y con una rentabilidad apropiada.

La CE exige, en todo caso, una prueba exhaustiva de la concurrencia de tales condiciones.

4.3. Compatibilidad de las ayudas para banda ancha

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial en relación con el artículo 87.3 del Tratado, puede resultar compatible con el mismo el uso de fondos públicos constitutivos de ayuda pública siempre que se den las siguientes condiciones, que han de ser examinadas, caso a caso, por la CE:

1. Objetivo de interés común, contribuyendo al desarrollo de regiones desfavorecidas [apartado a) del artículo 87.3] o de actividades o regiones que no alteren las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés común (apartado c).

2. Medida adecuada y proporcionada, de manera que no exista otra menos intrusiva para conseguir el mismo objetivo.

3. Balance de efectos positivos para el interés común *versus* los negativos derivados del falseamiento de la competencia que, en todo caso, se produce.

Las Directrices clasifican a estos efectos por zonas las características de mercado, en función de las cuales valorarán los proyectos de ayuda que analicen:

– Blancas. Zonas rurales o insuficientemente atendidas en una perspectiva de futuro de 3 años. Para ellas, la CE aprecia, en principio, la existencia del objetivo fundamental de interés común de garantizar la cohesión económica y social, que justificará la compatibilidad de las ayudas.

– Negras. Aquellas en las que existe competencia entre 2 o más operadores con red propia. En este caso, la CE considera que las ayudas serán incompatibles con el Tratado.

– Grises, cuyas características son las de existencia de monopolio de red, existiendo fallos de oferta en servicios o en precios previsiblemente persistentes, en cuyo caso la compatibilidad se apreciará caso a caso siempre que se trate de ayuda a la creación de infraestructura y no exista alternativa menos intrusiva, incluidos los efectos de la regulación sectorial. Las condiciones para una adecuada intervención pública que pueda considerarse compatible con el mercado en estas zonas son, de acuerdo con el texto de la CE, las siguientes:

1. Descripción de las zonas en mapa detallado y con análisis de cobertura sometidos a consulta previa.

2. Licitación abierta en la adjudicación de las ayudas.

3. Selección de la oferta más ventajosa económicamente.

4. Respeto del principio de neutralidad tecnológica.

5. Garantía de suministro de acceso mayorista a terceros a la infraestructura desplegada con fondos públicos durante un plazo de, al menos, 7 años.

6. Fijación de precios a partir de un análisis comparativo con precios regulados *ex ante* y los aplicados en otras zonas competitivas.

7. Cláusula de devolución de las ayudas en función de la evolución de la demanda.

4.4. Las ayudas para el despliegue de redes de nueva generación (NGAs)

Las Directrices particularizan finalmente estos principios a las ayudas al despliegue de redes de fibra óptica, llamadas a sustituir a las actuales basadas en par de cobre.

El objetivo de interés común se concreta, en este caso, en acelerar los despliegues fuera de las zonas más densamente pobladas, las primeras en ser abordadas por los operadores.

La clasificación de zonas –blancas, negras y grises, también– se realiza en este caso solo sobre la base de la existencia, o no, de NGA en ellas en una perspectiva de 3 años.

La evaluación de compatibilidad, sin embargo, sí debe incorporar la existencia, o no, de redes de banda ancha tradicionales. Así, las situaciones que pueden plantearse son las siguientes:

– Zonas blancas en NGA y grises en banda ancha tradicional. La ayuda puede justificarse si se acredita demanda desatendida de servicios NGA.

– Negras tanto en NGA como en banda ancha tradicional. Las ayudas serán en principio incompatibles con el mercado, salvo prueba en contrario.

– Grises en NGA. El tratamiento es el mismo que el de las zonas grises en banda ancha tradicional.

Este régimen debe aplicarse en consonancia, por otro lado, con la regulación sectorial aplicable, cuya administración compete a las autoridades nacionales de regulación, la CMT en el caso de España.

5. Conclusiones. El Código de buenas prácticas de las AA.PP. de la CMT

El conjunto de los aspectos tratados se recogen en las conclusiones contenidas en el Código de buenas prácticas de las AA.PP. aprobado por la CMT, y que se transcriben a continuación:

1. Los servicios de telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, por tanto las administraciones públicas, cuando actúen en el mercado de las telecomunicaciones, están sujetas a la misma normativa sectorial que el resto de operadores privados.

2. Las administraciones públicas que tengan la intención de explotar redes y/o prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, mediante

las bandas de frecuencias atribuidas para uso común, con carácter previo al inicio de la actividad, deberán presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

En el caso de explotación de redes, el inicio de la actividad se corresponde con cualquiera de los siguientes momentos: i.) el inicio de la creación de la red; ii.) el inicio de su aprovechamiento; iii.) la toma del control de la red; iv.) la puesta a disposición de la red a los posibles usuarios de la misma. En el caso de prestación de servicios, el inicio de la actividad se corresponde con el momento de la oferta del servicio a los usuarios a los que van destinados.

Esta comunicación no será necesaria en el caso de explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación, ya que este escenario se enmarcaría en la tipificación contemplada en el artículo 5.4 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. Se incluiría en este caso:

a) La explotación de redes de comunicaciones electrónicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, utilizando las bandas de frecuencias atribuidas para uso común para ofrecer servicios de acceso restringido al personal de la Administración pública (brigadas de limpieza, brigadas de parques y jardines, etc.).

b) La explotación de redes de comunicaciones electrónicas, utilizando las bandas de frecuencias atribuidas para uso común en interiores de edificios públicos (bibliotecas, museos, etc.), dirigidas a sus usuarios.

3. Los operadores públicos no deben realizar sus actividades de telecomunicaciones de forma tal que establezcan barreras de entrada a los operadores privados, ni provoquen la salida del mercado de estos por la imposibilidad de competir en igualdad de condiciones.

4. Las administraciones públicas deben llevar cuentas separadas con respecto a sus actividades como operadores de telecomunicaciones, y atenerse a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, tal como señala el artículo 8.4 de la LGTel.

La separación contable se ha de concretar de la misma manera en la que se exigiría para empresas jurídicamente independientes: identificando todas las partidas de costes e ingresos, especificando la base de cálculo y los métodos de asignación utilizados, con un desglose pormenorizado del activo fijo y de los costes estructurales.

5. En cumplimiento de los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, con carácter general las administraciones públicas no deberán favorecer, en el ejercicio de sus funciones públicas, sus propias actividades como operadores de telecomunicaciones en detrimento de los derechos del resto de los operadores privados que concurran o puedan concurrir con ellas en el mismo mercado.

a) En el escenario en el que una Administración pública tenga la intención de desplegar y explotar una red de comunicaciones electrónicas, estos principios se plasman mediante la apertura de un período de información pública, para que los distintos operadores que actúan en el mercado puedan manifestar su interés en establecer su propia red.

La información facilitada por la Administración dentro del periodo de información pública, debe contener el nivel de detalle suficiente (requisitos de conectividad, emplazamientos puestos a disposición por la Administración pública, servicios a prestar, etc.) para su análisis por los posibles agentes interesados, y deberá respetar, en la medida de lo posible, el principio de neutralidad tecnológica.

En el caso de que no se constate interés por parte de ningún operador privado en el despliegue y explotación de la red, la Administración pública podrá adoptar un papel activo, siendo ella la encargada de desplegar y explotar la red de comunicaciones electrónicas.

b) En el escenario en el que una Administración pública tenga la intención de prestar servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales, sobre su propia red, los principios anteriormente mencionados se plasman mediante la apertura del correspondiente concurso público. El citado concurso debe incorporar toda la información necesaria (requisitos de conectividad, emplazamientos puestos a disposición por la Administración pública, servicios a prestar, etc.) para su análisis por los posibles agentes interesados, y deberá respetar, en la medida de lo posible, el principio de neutralidad tecnológica. Adicionalmente, y siempre que sea posible, los proyectos deben contemplar un escenario en el que convivan varios prestadores de servicios.

Dicho concurso deberá ser resuelto en observancia a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Para ello, los órganos de contratación darán a los licitadores un tratamiento de acuerdo con los principios de igualdad, no discriminación y transparencia.

En el caso de que dicho concurso resultase infructuoso, ya sea por falta de propuesta o por incumplimiento de los requisitos exigidos, la Administración pública podrá adoptar un papel activo, siendo ella la encargada de explotar y/o prestar los servicios de comunicaciones electrónicas.

6. Las administraciones públicas deberán formar sus ofertas de precios a los usuarios de servicios o redes públicas de comunicaciones electrónicas, de conformidad con las reglas que rigen los mercados en competencia. En consecuencia, deben aspirar a obtener un rendimiento normal, es decir, el que todo inversor privado en una economía de mercado trataría de obtener de su inversión de capital.

En este sentido, las administraciones públicas no pueden vender por debajo de coste en un mercado en competencia, a menos que se trate de una estrategia comercial asumible por cualquier operador privado sin recurrir a la financiación pública de las pérdidas.

Lo anterior es de aplicación tanto a los precios aplicados como a la financiación realizada/obtenida.

7. La financiación de la actividad como operador de comunicaciones electrónicas por parte de la Administración pública, deberá realizarse por medio de los rendimientos de la explotación de la misma, no pudiendo neutralizarse pérdidas con transferencias de fondos públicos. La única financiación externa permitida es la que cumpla con el principio del inversor privado en una economía de mercado (también en lo que se refiere a la constitución de la sociedad), salvo que se cumplan los requisitos de compatibilidad de ayudas públicas. La financiación puede ser obtenida directamente de los ingresos provenientes de los usuarios o mediante otras fuentes (publicidad), siempre que estos fondos provengan de capital privado.

8. En los escenarios en los que una misma red es utilizada para proporcionar servicios en autoprestación y para prestar servicios a usuarios finales, bien sea de forma directa o indirecta, los costes deberán ser divididos de forma proporcional al consumo de recursos de cada actividad. En este escenario, únicamente los costes derivados de la prestación de los servicios en autoprestación podrán ser financiados con fondos públicos. Los otros costes incurridos por la explotación y prestación de servicios deberán ser recuperados tal como indica el punto 6 de la recomendación.

9. Las administraciones públicas que exploten redes de comunicaciones electrónicas, deberán proporcionar a los operadores de comunicaciones electrónicas

una oferta de servicios mayoristas que permita a estos últimos prestar, mediante la red explotada por la Administración pública, servicios de comunicaciones electrónicas, siempre que sea técnicamente posible y exista capacidad sobrante. Dicha oferta de servicios mayoristas debe observar los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

10. Cuando los servicios ofrecidos por la Administración pública se limitan exclusivamente a proporcionar a los usuarios un acceso restringido a las páginas de la Administración pública, sin permitir ningún tipo de acceso a páginas de otra índole, habida cuenta de que dicho servicio no colisiona ni es sustitutivo de los ofrecidos por los distintos operadores en el mercado, este podría ser ofrecido por las administraciones públicas en condiciones no sujetas a las reglas que rigen los mercados en competencia, siendo en este escenario legítima la financiación pública para la prestación de dicho servicio. En particular, este tipo de servicio podría ser ofrecido de forma gratuita.

11. Cuando los servicios ofrecidos por la Administración pública se enmarcan en un entorno en el que las necesidades de los usuarios de disponer del servicio ofertado por la Administración, mediante la explotación de estas redes, conexión de banda ancha en sus distintas modalidades (interior y exterior), no se encuentran cubiertas por la iniciativa privada, la Administración pública podrá ofrecer, mientras persista dicho fallo en el mercado, dichos servicios a unos precios similares a los que se obtendrían en un mercado en competencia, permitiendo incluso ofrecerlos por debajo de costes. En este escenario, se estima legítima la compensación de las posibles pérdidas mediante ayudas públicas.

12. Cualquier ayuda pública utilizada para el desarrollo de las actividades descritas, deberá ajustarse al régimen de ayudas de Estado previsto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, requiriéndose, en su caso, su notificación previa a la Comisión Europea. ■

Intervención local en la implantación de parques eólicos. Reflexiones a partir de las últimas novedades aprobadas en este sector con el objetivo de la simplificación del procedimiento administrativo¹

Julia Ortega Bernardo

*Profesora contratada doctora de Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*

Resumen

- 1. Introducción: carácter poliédrico del proceso decisorio de implantación de parques eólicos**
- 2. Fundamento de la intervención de las entidades locales: la autonomía local y las competencias afectadas por la implantación de parques eólicos**
 - 2.1. Competencias locales afectadas por la decisión pública de implantar parques eólicos
 - 2.1.1. Competencias locales sobre protección del medio ambiente.
 - 2.1.2. Implantación de parques eólicos y competencias locales en materia de energía.
 - 2.1.3. Implantación de parques eólicos y competencia local en materia de urbanismo
 - 2.2. Fundamento de la participación local en las decisiones de implantación de los parques eólicos: la autonomía local y la legitimidad democrática de las decisiones relevantes
- 3. La intervención local en la elaboración de la norma que regula el procedimiento de implantación de un parque eólico**
- 4. Análisis de la intervención local en el proceso decisorio predeterminado por la norma de implantación de un parque eólico**
 - 4.1. Análisis de las fases del procedimiento de decisión de la implantación de un parque eólico (referencias al modelo establecido en el Decreto catalán 147/2009, de 22 de septiembre)
 - 4.2. Intervención de las entidades locales en las distintas fases del procedimiento de implantación del parque eólico
 - 4.3. Valoración de si resulta adecuado y suficiente el nivel de participación, procedimental y organizativa, de las entidades locales en el procedimiento predeterminado normativamente de implantación de parques eólicos
- 5. La intervención local a través de las licencias municipales necesarias para la implantación de los parques eólicos**
 - 5.1. ¿Deben suprimirse las licencias municipales previas a la instalación?
 - 5.2. Distinta funcionalidad de la licencia urbanística y de la licencia de actividad
- 6. Conclusiones**

1. Este estudio ha sido elaborado a raíz de la ponencia presentada en la Mesa Redonda “El papel de la Administración local en relación con la instalación de parques eólicos”, celebrada en el Congreso Internacional “Situación actual y perspectivas de futuro del régimen jurídico de la Energía eólica”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, en el marco del Proyecto de investigación SEJ 2006-15178. Agradezco mucho a los organizadores y coordinadores del mismo la invitación y la cálida acogida que me dispensaron.

Resumen

El siguiente trabajo tiene por objeto analizar el alcance de la intervención local en el proceso en el que se decide la implantación de un parque eólico. Para determinar cuál debe ser el papel de las entidades locales en dicha decisión, que corresponde adoptar a las comunidades autónomas, se estudia el fundamento de su intervención: cuáles son las competencias y los intereses locales en juego, y en qué medida se afecta a la autonomía local. La cuestión central consiste tanto en valorar si las entidades locales deben ser oídas en el procedimiento de elaboración de las normas que regulan la autorización de implantación de parques eólicos, como en juzgar, a la luz de un concreto proceso predeterminado normativamente, si los cauces de participación local son adecuados y suficientes. Para la realización de este test será objeto de análisis una de las últimas normas aprobadas por las comunidades autónomas en este sector, que trata de simplificar y agilizar los trámites administrativos que se requieren para la adopción de la decisión de implantar un parque eólico. Por último, se valora si se han de suprimir los controles municipales preventivos, las licencias de actividad y urbanísticas, toda vez que el parecer de la Administración local ya habrá sido tomado en cuenta en el procedimiento de autorización del parque eólico.

1. Introducción: carácter poliédrico del proceso decisorio de implantación de parques eólicos

Nos encontramos en un momento, como pone de manifiesto la aprobación de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, de búsqueda de la mejora de la eficiencia y ahorro energético, y de establecimiento de nuevos objetivos en materia de energías renovables, como la eólica.

En este marco resulta evidente que la decisión sobre la implantación de parques eólicos debe tomar en consideración una pluralidad de factores. En primer lugar, se han de valorar los factores energéticos, dado su impacto sobre la producción de energía. Resulta en

este sentido aplicable la legislación del sector eléctrico, sobre “producción de energía eléctrica en régimen especial”. Concretamente se han de valorar dos dimensiones: el recurso disponible o existente (el viento) y la capacidad de evacuación de la red eléctrica. Estos intereses energéticos se han de ponderar con otros, con la repercusión ambiental, paisajística y urbanística de la instalación y posterior explotación de las instalaciones eólicas (a través, entre otros instrumentos, de la evaluación de impacto ambiental de planes y proyectos). También ha de tenerse en cuenta el desarrollo actual y futuro, económico y social del territorio en el que se va a realizar la instalación. Hay que lograr un consenso territorial, que además de integrar en parte los factores anteriores, se articule fundamentalmente a través de la participación de las entidades locales afectadas por la decisión de la implantación. Las entidades locales intervendrán, por lo tanto, como transmisores o valedores de los anteriores intereses ambientales, urbanísticos, a los que se añadirán nuevos intereses sociales –demográficos y económicos– de las poblaciones afectadas por la referida decisión.

De esta manera la implantación de un parque eólico se adopta en virtud de un proceso decisorio en el que, conforme a la legislación previamente aprobada, se tratan de conjugar y poner en orden todos los intereses o factores implicados, atendiendo a lo dispuesto en la respectiva legislación y planificación sectorial –energética, ambiental, urbanística–, y en los procedimientos previstos en dicha regulación sectorial, como por ejemplo, la elaboración de la evaluación de impacto ambiental o de un plan especial, desde la perspectiva urbanística.

En resumidas cuentas, la decisión de implantar un parque eólico tiene un carácter poliédrico, como consecuencia de la pluralidad de intereses concurrentes, que pueden ser contrapuestos. Esta constelación de intereses se debe sopesar a través de las distintas fases del procedimiento antes de la adopción de la decisión definitiva, que debe ser adoptada con garantías de racionalidad.²

La pregunta que aquí nos ocupa relativa a cuál es el papel de las entidades locales, qué alcance debe tener su intervención en la decisión de implantar parques eólicos en su territorio, nos lleva a analizar, en primer lugar (2.), el fundamento jurídico de su intervención. Y para

2. SCHMIDT-ASSMAN, E. (2006), “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos”, en BARNÉS VÁZQUEZ, J., *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, p. 56-57, se refiere a este tipo de decisiones.

ello es necesario interrogarse sobre (2.1) ¿Cuáles son los intereses y las competencias locales en juego?, para seguidamente plantearse (2.2) ¿En qué medida se afecta a la autonomía local? Como cuestión previa, antes de analizar si resulta adecuada y suficiente la intervención local en el proceso decisorio de implantación de los parques eólicos, hay que preguntarse sobre si las entidades locales deben tener audiencia en el procedimiento de elaboración de las normas que regulan y determinan dicho proceso decisorio (3.). La cuestión central será, por tanto, juzgar a la luz de un procedimiento predeterminado normativamente si, desde el punto de vista de los intereses y competencias locales en juego, son adecuados y suficientes los cauces de participación local. Para ello se analizará una de las últimas normas aprobadas por las comunidades autónomas en este sector, que trata de simplificar y agilizar los trámites administrativos que se requieren para la adopción de la decisión de implantar un parque eólico (4.). Por último, resta por preguntarse (5.) si se han de suprimir las licencias municipales, de actividad y urbanísticas, toda vez que el parecer de la Administración local ya habrá sido tenido en cuenta en el procedimiento de autorización del parque.

2. Fundamento de la intervención de las entidades locales: la autonomía local y las competencias afectadas por la implantación de parques eólicos

2.1. Competencias locales afectadas por la decisión pública de implantar parques eólicos

2.1.1. Competencias locales sobre protección del medio ambiente

En primer lugar, resulta evidente que, al tratarse del empleo de una fuente de energía renovable, los parques eólicos tienen una incidencia medioambiental muy clara.

En relación con esta materia, como es sabido, a las entidades locales les corresponde el ejercicio de competencias en materia medioambiental, en virtud de los artículos 25.2.f), 26.1.d) y 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante LRBRL), sin perjuicio de que importantes funciones en esta materia de protección ambiental se atribuyan al Estado (artículo 149.1.23 de la Constitución) y a las comunidades autónomas (artículo 149.1.23 y artículo 148.1.9 de la Constitución).

2.1.2. Implantación de parques eólicos y competencias locales en materia de energía

Hay que poner de manifiesto que, en relación con la materia energía propiamente dicha, los municipios no tienen atribuida expresamente ninguna competencia, a excepción de la prestación obligatoria del servicio de alumbrado público [artículo 26.1.a) LRBRL]. Cosa distinta es que las cuestiones energéticas estén estrechamente relacionadas con las cuestiones ambientales. La utilización de energías renovables, como fomento del ahorro y de la eficiencia energética, está indefectiblemente vinculada a la protección ambiental, por los efectos beneficiosos que comportan para el medio ambiente. Solo en esa medida cabe aludir a las competencias medioambientales de los municipios, que pueden tener una clara incidencia energética, como se pone de manifiesto en la aprobación de ordenanzas como las “de captación de energía solar” o las “del uso eficiente del alumbrado público para reducir la contaminación lumínica nocturna”. Sobre esto se volverá *infra* en el epígrafe 2.2.

2.1.3. Implantación de parques eólicos y competencia local en materia de urbanismo

A estos efectos también resulta relevante la competencia que, en materia de urbanismo, atribuye al municipio el artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. En la medida en que las instalaciones para la captación de energía eólica, los aerogeneradores, y las instalaciones de transformación, transporte y evacuación de la energía eléctrica, tengan como soporte físico el suelo no urbanizable de un determinado término municipal, el uso tendrá que estar previsto en el planeamiento urbanístico y contar, en principio, con la correspondiente licencia de obras. Esto es así –sobre esta cuestión *infra* en el epígrafe 5.1–, a excepción de lo que sucede con el tendido eléctrico, concretamente, el aéreo de alta tensión en suelo no urbanizable. Parece que no resulta discutible que este tipo de instalación afecte a intereses supralocales. Así, siguiendo una extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo, las grandes obras que exceden del concepto de urbanismo local, que, en definitiva, afectan a las competencias de ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma o a otras competencias del Estado (obras públicas), no deben quedar limitadas a los intereses locales, ni, por tanto, al sometimiento del control urbanístico mediante la licencia municipal.

Esta es la doctrina en la que se basa la STS de 31 de octubre de 1984 (Ar. 5737), para excluir de licencia municipal las obras de construcción de tendido aéreo de alta tensión en suelo no urbanizable. En este sentido lo establece también el artículo 5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.³

2.2. Fundamento de la participación local en las decisiones de implantación de los parques eólicos: la autonomía local y la legitimidad democrática de las decisiones relevantes

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el sector de la energía eólica, debido a que se trata de una fuente renovable de producción de energía eléctrica, ha resultado ser un ámbito previamente regulado por el Estado y las comunidades autónomas, en ejercicio de sus competencias normativas medioambientales (artículo 149.1.23ª CE), pero también con base en su competencia en materia de energía (artículo 149.1.25ª CE). Con apoyo en estos títulos competenciales, el Estado ha aprobado legislación básica en materia de energía (Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de regulación del sector eléctrico, y reglamentos que la desarrollan: Real decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, que organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, y Real decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, que regula las actividades de transporte y distribución de esta clase de energía. Asimismo, el Real decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, modifica el régimen económico y jurídico de este tipo de instalaciones). Por su parte, las comunidades autónomas, con apoyo, además de en los títulos referidos, en su competencia sobre ordenación del territorio y urbanismo (artículo 148.1.3ª CE), han regulado densamente este sector. Han dictado normas en las que

se regula el procedimiento de autorización de parques eólicos: Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, Navarra, La Rioja, Valencia, País Vasco.⁴

La concurrencia de competencias entre Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales en una materia, no impediría, *prima facie*, que el municipio pudiera desplegar sus funciones, así lo garantiza la Constitución en su artículo 137, reconociendo a los municipios autonomía para la gestión de sus propios intereses. De ello se deriva, en principio, que el municipio, sin necesidad de que le autorice expresamente una ley sectorial estatal o autonómica, pudiera ejercer sus funciones, señaladamente su potestad normativa –artículo 4.1.a) LRRL–, en aquellos ámbitos materiales que son de su competencia conforme al artículo 25.2 LRRL.⁵

Concretamente, en este orden de cosas y bajo este mismo supuesto competencial de “protección del medio ambiente”, se ha subsumido la aprobación de regulaciones municipales con incidencia energética. Es el caso de las ordenanzas por las que se obliga a la utilización de energías renovables, como las solares, en las que se establece la obligación de instalar paneles solares para la captación de energía solar; o aquellas otras reglamentaciones municipales, también muy novedosas y pioneras, en las que, con la finalidad de introducir a nivel local medidas ambientales que permitan corregir la iluminación nocturna inadecuada y reduzcan la contaminación lumínica que se derive de ella, se han tomado decisiones sobre eficiencia y ahorro energético.

En estos supuestos se pone de manifiesto que las competencias locales que garantizan la autonomía local no están constituidas por un catálogo de tareas objetivamente determinado o que pueda determinarse sobre la base de unas características invariables, sino más bien mediante la facultad de asumir, sin título competencial especial (ex artículo 137 CE y artículo 25.1 LRRL),⁶ todas aquellas tareas que afecten a la

3. Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A., ORTEGA BERNARDO, J. (2002), en el Asesoramiento legal a la *Propuesta de Modelo de Ordenanza Municipal de Alumbrado Exterior para la Protección del Medio Ambiente mediante la mejora de la Eficiencia Energética*, I.D.A.E.

4. Al respecto, LÓPEZ SAKO, M. J. (2008), *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Navarra, p. 483 y ss.

5. Esta tesis ya había sido sostenida en el informe, y posterior publicación, de la *Propuesta de Modelo de Ordenanza municipal de captación solar para usos térmicos*, que elaboramos para el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, I.D.A.E., Ministerio de Ciencia y Tecnología, Madrid, 2002, el profesor GALLEGO ANABITARTE y yo misma. A este respecto, VELASCO CABALLERO, F. (2009), *Derecho local. Sistema de Fuentes*, p. 240 y ss.

6. Estas afirmaciones parecen conducirnos a defender la “universalidad de las competencias del municipio” cuando, por el contrario, nuestro sistema de atribución de competencias parece seguir caracterizándose por ser, como viene siendo habitual en nuestra tradición jurídica, un sistema “de lista”. Es esta una cuestión muy relevante (al respecto, *vid. Propuesta de Modelo de Ordenanza municipal de alumbrado*, *op. cit.*), que no impide aceptar en estos casos muy ligados con la protección del medio ambiente urbano y, por tanto, con el círculo de intereses municipales, la iniciativa local.

comunidad vecinal que integra el municipio y que no hayan puesto en funcionamiento otras administraciones públicas.

De esta opinión es el Tribunal Supremo –en la STS de 30 de enero de 2008, FJ 5,⁷ y STS de 9 de octubre de 2009, FD 3º–, y, aunque pueda ser discutida,⁸ lo cierto es que las iniciativas locales plasmadas en la aprobación de ordenanzas sectoriales, sin necesidad de previas habilitaciones legales, han sido dadas por buenas por el legislador estatal y autonómico, que posteriormente les ha otorgado carga de naturaleza.

Pero, aun sosteniendo que las funciones de los entes locales pueden proyectarse en ámbitos que no alcancen a cubrir las demás organizaciones jurídico-públicas, y hasta tanto aquellas no lo hagan, su intervención, en principio, y como regla general, debe realizarse en atención a lo que haya dispuesto en cada caso la legislación sectorial.

En este sentido, conviene recordar que son las leyes sectoriales (estatales o autonómicas), las que, al tiempo que ordenan un determinado ámbito, deben garantizar la intervención de los gobiernos locales, al quedar asegurado por la Constitución un mínimo competencial como límite indisponible para el legislador. En palabras de la jurisprudencia constitucional (STC 214/89, FJ 3.a): “la concreción última de las competencias locales queda remitida a la correspondiente legislación sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. En esta misma línea el artículo 2 de la LRBRL dispone que “la legislación de la Comunidad Autónoma deberá asegurar a los municipios el 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”.

Hay que tener en cuenta que se trata de un sector densamente regulado por las comunidades autónomas, que en su mayoría han adoptado legislación sobre el proceso decisorio que debe seguirse para la implantación de los parques eólicos, y han asumido la competencia de adoptar la decisión sobre su efectiva implantación y las consecuencias vinculadas a la misma. Y, aunque es perfectamente razonable que las comunidades autónomas hayan asumido la competencia de decidir sobre la implantación de parques eólicos a causa de los intereses supralocales que tales decisiones comportan, se hace imprescindible una participación local en esta decisión ex artículo 62 LRBRL.⁹ Esto significa que las entidades locales deben participar en los procedimientos de decisión, para cuya adopción son competentes otros sujetos.

En este orden de cosas, hay que recordar que la autonomía local ha venido siendo entendida –reiterada jurisprudencia constitucional así lo ha declarado: STC 32/1981, FJ 13.c); STC 170/1989, FJ 9º; STC 10/1998, FJ 39º; más recientemente, STC 252/2005, de 11 de octubre de 2005, FJ 4, o STC 51/2004, de 13 de abril, FJ 12, y STC 240/2006, de 20 de julio, FJ 8– como un “derecho de la comunidad local a participar a través de los órganos propios en el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias.”

Por ello, la cuestión del papel de los gobiernos locales en este sector se centra, a mi juicio, en asegurar de modo adecuado y suficiente su participación, procedimental y organizativa, en los procedimientos ya predefinidos normativamente, teniendo en cuenta que, sin duda, concurren en el sector relevantes intereses locales (ambientales, urbanísticos y socioeconómicos), cuya relevancia ha de ser tomada en consideración para que la decisión resulte racional y suficientemente legitimada.

7. La STS de 30 de enero de 2008, señaladamente en el FD 5, declara que el municipio recurrente, que había procedido a aprobar definitivamente la Ordenanza municipal “Reguladora de la liberación de olores a la atmósfera”, tiene la posibilidad de asumir las competencias de ejecución en materia de medio ambiente que no se están aplicando en su término municipal por la Administración autonómica, siempre que no contradiga el contenido de la norma sectorial que con rango de Ley haya dictado la Comunidad Autónoma correspondiente. La misma doctrina se sigue en la STS de 9 de octubre de 2009, en relación con la aprobación de una Ordenanza local sobre purines y fangos de depuración.

8. En sentido contrario, el resultado, que no la doctrina –porque esta apenas se construye–, en la STS de 24 de junio de 2008 por la que se anula la Ordenanza solar del Ayuntamiento de Pamplona.

9. Sobre la virtualidad de la regulación contenida en este precepto de la legislación local, *vid.* REVUELTA PÉREZ, I. (2003), *El control integrado de la contaminación*, p. 120-125.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la participación local se constituye en una fuente de legitimación y eficacia de las decisiones de los poderes públicos, que supera la tradicional fuente de legitimación del poder basada únicamente en la “representación parlamentaria”. En este sentido, hay que tener en cuenta que el principio democrático se traduce en un mandato de legitimación eficaz, que proviene de las dos exigencias de toda legitimación democrática:¹⁰ de un lado, que todas las decisiones puedan reconducirse al pueblo, en cuanto sujeto legitimante; y, de otro, que gocen de una determinada calidad democrática. Para esto último, es necesario que el poder se sitúe a la debida distancia para no ser atrapado por los intereses especiales o sectoriales, puesto que se trata de decidir de acuerdo con las exigencias de interés general.

En el sector de la energía eólica, las exigencias derivadas de la participación local se traducen en:

- que en la normativa que se apruebe debe existir un cauce procedimental u organizativo en el que el municipio y sus intereses puedan ser tomados en consideración (audiencias, informes preceptivos);
- que el alcance de la intervención municipal, a través de dichos cauces procedimentales u organizativos en los que se instrumenta la toma en consideración de los intereses locales afectados por la decisión, resulte suficiente y adecuado para satisfacer las exigencias derivadas de la autonomía local y de las competencias locales derivadas de la misma que se ponen en juego (que se han de ejercer) porque resultan relevantes en la implantación de parques eólicos.

En definitiva, se trata de averiguar (en este sentido, STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 12 y STC 51/2004, de 13 de abril, FJ 12) si la intervención local supera o no “el umbral mínimo” de participación municipal (en relación con los intereses afectados) que haría que, en estos casos, el municipio fuera reconocible como una instancia decisoria relevante.

Y por último la intervención municipal ha de resultar incardinable en el proceso de la toma de decisión, de manera que no resulte perjudicada la competencia decisoria que corresponde a la Comunidad Autónoma. Se trata, en última instancia, de que el proceso se articule conforme al principio de coordinación interadministrativa.¹¹

3. La intervención local en la elaboración de la norma que regula el procedimiento de implantación de un parque eólico

Como cuestión previa cabe plantearse si las entidades locales deben participar en el procedimiento normativo anterior: aquel en el que tiene lugar la articulación y ordenación de los factores (energéticos, ambientales y territoriales-urbanísticos) para un número indefinido de casos, esto es, en la elaboración del texto normativo que va a regir, con carácter general, la toma de decisiones en este sector. En otras palabras, si las entidades locales deben tener audiencia en el procedimiento de producción normativa relativo a los parques eólicos.

En relación con ello, hay que poner de manifiesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que no resulta de aplicación a las entidades locales, concretamente a los ayuntamientos, el derecho de audiencia que se regula en la legislación, configurándolo como trámite en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general. Es el caso de la STS de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000/219), FD 3º, y de dos sentencias del mismo Tribunal con fecha de 26 de enero de 2000 (RJ 2000/71, RJ 2000/70), dictadas todas ellas como consecuencia de la interposición de distintos recursos contra el Real decreto 927/1998, que modificó el Reglamento de la Ley de ordenación del transporte terrestre, en relación con el régimen jurídico del transporte de servicios funerarios. Consideran estas sentencias que el trámite de audiencia no se puede aplicar a administraciones públicas en la elaboración de disposiciones generales de otra Administración, sino simplemente a la participación de los ciudadanos. Esta doctrina jurisprudencial comienza con la sentencia de este Tribunal de 20 de junio de 1996 (RJ 1996\4889):

“La audiencia de las entidades representativas de intereses de los afectados, según reiterada Jurisprudencia de esta Sala, queda limitada a Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo, pero no cuando se trate de asociaciones voluntarias (Sentencias de 8 de mayo de 1992 [RJ 1992\10675], 11, 16 y 17 de octubre de 1995 [RJ 1995\7262, RJ 1995\7276 y RJ 1995\7283]) (...); f) En relación con la falta de audiencia de los Ayuntamientos, hay que

10. SCHMIDT-ASSMANN, E., *op. cit.*, p. 58.

11. Se refiere a ello LÓPEZ SAKO, M. J., *op. cit.*, p. 595.

indicar que la audiencia prevista en el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo (de 1957), según la Sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1996 (RJ 1996\4889), viene referida no a Administraciones Públicas, sino a los particulares, como claramente aparece reflejado tanto en el artículo 105 de la Constitución como en el propio artículo 130.4; ya que, cuando el primero hace referencia a audiencia de los ciudadanos a través de organizaciones o asociaciones, lo que se pretende no es la intervención de una Administración Pública en la elaboración de las disposiciones de carácter general de otra Administración, la Central del Estado, sino la participación de los ciudadanos a través de sus organizaciones representativas, asociaciones o colegios profesionales.”

Esta doctrina jurisprudencial ha sido aplicada igualmente al supuesto que nos ocupa de la elaboración de disposiciones reglamentarias relativas a parques eólicos. Así, la STS de 27 de octubre de 2004, Ar. 7609, en relación con la impugnación del Decreto autonómico por el que se regula la implantación de parques eólicos en la Comunidad Autónoma de Cantabria, declara que la falta de audiencia a las entidades locales afectadas no constituye defecto procedimental en la elaboración de esta disposición general. Sin más argumentos.

Considero que esta jurisprudencia debería modificarse. El principio democrático –de acuerdo con el cual los afectados han de participar en las decisiones del poder público– debe plasmarse también en el proceso que se sigue para, a su vez, predeterminedar el procedimiento que va a adoptarse con carácter general para racionalizar y ordenar la adopción concreta de decisiones en las que, como es el caso, van a estar indefectiblemente afectados los intereses locales. Si en nuestro sistema está previsto [con base en el artículo 105 CE y actual artículo 24.1.c) Ley del Gobierno] que los grupos sociales, constituidos en organizaciones profesionales de funcionamiento democrático (ex artículo 52 CE), participen en la ordenación de los asuntos que afectan a sus intereses, con mayor motivo debería ser posible que las entidades locales participasen, ya que su legitimación democrática es doble, por un lado, la típica del Estado de Derecho –a través de la constitución democrática de sus órganos de

gobierno (artículo 140 CE)–, y por otro lado, la propia de la dimensión administrativa, en la que los interesados o afectados deben ser oídos en las decisiones que les conciernen [artículo 105.a) CE].¹²

Ni en la legislación estatal, ni en la de las comunidades autónomas, se reconocen, con carácter general, a las entidades locales cauces formales de participación directa y funcional a través de los que intervenir en procedimientos normativos relativos a los asuntos que las afectan. Se ha evolucionado, desde luego, en materia de participación local, eso sí, pero siempre hacia un sistema de participación orgánica. Así se interpreta, a nivel estatal, el nuevo impulso que se ha conferido a la Comisión Nacional de Administración Local, a la que corresponde, conforme al artículo 118.1.A. a) LRBRL, emitir informe en anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones administrativas de competencia del Estado en las materias que afecten a la Administración local (tales como las referentes a su régimen organizativo y de funcionamiento; régimen sustantivo de sus funciones y servicios –incluidas la atribución o supresión de competencias–; régimen estatutario de sus funcionarios; procedimiento administrativo, contratos, concesiones y demás formas de prestación de los servicios públicos; expropiación y responsabilidad patrimonial; régimen de sus bienes y haciendas locales). Pero el contenido de los informes adoptados por este órgano, dada su composición, no refleja plenamente el parecer de las entidades locales.¹³ La creación de la Conferencia Sectorial para Asuntos Locales, por la Ley 57/2003, de modernización del Gobierno local, supuso otro paso en la misma dirección (pero esta vez a nivel trilateral, pues se prevé que en su composición, además del Estado y las comunidades autónomas, estén presentes los representantes locales).¹⁴ Asimismo, en la mayor parte de las comunidades autónomas se han establecido órganos similares, a los que se les atribuye generalmente la función de informar todos o algunos anteproyectos de ley y proyectos de reglamentos autonómicos que afectan a intereses locales. La creación de estas comisiones o consejos autonómicos de colaboración local, se ha visto asimismo impulsada en los nuevos estatutos de autonomía, en los que

12. Sobre estas dos dimensiones de la legitimación democrática de las entidades locales, SCHMIDT-ASSMAN, E., *op. cit.*, p. 63-64.

13. MEDINA ALCOZ, L., DIEZ SASTRE, S. (2006), “La participación de la Villa de Madrid en los procedimientos normativos estatales, autonómicos y europeos”, en *Estudios sobre la Ley de capitalidad y de régimen especial de Madrid*, BOSCH, p. 383. Como ponen de manifiesto estos autores, los acuerdos adoptados por la Comisión son expresión de las dos administraciones representadas, la del Estado y la local, que cuentan con igual número de miembros. Además, los representantes del nivel local son designados por la única asociación de municipios y provincias existente en España (la FEMP).

14. *Ibidem*, p. 387-389.

además se constituyen como órganos de representación exclusivamente local, eliminándose así su composición mixta.¹⁵

Las vías de participación orgánica no pueden, a mi juicio, sustituir la participación funcional directa. El trámite de audiencia se puede abrir a las entidades locales concretamente afectadas por la disposición normativa de que se trate, con independencia de que la disposición haya sido informada por el órgano representativo de los intereses locales, constituido a esos efectos. Así es, por ejemplo, en Alemania, donde, a nivel federal –en el Reglamento orgánico del Parlamento federal (*Bundestag*)–, las entidades locales tienen reconocido derecho de audiencia en la tramitación de las normas que les afecten, a pesar de que también resulte preceptivo el informe de las asociaciones de entidades locales de ámbito local de mayor relevancia, que además son variadas, a diferencia de lo que acontece en España.¹⁶

4. Análisis de la intervención local en el proceso decisorio predeterminado por la norma de implantación de un parque eólico

Para valorar si resultan adecuados y suficientes los cauces de participación local en el procedimiento diseñado por la norma sectorial para la implantación de un parque eólico, hay que tener en cuenta que se trata de un proceso que se articula en varias fases. Se trata de una decisión que ha de adoptarse valorando y ponderando intereses variados –energéticos, territoriales, urbanísticos, ambientales y aun sociales–, que en ocasiones resultan contrapuestos o en tensión, y que es necesario equilibrar (por ejemplo, entre la correcta protección del medio ambiente, sobre todo del paisaje, afectado por la implantación, y la necesidad del fomento y de la efectiva utilización de la energía eólica como fuente renovable). Resulta, en cualquier caso, un proceso decisorio complejo.

La regulación de este procedimiento de decisión habrá de servir, por tanto, para coordinar y armonizar, en un período de tiempo limitado, los distintos intereses privados y públicos en presencia, estos últimos representados por distintos órganos de una misma organización –v.gr., la Consejería de Industria o Energía tiene que coordinarse con la de Medio Ambiente o/y Ordenación del Territorio–, así como por las distintas organizaciones jurídico-públicas afectadas (Comunidad Autónoma y gobiernos locales). Los distintos trámites que se ordenan para la consecución del resultado han de respetar la legislación en la que los referidos intereses se tutelan, e integrar los procedimientos administrativos normativamente previstos en los que dichos intereses se toman en consideración (así, la evaluación de impacto ambiental de planes y proyectos, el planeamiento urbanístico de desarrollo, las autorizaciones ambientales necesarias, las autorizaciones industriales y el proceso de concurrencia competitiva entre los sujetos que tienen la intención de instalar y explotar el parque eólico).¹⁷ La ordenación del procedimiento también ha de servir para simplificar los trámites que deben cumplir los particulares implicados en la producción de energía eólica, para que sus previsiones económicas puedan resultar cumplidamente satisfechas; en definitiva, debe servir a la seguridad jurídica y, con ello, al funcionamiento eficaz del mercado de esta fuente de energía renovable.

En este sentido, repasando los distintos procesos regulados en la legislación autonómica, analizados en el riguroso estudio realizado por López Sako,¹⁸ se aprecia que la normativa sectorial aprobada por las comunidades autónomas no contenía un procedimiento unificado de autorización de parques eólicos en el que se integren todos los permisos y títulos administrativos necesarios. A lo sumo, solo determinadas comunidades autónomas (Valencia, Andalucía)¹⁹ habrían adoptado un enfoque más completo, siguiendo el modelo de la autorización ambiental integrada, en el que, sin embargo, se continúa sin

15. Al respecto, MEDINA ALCOZ, L. (2009), *La participación de los entes locales en la elaboración de normas autonómicas y locales*.

16. MEDINA ALCOZ, L., DÍEZ SASTRE, S. (2006), *op. cit.*, p. 377-378. Además del Derecho alemán, en el referido trabajo se realiza un estudio comparativo del Derecho italiano, con gran influencia en las vías de participación orgánica local que se están implantando en nuestro país. Sobre las mismas, *vid.* MEDINA ALCOZ, L. (2009), *op. cit.*

17. En este sentido, LÓPEZ SAKO, M. J., *op. cit.*, p. 435, afirma que lo ideal sería dejar solo la autorización sustantiva, e integrar en su procedimiento “todas” las demás habilitaciones e informes administrativos.

18. LÓPEZ SAKO, M. J., *op. cit.*, en especial p. 535-571.

19. LÓPEZ SAKO, M. J., *op. cit.*, p. 435.

coordinar el permiso ambiental autonómico con el otorgamiento de la autorización industrial para establecer el parque. A estas deficiencias habría intentado dar respuesta el Decreto catalán 147/2009, de 22 de septiembre. Centraremos, por tanto, nuestras reflexiones en este procedimiento de autorización de parques eólicos implantado por el Derecho catalán, en el que se produce una clara integración y simplificación, con la reducción de trámites y procedimientos a uno solo, al que se incorporan y vinculan las demás autorizaciones e informes. Este modelo engloba todas las decisiones relativas al mismo, desde las que inciden en materia de ordenación del territorio y medio ambiente, como las relativas a la autorización en materia de energía, imprescindibles para la conexión y evacuación de la energía producida a la red eléctrica; así como las más vinculadas con el ámbito local, como la elaboración del plan urbanístico o los informes municipales.

4.1. Análisis de las fases del procedimiento de decisión de la implantación de un parque eólico (referencias al modelo establecido en el Decreto catalán 147/2009, de 22 de septiembre)

Al tratarse de un proceso complejo, en el que concurren las diferentes dimensiones que están en juego: la energética, la ambiental-paisajística y urbanística, y en el que hay que racionalizar y ordenar varias decisiones dentro del mismo, el procedimiento presenta un carácter plurifásico.

La conformación de este procedimiento debería servir asimismo para que fueran tomados en consideración los intereses locales, pues están claramente afectados por la decisión de implantar un parque eólico en su territorio. Siendo esta la perspectiva que aquí interesa, a continuación se analizará en qué consiste la intervención municipal en cada una de dichas fases, y posteriormente, se juzgará si la intervención local prevista es suficiente desde el punto de vista de los intereses y competencias locales en juego.

En primer lugar, se abre la fase en la que se toma la decisión por la Comunidad Autónoma sobre las zo-

nas aptas para ubicar un parque eólico, lo que corresponde normalmente con la elaboración y aprobación de un instrumento de ordenación del territorio, de un plan territorial sectorial (así, la exposición de motivos del Decreto catalán 147/2009, párrafo 3º, lo denomina Mapa de Implantación Ambiental de la energía eólica). Esta fase, que tiene como objetivo la elaboración de un planeamiento eólico global, de ordinario no se encuentra integrada en el procedimiento de autorización; es, en puridad, un presupuesto del mismo.²⁰

En segundo lugar, la fase en la que, teniendo en cuenta dicho instrumento de planeamiento territorial, se declaran zonas aptas para ello en las que concretamente se van a implantar parques eólicos (artículo 5 Decreto 147/2009).

Como tercer paso, se ha de adoptar la decisión sobre quién explota el parque eólico. Para ello tiene lugar la apertura del correspondiente proceso de concurrencia competitiva, que en el caso catalán que analizamos se plasma (artículos 5 y 7 Decreto 147/2009) en la convocatoria del concurso para la adjudicación de la autorización de la instalación del parque eólico en la zona, conforme a unas bases previamente establecidas en la convocatoria. En esta etapa, los interesados en la instalación del parque eólico que quieran presentarse al concurso para ser adjudicatarios de una autorización con esa finalidad, presentan su solicitud y la documentación requerida –incluido proyecto técnico–, que ha de tomar en consideración los informes administrativos emitidos, con la finalidad de considerar esas zonas como áreas geográficas adecuadas para la instalación de parques eólicos.

En cuarto lugar, se trata de llevar a cabo en el plazo previsto²¹ la adjudicación de la autorización de la concreta instalación de un parque eólico, en un lugar determinado, a uno de los interesados que lo haya solicitado. Este es el núcleo del procedimiento de autorización administrativa para la ejecución de parques eólicos (artículos 8-9 Decreto 147/2009). Por ello se divide en varias subfases: por un lado, propuesta de resolución del concurso, que se realiza eligiendo la solicitud más idónea entre aquellas admitidas por ser consideradas suficientes, y, por otro, resolución de adjudicación por el director del departamento competente en materia

20. Así para LÓPEZ SAKO, M. J., *op. cit.*, p. 576-577, que cita los casos de Galicia, País Vasco, Comunidad Valenciana y Asturias.

21. Que el Decreto catalán 147/2009 determina sea de tres meses a contar desde la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes (artículo 9.2).

de energía. Dicha resolución otorga al solicitante seleccionado un derecho de acceso y conexión a la red de transporte o distribución de la energía eléctrica, por la potencia asignada en la mencionada resolución.

En quinto lugar, se requiere que, en un plazo establecido en cada caso por la Administración, el adjudicatario de la autorización de instalación de parque eólico, solicite una autorización administrativa para la ejecución del parque eólico y aprobación de proyecto ejecutivo (artículo 10 Decreto 147/2009), que corresponde resolver al órgano competente en materia de energía.

Desde el punto de vista energético, la concesión de la autorización de instalación va a suponer el otorgamiento de la autorización de instalación acogida al régimen de producción especial de electricidad, con sus correspondientes derechos económicos (una vez inscrita en el correspondiente registro, artículo 10.2 Decreto 147/2009), respetando con ello la naturaleza reglada con la que la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, la configura (artículo 28.1). En relación con la vertiente urbanística-paisajística y ambiental, el otorgamiento de la autorización de ejecución se supedita a la declaración de impacto ambiental favorable, a la aprobación de un plan especial urbanístico y al informe de impacto e integración paisajística (artículo 14 Decreto 147/2009). Todas ellas, suponen obligaciones que incumben al particular solicitante de la autorización (entre otras, presentación del estudio de impacto ambiental del proyecto, de la redacción de plan urbanístico y de un estudio de impacto e integración paisajística), y que no son más que un complemento de la documentación ya presentada al concurso de adjudicación de la autorización administrativa de instalación.

Lo que se pretende en esta última fase, es que el otorgamiento de la autorización administrativa de ejecución del parque eólico comprenda la declaración de impacto ambiental del plan urbanístico y del proyecto de parque eólico y el informe paisajístico, y sea, además, simultáneo a la aprobación del plan especial urbanístico, que habilita para la ejecución directa de obras de una infraestructura de producción de energía eólica. Para agilizar el procedimiento, se prevé que la autorización tenga que otorgarse en el plazo de un mes desde que se emita la DIA por el órgano autonómico ambiental, y esta ha de efectuarse en el plazo de

dos meses desde que disponga de todo el expediente administrativo entregado por el órgano sustantivo (el que ejerce competencias en materia de energía).

4.2. Intervención de las entidades locales en las distintas fases del procedimiento de implantación del parque eólico

En relación con la primera fase, relativa a la determinación de la zona apta o compatible con la ubicación de un parque eólico, la intervención municipal en el momento de la aprobación del instrumento de zonificación o de planeamiento eólico global de la Comunidad Autónoma tendrá lugar por los cauces que se hayan previsto en la legislación de ordenación del territorio, en la medida que este plan eólico global es un instrumento de ordenación territorial, que en Cataluña se conoce como Mapa de Implantación Ambiental de la energía eólica.²² Concretamente la Ley 23/83, de 21 de noviembre, de política territorial, de Cataluña, prevé la colaboración de la Comunidad Autónoma y las entidades locales en relación con los instrumentos de ordenación del territorio. Asimismo se prevé la consulta a los organismos afectados en el procedimiento de elaboración de los planes sectoriales (artículo 19), entre los que pueden encontrarse las entidades locales implicadas.

En relación con la segunda fase sí se prevé la emisión de un informe preceptivo por parte de los ayuntamientos afectados, en el momento anterior al que se determina una concreta zona como territorio en el que se instalarán parques eólicos (artículo 5.3 Decreto 147/2009). Esta participación procedimental del Ayuntamiento manifiesta que se quieren ponderar los intereses locales que resultan afectados por la decisión.

Hay que tener en cuenta que antes de que sea solicitado este informe a los ayuntamientos de los términos municipales incluidos en la zona, han emitido informe los departamentos de la Administración autonómica con competencias en materia de urbanismo, medio ambiente –paisaje–, y cultura; por lo que el parecer municipal se expondrá con conocimiento de los mismos –según exige el propio Decreto–. El informe local resulta preceptivo, pero carece de efectos vinculantes, dado que la norma no lo declara y los intereses locales expresados en

22. Instrumento que se sigue regulando en el antiguo Decreto catalán 174/2002, de 11 de junio, derogado en lo restante por el aquí analizado Decreto 147/2009, de 22 de septiembre.

el mismo serán de variada índole (urbanísticos, ambientales, demográficos –sociales y económicos–).

En relación con la fase de adjudicación de la autorización de instalación de parque eólico, tras el procedimiento de concurrencia competitiva abierto se prevé la cooperación con las entidades locales a través de un instrumento de participación orgánica. Concretamente, el órgano al que corresponde la competencia de acordar la propuesta de resolución del concurso de adjudicación es una Comisión mixta, en la que hay representación de las entidades locales –aunque ya no es a nivel municipal, sino comarcal– (artículo 8.1 Decreto 147/2009). Esta propuesta de resolución tiene, además, carácter vinculante para el órgano con competencia decisoria, que es el órgano autonómico que ejerce competencias en materia de energía (artículo 9.5 Decreto 147/2009).

La propuesta de resolución se adopta a la vista de la solicitud del particular, y dicha solicitud tiene que cumplir una serie de requisitos: entre la documentación presentada por el mismo, hay un informe del impacto del proyecto sobre la vertebración económica y social del territorio, sobre el tejido empresarial, especialmente en el ámbito de la formación, la investigación tecnológica, la mejora medioambiental y la eficiencia energética, y sobre la creación de empresas y de puestos de trabajo, especialmente en el sector de componentes de la energía eólica [artículo 5.2.i) Decreto 147/2009], y un estudio de impacto ambiental que tiene que incluir, además del contenido legalmente exigido, un estudio de impacto acústico [artículo 5.3.a) y b) Decreto 147/2009]. Es en relación a estas cuestiones, sobre las que están vertiendo su juicio las entidades locales llamadas a adoptar la propuesta de resolución.

En relación con la última fase, en la tramitación de los instrumentos que simultáneamente han de aprobarse junto con la autorización administrativa para la ejecución de parque eólico (declaración de impacto ambiental, plan especial e informe de impacto paisajístico), se prevé un período de información pública; pues bien, en paralelo a este trámite, el órgano competente envía la correspondiente documentación a los ayuntamientos correspondientes (artículo 13.2 Decreto 147/2009), para que emitan informe en el plazo de un mes. Posteriormente, la declaración de

impacto ambiental (del proyecto de parque eólico y del plan urbanístico) realizada por la Ponencia Ambiental de Parques Eólicos –Comisión integrada por diversos representantes de departamentos autonómicos–, así como la autorización del proyecto otorgada por el órgano autonómico con competencias en materia de energía, y la aprobación definitiva del plan urbanístico, son notificadas a los ayuntamientos, aunque sean, además, publicadas (artículo 14.6).

4.3. Valoración de si resulta adecuado y suficiente el nivel de participación, procedimental y organizativa, de las entidades locales en el procedimiento predeterminado normativamente de implantación de parques eólicos

Lo más relevante de la intervención municipal tal y como está prevista en la nueva legislación catalana en materia de energía eólica es, sin duda, la participación local directa en la toma de decisión sobre la adjudicación del concurso en el procedimiento de autorización de instalación, mediante un órgano mixto de cooperación, en el que están presentes representantes locales. Aunque en el caso catalán se ha diseñado con representación comarcal y no municipal, esta participación orgánica es un claro ejemplo de cómo se puede garantizar la presencia local en una decisión que claramente afecta a los asuntos propios de la comunidad local. Dejando al margen la cuestión de si es suficiente que la representación sea de carácter comarcal o municipal, y si el número de representantes es o no el adecuado –se prevén ocho vocales, dos en representación del departamento autonómico competente en materia de medio ambiente, dos del departamento de política territorial y obras públicas, y dos de energía, junto con los dos en representación de los consejos comarcales (un total de 6 representantes autonómicos y 2 locales)–, lo cierto es que es un gran avance esta fórmula de creación de un órgano con competencias de propuesta, que no desvirtúa que la competencia decisoria corresponda finalmente a un órgano autonómico, el superior competente en materia de energía. Se trata, por tanto, de un claro ejemplo de Administración mixta.²³

23. La creación de órganos para el ejercicio conjunto de competencias es un supuesto de Administración mixta, en el sentido en el que la doctrina europea, particularmente la alemana, ha descrito este tipo de fórmulas de interconexión propias de estados descentralizados. *Vid.* DIEZ SASTRE, S. (2008), “La Administración mixta en España”, en VELASCO CABALLERO, F., SCHNEIDER, J. P. (coords.), *La Unión Administrativa Europea*, p. 144.

Como insuficiente puede valorarse la participación funcional de los ayuntamientos afectados a través de los informes que, con carácter preceptivo, han de emitirse tanto con anterioridad a la determinación de las zonas aptas para la inmediata ejecución de parques eólicos –en la que aquí hemos llamado fase dos– como en la fase final del proceso decisorio, antes de que se otorgue o deniegue la autorización necesaria para la ejecución del parque eólico. Los ayuntamientos son escuchados, su parecer es tomado en consideración, pero no se sabe con qué efectos. La legislación ambiental básica aprobada por el Estado ha puesto de manifiesto cómo el juicio urbanístico emitido por los ayuntamientos, no el relativo a otras cuestiones con contenido ambiental objeto de su competencia, debe resultar vinculante en la instalación de industrias contaminantes (artículos 15 y 18 de la Ley 6/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación).²⁴ Si bien es cierto que el impacto ambiental de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir del viento es menor –de ahí que no resulten incluidas en el ámbito de aplicación de la referida norma sobre control integrado de la contaminación–, la afectación de las competencias locales se produce igualmente, y es necesario que los ayuntamientos se pronuncien y su parecer, en ciertos ámbitos, vincule.

5. La intervención local a través de las licencias municipales necesarias para la implantación de los parques eólicos

5.1. ¿Deben suprimirse las licencias municipales previas a la instalación?

En este punto es necesario preguntarse si se han de suprimir las habilitaciones municipales –comúnmente licencia de obras y licencia de actividad– si el respectivo

Ayuntamiento ya hubiera emitido los informes correspondientes en el procedimiento autorizatorio, como se prevé en el caso catalán analizado.

Se plantean dudas razonables²⁵ sobre que resulte necesario mantener las autorizaciones municipales con posterioridad a la tramitación de un procedimiento de decisión, competencia de la Comunidad Autónoma, en el que a fin de cuentas ya ha tenido intervención el Ayuntamiento [a este objetivo de supresión de la licencia municipal urbanística parece tender el Reglamento catalán comentado –Decreto 147/2009, de 22 de septiembre–, en la medida que el plan especial urbanístico es considerado como un instrumento que “habilita para la ejecución directa de las obras de una infraestructura para la producción de energía a partir de fuentes renovables” (ex artículo 14.3)].

Hay que tener en cuenta que el proyecto técnico del uso de los terrenos, que elabora la empresa promotora del parque eólico, y que es conocido y tomado en consideración desde el inicio y durante todo el proceso de autorización, se presenta con la finalidad de justificar su adecuación al planeamiento urbanístico y territorial, y al ámbito propuesto.²⁶ La presentación de dicho proyecto permite que los ulteriores informes y juicios de las administraciones afectadas, también de las locales, puedan versar sobre las cuestiones urbanísticas.

Siendo esto así, parece que no habría que descartar, en principio, que se pudieran eliminar los ulteriores controles municipales, consistentes en la licencia de obras y en la licencia de actividad. Esta supresión podría realizarla la propia legislación sectorial, si se considera que hay una prevalencia del interés general estatal o autonómico;²⁷ pues, aun partiendo de que la regla general es el sometimiento a licencia municipal [ex artículo 84.1.b) LRBRL], no todos los actos de ejecución de obras requieren indefectiblemente su otorgamiento. El Tribunal Constitucional ha admitido la exención

24. Sobre el alcance de estos informes municipales, la relación que tienen entre sí, y con la ulterior licencia de actividad que el Ayuntamiento debe otorgar, *vid.* REVUELTA PÉREZ (2003), *op. cit.*, p. 125-238.

25. En este sentido, LÓPEZ SAKO, M. J., *op. cit.*, p. 595-598.

26. Entre la documentación que hay que acompañar a la solicitud para participar en el concurso de adjudicación de autorización administrativa de parque eólico, se prevé (artículo 7.2 Decreto catalán 147/2009) un proyecto técnico firmado por técnico titulado competente y visado en el que se ha de incluir la memoria técnica de las instalaciones del parque, con justificación del cumplimiento de las condiciones técnicas y de seguridad de la normativa vigente y los planos a escala 1:25.000 relativos al emplazamiento de los aerogeneradores, líneas eléctricas interiores del parque eólico soterradas; línea de evacuación, subestación y edificio de control. Estas mismas previsiones, junto a la necesidad de presentar planos a escala adecuada para definir, con el detalle constructivo suficiente, los aspectos relacionados con cimientos, zanjas y cunetas, entre otros, se encuentran recogidas en el artículo 11.3 de la citada norma, cuando se hace referencia a la solicitud de autorización administrativa para la ejecución del parque eólico, que se presenta una vez notificada la resolución de adjudicación de autorización de instalación del mismo.

27. Así lo afirma MENÉNDEZ REXACH, A., “Autonomía urbanística municipal: planeamiento, disciplina y obras públicas”, en *Anuario de Derecho municipal* 2007 (2008), p. 109.

de licencia de obras prevista en la legislación sectorial cuando se trata de obras de interés general, y este tipo de control se haya sustituido por una intervención municipal adecuada en el procedimiento de que se trate (así, STC 40/1998, de 19 de febrero, referida a los supuestos de obras en el dominio público portuario), y no la ha aceptado cuando, a pesar de tratarse de obras públicas de interés general, tal intervención municipal no se prevé (STC 204/2002, de 31 de octubre, en relación con las obras aeroportuarias).²⁸ De hecho, en algunas comunidades autónomas²⁹ estos controles previos municipales se han suprimido, en ejercicio de la competencia en materia de ordenación territorial, para las obras públicas y privadas, subsuimibles en el supuesto de actuaciones de interés regional o autonómico. Así, en el caso de Navarra, las obras o proyectos previstos en un plan o proyecto sectorial de incidencia supramunicipal bajo determinados requisitos, y conforme a la legislación de ordenación del territorio, están exentos de la correspondiente licencia municipal. Esta excepción podría aplicarse también a las instalaciones eólicas de producción de energía eléctrica. Está empezando a ser una práctica frecuente que las comunidades –es el caso ya de Galicia, País Vasco, Valencia, Asturias y Cataluña, como se ha referido anteriormente– aprueben un plan sectorial territorial para realizar la planificación “eólica” de su territorio, y declarar así los terrenos aptos o no aptos para la implantación de parques eólicos. Si a este instrumento de planeamiento sectorial territorial se le anudara la excepción de licencia urbanística, prevista en la legislación de ordenación del territorio para las actuaciones de interés general territorial, se produce una supresión de dicho control en toda regla. Todo ello sin perjuicio de que subsistan las obligaciones tributarias que correspondan. Y es que parece claro que los

ayuntamientos a lo que seguramente no van a renunciar es a la liquidación de los tributos a los que están sometidas las instalaciones eólicas de producción de energía eléctrica. El ICO –impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras– proporciona a los municipios una fuente de ingresos adicionales en el caso de la implantación de los parques eólicos, por lo que, de regularse la supresión de la licencia urbanística, esta podría, sin embargo, articularse de manera que no llevase aparejada la eliminación de las obligaciones tributarias vinculadas a la transformación urbanística del suelo en un determinado término municipal.³⁰

Lo cierto es que, para responder a la pregunta de si puede resultar acertado admitir la posibilidad de excepcionar la regla del previo sometimiento a licencia municipal de los parques eólicos, hay que analizar primero cómo cada Comunidad Autónoma ha resuelto integrar la participación local en el procedimiento de decisión de implantar un parque eólico. Si la participación local se efectúa mediante informes vinculantes en aquellos aspectos de relevancia local,³¹ la supresión de las licencias municipales no tiene por qué suponer ningún menoscabo de los intereses locales.

Al margen de esta cuestión, lo cierto es que sigue siendo necesario efectuar un control sobre si, en última instancia, los usos urbanísticos del suelo afectado por la instalación del parque, resultan finalmente ejecutados conforme al plan urbanístico, concretamente, al plan especial que se ha elaborado y aprobado justo antes, y que autoriza para la ejecución de la instalación.

Es por medio de dichos controles por lo que el Ayuntamiento comprueba si en el último paso del proceso se están cumpliendo o no los condicionantes urbanísticos, y lo hará, verificando la adecuación del proyecto con el planeamiento de desarrollo aprobado *ad hoc*.

28. Cfr. MENÉNDEZ REXACH, A., *op. cit.*, p. 110-111.

29. En las comunidades autónomas de Andalucía, Navarra y Castilla y León, según ASPAS ASPAS, J. M., *Obras públicas y licencias municipales* (2009), p. 139-140.

30. En relación con este impuesto local aplicado a los parques eólicos, se han producido diversos pronunciamientos jurisprudenciales –STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2001 (núm. 956/2001) y STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de junio de 2007 (núm. 261/2007)–, en los que se discute la interpretación de la base imponible de dicho impuesto referida a estas instalaciones. Se llega a la conclusión de que el objeto del tributo no está constituido por el “valor de lo instalado sino por el coste de su instalación”. De esta forma, se precisa en las sentencias citadas, se debe de incluir en la base imponible el coste del montaje del equipo industrial que había de colocarse en la planta proyectada, y excluir, en cambio, las partidas correspondientes al precio de adquisición de ese equipo.

31. En este sentido, la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sobre prevención y control ambiental de las actividades, concreta, a estos efectos, el ámbito de las competencias ambientales municipales, y en su artículo 8 establece que los ayuntamientos tienen una intervención preceptiva (aunque no se dice que sea vinculante) en cuanto a contaminación por ruidos, vibraciones, calor, olores, suministro de aguas, vertidos al sistema público de saneamiento o al alcantarillado municipal, y gestión de residuos municipales.

Y esto último nos conduce al argumento fundamental para mantener las habilitaciones municipales: y es el de que la mayor parte de las competencias relativas a la protección de la legalidad urbanística están atribuidas a los municipios. El sometimiento de unas instalaciones a la licencia urbanística va a suponer, en todo caso, que el Ayuntamiento puede llevar a cabo a *posteriori* un control de las obras, tal y como se prevé en la legislación urbanística autonómica. De este modo, el Ayuntamiento competente para otorgar un título administrativo se convierte en garante de que el uso urbanístico permitido se va a realizar y se ha realizado conforme a lo previsto en el planeamiento urbanístico sectorial (lo ya realizado lo va a controlar el Ayuntamiento a través del posterior otorgamiento de la licencia de ocupación, que cierra el procedimiento del control previo urbanístico). Pero además, posteriormente, en caso de incumplimiento urbanístico por parte de la empresa que instala el parque eólico, puede el Ayuntamiento ejercer de nuevo su competencia y aplicar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística alterada. En este ámbito, la intervención de la Administración autonómica solo se admite si se produce en sustitución del municipio, que no ha actuado y ejercido sus competencias cuando le correspondía.³²

5.2. Distinta funcionalidad de la licencia urbanística y de la licencia de actividad

Incluso puede resultar aceptable que subsistan los dos tipos de controles, licencia de actividad y licencia urbanística, en la medida que el supuesto de hecho sometido en cada una de ellas es distinto. Con la licencia de actividad se verifica un control sobre las cuestiones ambientales, sobre las cuestiones relativas a las medidas correctoras impuestas en la declaración de impacto ambiental, fundamentalmente sobre aquellas que, integrando esta, son objeto preciso de la competencia municipal. Por ejemplo, sobre lo concerniente a la contaminación acústica derivada de tales instalaciones.

En relación al otorgamiento de estas dos licencias, la jurisprudencia ha declarado que existen supuestos en los que estos dos controles se integran en uno solo (STS de 26 de septiembre de 1988, Ar. 7260, y STS de

14 de julio de 1989, Ar. 5806).³³ Esta integración tiene lugar cuando ambas habilitaciones coinciden, porque su objeto es el mismo: las obras que se van a realizar se identifican con la actividad que se va a desplegar. No es el supuesto de las instalaciones de energía eléctrica a partir de la transformación de energía eólica. Así, concretamente, lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en dos sentencias, STSJ de 15 de junio de 2007 (núm. 176/2007), en la que se promueve un recurso contra la denegación municipal de la licencia de actividad, y STSJ de 28 de julio de 2007 (núm. 464/2007), en un recurso contra la orden de paralización por usos realizados sin licencia:

“(…) la doctrina jurisprudencial es unánime desde hace muchos años en sentar que la licencia de actividad y la licencia de obras son autorizaciones distintas y a diferentes efectos, objeto cada una de sus comprobaciones particulares previas y a conceder en procedimientos separados, en que el otorgamiento de la primera precede al de la segunda, salvo que por excepción, cuando el objeto de una y otra fuere idéntico, de suerte que se confundan por ser las obras a realizar la propia actividad, y en el procedimiento de otorgamiento de la de mayor amplitud, la de actividades, se examinen también los posibles inconvenientes que, desde distintos puntos de vista, pueden obstar a las obras en sí, debiendo entenderse en estos supuestos concedida con la licencia de actividades la licencia de obra que en otro caso habría de obtener por separado (STS 15 de septiembre de 1999).

“En el presente supuesto, diferenciadas ya las licencias, no estamos ante ningún caso excepcional, es decir, una no lleva implícita la otra. Es elemental que una cosa es la instalación del parque eólico y otra la actividad que desarrolla al implicar una concentración de energía eléctrica generada por el efecto del viento.”

Además, como puede apreciarse, estas sentencias recogen la afirmación, extraída de una jurisprudencia consolidada,³⁴ según la cual, atendiendo a lo dispuesto en las leyes, la licencia de actividad se concede con anterioridad al control de legalidad que se verifica con el otorgamiento de la licencia urbanística de obras. En este sentido, conviene recordar que la licencia de actividad incluye un somero control urbanístico previo, aunque su virtualidad consiste en

32. MENÉNDEZ REXACH, A., *op. cit.*, p. 107-109.

33. ORTEGA BERNARDO, J., “Las licencias de actividad y funcionamiento en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia”, *RDU*, núm. 184 (2001), p. 229 y ss.

34. ORTEGA BERNARDO, J. (2001), p. 223-228.

realizar un control de conformidad con la legislación ambiental, fundamentalmente con aquella que incide en cuestiones que afectan al ejercicio de competencias municipales.

Por último, es importante advertir que la referida sentencia del Tribunal canario de 15 de junio de 2007 también se pronuncia sobre la naturaleza reglada de la licencia de actividad, carácter en el que coincide con la licencia de obras o urbanística, lo que debería permitir que las expectativas de las empresas promotoras de la instalación de un parque eólico no puedan resultar injustificadamente defraudadas.

6. Conclusiones

El municipio debe intervenir en el proceso de autorización de la implantación de parques eólicos, pues se trata de una actuación en la que se ven afectados claramente los intereses locales, y en la que hay que ponderar estos con los factores energéticos, ambientales, urbanísticos y paisajísticos. La intervención local se traduce en la participación en un proceso en el que la competencia decisoria corresponde a la Comunidad Autónoma.

La autonomía local exige que la intervención del municipio sea adecuada y suficiente, lo que permite afirmar que han de preverse cauces de participación, orgánicos o funcionales, tanto en la elaboración de la regulación del procedimiento decisorio como en el proceso de autorización de la instalación y ejecución de un parque eólico. Los nuevos procedimientos autorizatorios para la implantación de parques eólicos tienden a una mayor agilización y simplificación administrativa (por ejemplo, Decreto 147/2009, de 22 de septiembre, de Cataluña); pero, al menos en el caso catalán, aunque se garantice la intervención municipal, esta puede reputarse aún insuficiente, en la medida en que los informes preceptivos municipales no vinculan siquiera en relación con aquellos aspectos en los que las competencias locales se ven claramente implicadas.

Las licencias municipales deberían de ordinario mantenerse, en la medida que el municipio es el competente para controlar el final del proceso urbanístico y adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, en el caso de que esta resulte vulnerada.

En este ámbito la Comunidad Autónoma puede actuar exclusivamente en sustitución del municipio.

Al margen de los permisos necesarios que el Ayuntamiento ha de conceder para el uso del suelo, su intervención suele ser indispensable para la mera disposición de los terrenos; que se articula a través de diferentes modalidades según convenga en cada caso concreto. Por ejemplo, por medio de una expropiación forzosa o bien a través de una cesión de terrenos por vía de un convenio que celebra la empresa promotora con el Ayuntamiento. Esta intervención local suele producirse tanto si se trata de terrenos de titularidad pública, caso en el que, por ejemplo, se puede negociar una cesión del uso del terreno por 75 años a cambio de un canon, como de terrenos de propiedad privada. En esos casos, según fuentes consultadas,³⁵ aunque la titularidad del suelo siga siendo privada, parece resultar muy conveniente en la práctica que los ayuntamientos participen como interlocutores en la negociación con los particulares propietarios, pues desempeñan desde el principio del proceso un papel mediador entre las empresas promotoras y explotadoras de parques eólicos y aquellos. ■

35. Concretamente, la filial de energías renovables de EDP, EDP Renováveis.

informes de las asesorías jurídicas de los entes locales

La sección “Informes de las asesorías jurídicas de los entes locales” publica informes aportados por los servicios jurídicos de las diputaciones provinciales, los cabildos y los consejos insulares que forman parte de la Fundación Democracia y Gobierno Local.

La finalidad de la sección es dar publicidad a la solución de cuestiones concretas planteadas respecto de asuntos en los que deben dictaminar los servicios jurídicos de los entes locales a que hemos hecho referencia. Para valorar la importancia de esa publicidad debe recordarse que los entes locales de segundo grado son titulares de la competencia de asistencia jurídica y técnica a los municipios, que se concreta, entre otros muchos aspectos, en la emisión de informes y dictámenes concretos. La eficacia de esa asistencia, una vez satisfecho su objeto principal de apoyar al municipio concreto, se potencia dando publicidad a los informes realizados sobre cuestiones concretas de interés para el conjunto de los entes locales o que aportan criterios de interpretación jurídica de interés para la actividad de estos.

Esta sección de informes de las asesorías jurídicas de los entes locales, la coordina la secretaria general de la Fundación Democracia y Gobierno Local y de la Diputación de Barcelona, Petra Mahílló García.

El reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de las administraciones públicas. El despido improcedente después de la entrada en vigor del EBEP

Ana Belén Sánchez Parra

Letrada del Servicio de Asistencia en Recursos Humanos de la Diputación de Barcelona

1. El reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de las administraciones públicas

- 1.1. Reconocimiento de improcedencia: posiciones enfrentadas de la doctrina y los tribunales de justicia
 - 1.1.1. Pronunciamientos de los tribunales de justicia con respecto a la aplicación de la figura del derecho de opción derivado del despido improcedente en la Administración pública.
 - 1.1.2. Diferentes posiciones doctrinales respecto a la inaplicación de la figura del derecho de opción derivado del despido improcedente en la Administración pública
- 1.2. ¿Reconocimiento de improcedencia = reducción del coste económico del despido, o amparo legal al desistimiento libre y unilateral del empresario?
- 1.3. Conclusión de nuestra realidad práctica

2. El despido improcedente después de la entrada en vigor del EBEP

- 2.1. Efectos del despido disciplinario declarado improcedente
- 2.2. Problemática en la aplicación y la interpretación del artículo 96.2 EBEP
- 2.3. Posibilidades de extensión del artículo 96.2 EBEP a los despidos motivados por causas no disciplinarias declarados improcedentes
- 2.4. Posibilidades de extensión del artículo 96.2 EBEP al personal indefinido (no fijo de plantilla) o temporal al servicio de la Administración pública

1. El reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de las administraciones públicas

En esta materia de despido improcedente está claro que los tribunales de justicia, al menos hasta el momento, dan un trato equivalente al empresario, sea este de carácter privado o de carácter público, de acuerdo con los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo, entre otros, en sentencias de 18 de marzo de 1991 (RJ 1875) y de 7 de octubre de 1992 (RJ 7621), al expresar que “cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo deben atenerse a la normativa general y sectorial que regula tal contratación en el Derecho del Trabajo”: es decir, en ambos casos es aplicable el juego de los artículos 56 ET y 110 LPL, que fijan la posibilidad de opción por la readmisión o por la indemnización en caso de despido improcedente (sin perjuicio de las variaciones que, vía

convenio colectivo, se hayan introducido en este régimen legal, considerado derecho necesario relativo).

Esta equivalencia de tratamiento entre empresa privada y Administración pública, como empleadora u ocupadora, también es predicable, en la práctica, cuando vamos un paso más allá, y hablamos del reconocimiento de improcedencia del despido realizado por parte de la Administración antes de la existencia de ningún pronunciamiento judicial. Y esta afirmación es la que nos sirve como punto de partida del tema que ahora tratamos.

1.1. Reconocimiento de improcedencia: posiciones enfrentadas de la doctrina y los tribunales de justicia

Qué queremos decir cuando decimos que, “en la práctica”, se aplica el mismo régimen jurídico tanto al reconocimiento de improcedencia realizado por cualquier

empresario privado como al realizado por la Administración pública: pues que, hoy por hoy, nuestros tribunales de justicia y nuestros organismos públicos están reconociendo esta facultad de las AAPP para reconocer la improcedencia de los despidos que acuerden, con los mismos requisitos y efectos que cualquier empresario privado.

En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de junio de 2007 (JUR 311701), y las del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 3 y 17 de enero de 2008 (JUR 88697 y 87526), aunque el Tribunal Constitucional ha evitado pronunciarse sobre esta posibilidad de que la Administración, al amparo del artículo 56.2 ET, pueda reconocer la improcedencia de los despidos de su personal fijo (Auto núm. 120/2005, de 15.3.2005).

Ahora bien, que esta práctica exista no quiere decir que no esté exenta de polémica, encontrando posiciones enfrentadas de la doctrina y los tribunales de justicia sobre la materia.

1.1.1. Pronunciamientos de los tribunales de justicia con respecto a la aplicación de la figura del derecho de opción derivado del despido improcedente en la Administración pública

Por un lado, el Tribunal Supremo y los tribunales menores han determinado que, en materia de la extinción de la relación laboral en el empleo público, y más concretamente en cuanto al despido improcedente, la legislación laboral contenida en los artículos 49 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores es aplicable a las AAPP sin matizaciones, por aplicación del principio de legalidad, ya que ni el artículo 56.1 y 2 ET ni ningún otro de la norma laboral distinguen el trato según sean las personas empleadoras/ocupadoras de naturaleza privada o de naturaleza pública; y, dado que la Administración tiene el derecho de opción a la indemnización en caso de despido improcedente, puede anticipar esta opción según las exigencias y los requisitos del apartado núm. 2 del citado artículo 56 ET.

El fundamento jurídico principal que sirve de base a estos pronunciamientos, es el respeto al principio de legalidad contenido en el artículo 9.1 de nuestra Constitución, traducido en que el mandato que contiene el artículo 56 ET no debe ser excepcionado por la condición de Administración pública que pudiera tener la empresa que impusiera el despido, ya que esta

excepción no ha sido consagrada en el texto de la Ley. Asimismo, se mantiene que los principios de mérito y capacidad que consagra el artículo 103.3 de la Constitución, referidos al acceso a la función pública, deben determinar el establecimiento de sistemas de contratación que se atengan a los mismos, pero que no excluyan que el despido improcedente genere los efectos que impone la literal y concreta legalidad establecida al respecto.

En este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1992, 22 de septiembre y 26 de noviembre de 1993, 24 de enero de 1994, 19 de julio de 1994, en unificación de doctrina, y 7 de octubre de 1996 (RJ 7492). Más reciente, también en unificación de doctrina, la Sentencia de 3 de junio de 2004 (RJ 5386).

1.1.2. Diferentes posiciones doctrinales respecto a la inaplicación de la figura del derecho de opción derivado del despido improcedente en la Administración pública

Por otro lado, existen otras opiniones doctrinales que plantean que este reconocimiento de improcedencia es un acto arbitrario de la Administración pública y que, por tanto, atenta contra el artículo 9.3 de nuestra Constitución, que proscribe la arbitrariedad de los poderes públicos.

En este sentido, no podemos olvidar que el reconocimiento de la improcedencia se traduce en un reconocimiento de que el despido no cumple con los requisitos legales –sea por falta de causa, sea por falta de requisitos formales–, por lo tanto la cuestión que irremediablemente se pone sobre la mesa es si este reconocimiento previo de ilegalidad (igual que en el caso de declaración judicial de improcedencia) no atenta contra los principios constitucionales a que está sometida la Administración en su actuación, es decir, al principio de legalidad, el de prohibición de la arbitrariedad y al resto de principios de orden axiológico constitucional (artículos 9.1, 9.3 y 103.1 de la Constitución Española).

Son muchos los autores que, por esta razón, defienden la imposibilidad de que la Administración pública pueda reconocer la improcedencia del despido desde el mismo momento en que este se produce. Es más, incluso defienden (como ya se ha comentado en la exposición anterior) la imposibilidad de que se apliquen a las AAPP las consecuencias de una declaración judicial

de improcedencia, es decir, la opción por la readmisión o la indemnización y extinción del contrato, entendiendo que esta declaración de improcedencia, se dé en el momento en que se dé (tanto para reconocimiento previo como para pronunciamiento judicial), no puede dar juego a la aplicación del derecho de opción que la normativa laboral reconoce.

En este sentido, cabe destacar la pionera e importante opinión de Tomás Sala Franco,¹ que ya en 1989 planteó las primeras discrepancias al respecto de esta cuestión.

Es este autor quien plantea la necesidad de reconocer especialidades en relación con el despido improcedente en la Administración pública, defendiendo que, al igual que en el sector privado es el principio de no discriminación y su incumplimiento (en el momento de la extinción del contrato) lo que da lugar a su calificación como despido radicalmente nulo, en el ámbito de la Administración pública también hay que reivindicar la vigencia de un principio de “igualdad de trato en el empleo ex artículo 23 de la Constitución Española”, y por eso hay que llegar a la conclusión de que el incumplimiento de este principio obligará a calificar el despido de radicalmente nulo. Ahora bien, todo despido improcedente, sin justificar, también atentaría contra el citado principio de igualdad, por lo que también debería ser calificado de radicalmente nulo.

Concluye con la necesidad de establecer una especialidad, que obligara a la readmisión en todos los supuestos de despidos no declarados procedentes en la Administración pública, y por ello rechaza la posibilidad de opción por la indemnización sustitutoria. En definitiva, exige “la supresión del despido improcedente y su sustitución en todos los casos de despido injustificado por el despido nulo con readmisión obligatoria del empleado en todo caso”,² de acuerdo con los postulados del Informe de la Comisión de Expertos para la redacción del EBEP, que ya contenía la novedad –que luego no fue recogida ni en el borrador de anteproyecto ni en el texto final de la Ley– de recomendación de la supresión del despido improcedente en el Estatuto Básico para el personal laboral, de manera que, declarada la nulidad/improcedencia del despido, procediese en todo caso la readmisión. Concretamente decía:

“La única –pero no por ello menos relevante– peculiaridad debe consistir en la supresión de la figura del despido improcedente o sin causa en el ámbito del empleo público. La razón de esta propuesta es sencilla. La Administración no es un empresario privado sino que tiene un estatuto constitucional que le impone actuar siempre por razones justificadas de interés público con sometimiento a la ley y al Derecho. No se aviene a esta premisa la facultad de despedir cuando no existe una causa objetiva y legalmente prevista. Por otra parte, el despido improcedente puede volatilizar la garantía de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral, pues bastaría despedir al seleccionado en función de estos principios sin ninguna causa legal para burlar esta garantía.”

Posteriormente son C. Blasco Pellicer y C. Alfonso Mellado³ los que vuelven a insistir sobre la inaplicación de la opción indemnizatoria en caso de despido improcedente en el ámbito de la Administración pública, defendiendo que no parece posible que la Administración pueda despedir, a cambio de una indemnización y sin que se dé justa causa legalmente establecida, a una persona con una relación contractual estable y que hubiera accedido a esta con pleno respeto de los citados principios de mérito y capacidad. En consecuencia, reclaman la aplicación del contenido del artículo 23 de la Constitución Española, especialmente en cuanto al derecho a la permanencia en el puesto de trabajo, a todos los despidos en el ámbito de la Administración pública excepto los calificados de procedentes, siendo obligada la readmisión del trabajador siempre que este hubiera accedido conforme a los principios de mérito y capacidad.

También sostienen los citados autores que, si se ha reconocido la falta de motivación del despido, es decir, la improcedencia del mismo, en la medida que no tiene fundamento constituye un acto arbitrario que, si bien puede ser admisible en el ámbito de la empresa privada, no tiene cabida en la actuación de la Administración por imperativo constitucional del artículo 9.3, que establece la interdicción de la arbitrariedad, ya que hay que tener en cuenta que la decisión indemnizatoria es siempre subjetiva y por supuesto inmotivada, de tal manera que, a su entender, la misma puede ser calificada de sustancialmente arbitraria.

1. SALA FRANCO, T., *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, INAP, Madrid, 1989.

2. SALA FRANCO, T., “Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos”, *Actualidad Laboral*, núm. 20, Sección Estudios, 2007, Ed. La Ley.

3. BLASCO PELLICER, C. y ALFONSO MELLADO, C., “Especialidades procesales en los juicios laborales entre la administración y sus trabajadores”, *RL*, 1990/1.

Por otra parte, la posición de Palomar Olmeda⁴ añade que las consecuencias del reconocimiento de la improcedencia (opción entre readmisión o indemnización) presentan problemas de confrontación con la legalidad presupuestaria, ya que si bien la misma admite la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración, esto no supone que se permita que la condena sea buscada o consentida en sede jurisdiccional. A su entender esto es difícilmente aceptable desde un criterio de legalidad general y, especialmente, desde la legalidad presupuestaria. Afirma que desde el más riguroso respeto al principio de legalidad (artículos 9.1, 103.1 y 3 y 106 de la Constitución) es difícil sostener la posibilidad del derecho de opción, ya que con el mismo se está intercambiando la readmisión por la indemnización, y desde una pura consideración administrativa lo que se realiza es un abandono del ejercicio de la potestad disciplinaria, a cambio de incrementar el gasto para la Administración pública. Como consecuencia de ello, acaba reclamando la incorporación de normas internas que eviten el ejercicio de la opción en caso de despido improcedente, las cuales deberían establecer la imposibilidad de existencia de créditos para atender a estos gastos, y especialmente la exigencia de responsabilidades de quien, administrando dinero público, hace abandono de sus funciones disciplinarias, optando por una decisión que lo único que hace es incrementar el gasto público.

También en contra otros autores como del Saz y Sánchez Morón.

Por último, exponer la posición sostenida por López Gómez,⁵ que defiende que no es posible aplicar el régimen común del despido improcedente en el ámbito de la Administración, y esto lo fundamenta, coincidiendo con lo que otros sectores de la doctrina también mantienen como criterio, en la aplicabilidad de las previsiones de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución a este ámbito, y como consecuencia de ello se observa la aparición de una violación del derecho de igualdad de trato en el empleo público, ya que lo contrario supondría, a su entender, privar realmente de contenido el derecho al acceso a las funciones públicas, ya que por un lado la Administración estaría obligada a incorporar a todo trabajador que hubiera superado las correspondientes pruebas selectivas, pero posteriormente podría privarle de empleo sin causa justificada.

Del examen de las diferentes posiciones doctrinales anteriormente expuestas, se puede observar la existencia de dos tipos fundamentales de argumentaciones referentes al tema. Por un lado, nos encontramos con los criterios que sustentan la inadmisibilidad del derecho de opción en caso de violación directa de las previsiones constitucionales, en concreto los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, lo que origina que el denominado despido improcedente debe ser recalificado de despido radicalmente nulo, con la lógica consecuencia de que, entonces, desaparezca la posibilidad de la opción indemnizatoria como modalidad de extinción de la relación laboral; y, por otra parte, la declaración de la posibilidad de que la decisión discrecional de la Administración haya de ser calificada de arbitraria y por ello contraria a las previsiones del artículo 9.3 de la Constitución.

1.2. ¿Reconocimiento de improcedencia = reducción del coste económico del despido, o amparo legal al desistimiento libre y unilateral del empresario?

Vistas las posiciones enfrentadas de doctrina y jurisprudencia sobre el despido improcedente en las AAPP, hay que ir un poco más allá en la problemática de la aplicación de la figura del reconocimiento de improcedencia por parte de las AAPP. En el momento en que las entidades locales deben hacer la carta/comunicación de reconocimiento de la improcedencia del despido del trabajador que han acordado, surgen muchas dudas sobre cuál debe ser el contenido de dicha comunicación en relación con la causa de despido; entiendo que la respuesta a indicar es que, a pesar de reconocerse la improcedencia, se hará constar la causa disciplinaria u objetiva del despido.

¿Por qué? ¿Por qué el interrogante que se plantea en la situación actual es si la posibilidad reconocida a las AAPP de reconocer la improcedencia de un despido en una fase anterior a la judicial puede equivaler a amparar el desistimiento libre y unilateral en la contratación laboral por parte de las AAPP?⁶

4. PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, Madrid, 1997.

5. LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *El Régimen Jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995.

6. Actualmente el desistimiento unilateral del empresario solo está previsto para las relaciones laborales especiales de alta dirección y del empleado del hogar.

Entendemos que la respuesta a esta pregunta debe ser negativa, dado que los mandatos constitucionales (artículo 35 CE), internacionales (Convenio 158 OIT) y de legalidad ordinaria (artículos 49, 52 y 54 ET) así lo imponen:

De acuerdo con nuestra Constitución, específicamente en su artículo 35, el derecho al trabajo es un derecho reconocido a los trabajadores, que impone la causalidad del despido —es decir, no ser despedido sin justa causa—. Así, la doctrina del Tribunal Constitucional, en las sentencias STC 22/81 y 192/03, ha reiterado que:

“tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales (Conveni 158 OIT), hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma. (...) Ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre el art. 35. 1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho.”

Y concluye que:

“No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa.”

Por otra parte, en fecha 18 de febrero de 1985, el Estado español ratificó el Convenio de 22 de junio de 1982, número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por iniciativa del Empleador, donde el artículo 4º establece que:

“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio”,

y el artículo 7º que:

“No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.”

Ahora bien, también es cierto que el artículo 10 establece que: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.”

Cabe recordar que, por imperativo del artículo 96.1 CE y el artículo 1.5 del Código civil, la ratificación de este instrumento internacional supone la integración de sus disposiciones en el ordenamiento interno, que pasan a ser de aplicación directa en orden jerárquico prevaleciente respecto a la legalidad ordinaria.

Son dos, pues, las exigencias que derivan de esta norma: la existencia de una causa justificada, de carácter disciplinario u objetiva (“... relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa”). Y, en segundo lugar, “la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él”, que obviamente requiere de la manifestación de una causa para poder ejercer el derecho de defensa.

Finalmente, es indiscutible que nuestra legislación ordinaria, en este caso el Estatuto de los Trabajadores, después de todas las reformas que ha sufrido, sigue configurando los despidos como despidos causales, tanto en lo que respecta a la relación tasada de causas de extinción contractual contenida en el artículo 49 ET, como al despido objetivo previsto en el artículo 52 ET, como al despido disciplinario previsto en el artículo 54 ET.

Estas realidades incontestables determinan que la interpretación que se debería hacer de esta posibilidad de reconocimiento de la improcedencia del despido por parte del empresario, no posibilita la equiparación de la figura con un desistimiento libre, unilateral e indemnizado del contrato. Y este peligro existe desde el momento en que, con el reconocimiento de improcedencia, el contrato se consideraría extinguido desde la

fecha del despido y por tanto el enjuiciamiento de la decisión, salvo que resultaran afectados derechos fundamentales, no modificaría en nada ni su resultado ni sus consecuencias.

Es por esta razón que en la comunicación del despido, aunque con el reconocimiento de su improcedencia, se hará constar expresamente la causa disciplinaria u objetiva del despido.

Desde un punto de vista doctrinal, algunos autores ya han puesto de relieve esta realidad y la consecuente necesidad de una interpretación alternativa al reconocimiento de esa facultad de desistimiento libre, en el sentido de entender que la reforma operada por la Ley 45/2002, en virtud de la que se introdujo la figura del reconocimiento previo de improcedencia, solo podía tener por objeto, en términos del magistrado Juan Agustí Maragall (titular del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona) la “desjudicialización” del despido, pero no su “descausalización”,⁷ con un objetivo meramente económico, es decir, la liberación (o la reducción, en su caso) de los salarios de tramitación que se obtendrían en el caso de impugnación judicial del despido con éxito, como incentivo a este reconocimiento.

Sin embargo, la realidad es que a día de hoy existen críticas doctrinales que defienden que la intención del legislador con la reforma de la Ley 45/2002 era introducir la posibilidad del despido libre, seguramente apoyando estas opiniones en el reconocimiento que nuestro Tribunal Supremo (y muchos tribunales superiores de justicia) hace de esta facultad empresarial de rescindir el contrato laboral sin causa, con el único límite de la prohibición de discriminación y vulneración de derechos fundamentales (que darían lugar a la existencia de despido nulo) y sin más exigencia que el cumplimiento de determinados requisitos formales (1.º Reconocimiento formal de la improcedencia –expreso, tácito o, incluso, verbal–; 2.º Pago –metálico o cheque bancario– o consignación judicial de indemnización legal + salarios de tramitación, en su caso; 3.º Comunicación coetánea al trabajador tanto del reconocimiento como de la disponibilidad pecuniaria; 4.º Tiempo: desde la fecha del despido y hasta la conciliación judicial. De este tiempo dependerá la cuantía de los salarios de tramitación devengados), dada la desaparición de la calificación de despido radicalmente nulo por fraude de ley (SSTS de 2 de noviembre de 1993 y de 19 de enero de 1994); también la Sentencia del Tribunal Su-

perior de Justicia de Cataluña de 25 de julio de 2008 (recurso 3388/08), al establecer:

“Si la jurisprudencia de los Tribunales de lo Social vienen admitiendo que los despidos, cualquiera que fuera la expresión de la causa alegada (siempre que no se trate de un supuesto tasado de nulidad) cuando por el empresario se reconoce la improcedencia del mismo y se cumplen los requisitos del 56.2 se trata de un despido sin causa y por lo tanto, improcedente.”

En cualquier caso, hay que destacar que si bien la aplicación que de la ley hacen con carácter general los tribunales permite esta concepción del reconocimiento de improcedencia como posibilidad de despido sin causa –porque las causas de nulidad del despido están perfectamente tasadas (artículos 53.4 y 55 ET) y no incluyen esta inexistencia de causa–, no es menos cierto que cada vez más magistrados manifiestan de forma expresa su reticencia a acoger esta equiparación y la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de un despido sin causa.

Como ejemplo se podría citar el voto particular formulado por seis magistrados en la Sentencia de la Sala General del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de octubre de 2004, que dice:

“Si no existe justificación –y el despido no es verbal o tácito– no nos hallaremos ante un despido, sino ante un desistimiento, con todos sus efectos. Por tanto, resulta en todo caso exigible que la comunicación por escrito contenga una causa, aunque la misma no supere los tests de causalidad, formalidad y/o proporcionalidad. Si no es así, ante lo que nos hallaremos es ante una manifestación formal de extinción por parte del empleador, sin contenido efectivo.

“Y, como se ha afirmado hasta la saciedad, la figura del desistimiento no tiene cobijo en nuestro ordenamiento. No es ésta una afirmación baladí o simplemente academicista, cuando –como ocurre tras el R. Decreto-Ley 5/2002 y la posterior Ley 45/2002, con los previos antecedentes de la citada Ley 11/1994– puede el empleador impedir los para él nocivos efectos de pago de salarios de tramitación reconociendo la improcedencia del despido y poniendo la indemnización correspondiente a disposición del afectado. Lo que, por cierto, no resulta posible en los despidos verbales o tácitos, salvo que se acepte que el actual redactado del art. 56.2 ET EDL 1995/13475 en sus dos últimos párrafos permite dicha posibilidad.

7. En este sentido, AGUSTÍ MARAGALL, J. (magistrado), Diario “La Ley”, núm. 5809.

“QUINTO.— Así pues, cuando el magistrado o la Sala llegue a la conclusión de que se halla ante un desistimiento, los efectos de esa constatación no puede ser, desde mi punto de vista y por los motivos expuestos, la declaración de improcedencia del despido. Lo que debe declarar, en un juicio previo al control de un despido inexistente, es que ha existido una comunicación extintiva del empleador sin causa y, por tanto, un desistimiento. Y en dichos supuestos los efectos no pueden ser otros que los previstos en el art. 6.3 del Código Civil. En efecto, no nos hallamos en estos casos ante un fraude de ley, sino ante actos contrarios a normas imperativas —el ya citado art. 4 del Convenio 158 OIT, de directa aplicación ex art. 96.1 CE—, lo que debe comportar su nulidad de pleno derecho, en tanto que ni existen efectos legalmente previstos caso de contravención, ni resulta de aplicación el marco jurídico regulador del despido —ni siquiera su vis atractiva—, en tanto que no nos hallaremos ante dicha figura sino ante un desistimiento.”

En definitiva, hoy por hoy, dados los pronunciamientos judiciales de nuestro Tribunal Supremo y de muchos tribunales superiores de justicia, como el ya citado de Cataluña o el de Canarias, Las Palmas, en Sentencia de 27 de abril de 2006, parece que la causa solo es necesaria para conseguir la extinción sin coste (despido disciplinario), o bajo coste (despido objetivo), pero no cuando se está dispuesto a pagar la indemnización legalmente establecida de 45 días por año trabajado.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, y con todos los respetos, entiende quien suscribe el presente documento, acercándose a la opinión de otros autores,⁸ que el reconocimiento en el actual redactado del artículo 56.2 ET de una facultad de desistimiento unilateral o despido libre, es decir, sin causa, colisiona directamente con los mandatos constitucionales (artículo 35 CE), internacionales (Convenio 158 OIT) y de legalidad ordinaria (artículos 49, 52 y 54 ET) ya mencionados y, por lo tanto, no debería ser asumible en nuestro ordenamiento.

1.3. Conclusión de nuestra realidad práctica

Así pues, está claro que la aplicación a las administraciones públicas (que actúan como empresarias) de la normativa laboral contenida en los artículos 56.1 ET y 110 LPL, en cuanto a los efectos de la calificación de despido

improcedente, es una cuestión polémica y muy debatida, dada la tensión que se da entre los principios del Derecho Laboral y los principios del Derecho Administrativo.

Es más, como hemos dicho, un sector cada vez más numeroso de la doctrina empieza a cuestionar la posibilidad de que la Administración, en este tipo de extinción —despido improcedente—, pueda actuar del mismo modo que un empresario privado. Por el contrario, no parece que los tribunales de justicia, al menos hasta el momento, estén dispuestos a reconocer esta relación laboral especial hasta el punto de otorgarles un régimen diferenciado del que es aplicable con carácter general al personal laboral.

Sin embargo, si bien esta facultad de reconocimiento de la improcedencia es muy criticada por parte de la doctrina, también es admitida por nuestros tribunales y, por qué no decirlo, muy útil para la gestión de RRHH en las AAPP.

Ahora bien, no surtirán efectos el uso del reconocimiento de improcedencia, en los casos siguientes:

- Despidos nulos
- Despidos de representantes legales de los trabajadores o de delegados sindicales que sean declarados judicialmente improcedentes, ya que en estos casos la opción por la readmisión o por la indemnización corresponde al trabajador despedido (ex artículo 56.4 ET)
- Despidos de trabajadores que, en virtud de pacto individual o colectivo, sean los titulares de dicho derecho de opción ante un despido improcedente
- Despidos disciplinarios de laborales fijos al servicio de las administraciones públicas (ex artículo 96.2 EBEP).

Fuera de estos supuestos, el reconocimiento de improcedencia de un despido por parte de la Administración es factible, admitido con carácter general por los tribunales, y produce los efectos liberatorios o limitadores del pago de salarios de tramitación (siempre que se cumpla con los requisitos de pago/consignación, comunicación y tiempo ya explicitados en la ponencia anterior).

Pero en mi opinión, recapitulando lo dicho hasta ahora, entiendo que el reconocimiento de improcedencia no motivado y que no se sujete a ninguna causa en cuanto a la decisión de terminación de la relación laboral, atenta contra el principio de legalidad exigible a la Administración pública, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y posiblemente también contra el principio de legalidad presupuestaria. Además, el acto administrativo de reconocimiento de improcedencia puede ser

8. El ya citado J. AGUSTÍ MARAGALL, y BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, 2009.

discrecional, pero no puede ser arbitrario, y lo será en el caso de que la decisión no se fundamente en motivos de interés público o en base a criterios objetivos.

Por otro lado, no podemos dejar de advertir que si no se permitiera que la Administración pública pudiera dar por extinguida una relación laboral mediante el pago de una indemnización, se estaría haciendo extensión al personal laboral, en cierta medida, de una de las que hasta el momento era prerrogativa exclusiva de los funcionarios: la estabilidad real en el empleo. Y parece que este debería ser el objetivo: la equiparación, en la medida de lo posible, de los regímenes funcionarial y laboral, ya que en esta línea se aprobó el EBEP y actúan en la práctica las entidades locales en la negociación de sus convenios colectivos, acuerdos de condiciones y/o instrumentos comunes de condiciones del personal.

En este sentido, quizás sería conveniente que los tribunales modularan la aplicación de la normativa laboral en las administraciones públicas, aunque la norma no haga distinción alguna hacia la Administración pública, al igual que la jurisprudencia ya lo hizo con la distinción entre personal laboral indefinido y personal laboral indefinido no fijo de plantilla (con posterior reconocimiento legal a partir de la entrada en vigor del EBEP, artículo 11.1). Es decir, que definitiva y efectivamente se reconociera la existencia de una relación laboral especial para el personal laboral al servicio de la Administración pública.

En cualquier caso, con la entrada en vigor del EBEP ya encontramos una excepción legal a los efectos del reconocimiento de improcedencia ejercida por la Administración pública y a la correspondiente facultad empresarial de opción entre readmisión o indemnización establecida por el ordenamiento laboral: las previsiones contenidas en el artículo 96.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

2. El despido improcedente después de la entrada en vigor del EBEP

Desde el año 1984 veníamos funcionando con una, en principio “provisional”, Ley de medidas⁹ que finalmente pasó a ser lo más parecido a un estatuto. Sin embargo, era notable la atención creciente que la doctrina manifestaba sobre el llamado proceso de laboralización y sobre la conveniencia de regular un estatuto jurídico

común –en la medida de lo posible– para funcionarios y laborales al servicio de la Administración.

Con la promulgación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), es la primera vez que en un texto legal regulador de la materia se recoge el término unívoco de “empleado público” como concepto expresivo de una realidad común existente con absoluta independencia del régimen jurídico, laboral o funcionarial, de cada empleado, que es la prestación de servicios para una Administración pública. Y no se trata solo de una cuestión terminológica, ya que la utilización de un concepto común para referirse al personal denota la voluntad del EBEP de proporcionar una regulación lo más homogénea posible de sus prestaciones de servicios.

Un exponente de esta voluntad es la regulación del régimen disciplinario que el EBEP, en el título VII, introduce con carácter común para todos los empleados públicos, independientemente de que sean funcionarios o laborales, con aplicación supletoria de la legislación laboral para estos últimos.¹⁰

Así pues, el EBEP, con las previsiones contenidas en el artículo 96.1, ha establecido la equivalencia entre el despido del personal laboral y la separación del servicio de los funcionarios, ya que ambas sanciones solo pueden imponerse por la comisión de falta disciplinaria muy grave. Sin embargo, esta equivalencia no es total y es criticable desde el momento en que la equivalencia solo se establece en cuanto a los beneficios de protección, pero no en cuanto a los castigos.

Así, por un lado, la sanción de “separación del servicio” lleva aparejada la imposibilidad de volver a ser funcionario o empleado público nunca más, y en cambio, por otro, “el despido disciplinario” regulado en el EBEP solo supone la inhabilitación indefinida del trabajador –ya que no se hace mención de plazo alguno– para volver a ser titular de un contrato de trabajo con la Administración para ejercer funciones similares a las que se ejercían cuando fue despedido. A la vez, la imprecisión de esta previsión genera muchas dudas, ya que no se dice si se trata de un nuevo contrato en la misma Administración pública o en todas, como debería de entenderse para mantener la equivalencia con los efectos de la separación del servicio. Y tampoco queda claro para qué tipo de funciones no puede ser contratado de nuevo el trabajador despedido, ya

9. Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

10. Artículo 93.4 EBEP: “...se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral”.

que el término “funciones similares” es totalmente impreciso.

Separación del servicio	Despido disciplinario
• Imposibilidad de volver a ser funcionario • En ninguna Administración pública • En ningún tipo de plaza	• Inhabilitación indefinida –no se marca plazo– para nuevo contrato con AP para ejercer funciones similares • No se dice si en la misma AP o en todas • Para ejercer “funciones similares”, concepto indeterminado

En definitiva, esta diferencia en el régimen jurídico de una y otra sanción sorprende si, como decíamos, lo que se pretendía era la equiparación y la unificación del régimen jurídico de funcionarios y laborales, que no se consigue si solo se equiparan los efectos de protección a favor del trabajador, pero no los castigos que se imponen a los funcionarios.

En cualquier caso, también hay que decir que este problema se quiere solucionar, según el tenor literal del Anteproyecto de ley de la función pública catalana, ya que el artículo 20.1.e) de este texto equipara las dos sanciones (separación del servicio y despido disciplinario) a efectos de cumplir con los requisitos para el acceso al empleo, al pedir, para cumplirlos, no haber sido separado ni despedido disciplinariamente de cualquier Administración pública. Esto a diferencia del artículo 56 del EBEP, que solo habla de no haber sido separado del servicio.

Entrando ya en la materia que es objeto de esta sesión –el despido improcedente–, hay que decir que, tras la entrada en vigor del artículo 96.2 EBEP, las tradicionales especialidades convencionales y jurisprudenciales relativas a los efectos del despido improcedente experimentan una radical alteración, y suponen una excepción al régimen legal aplicable hasta el momento.

Ahora bien, esta alteración inicialmente solo tiene efectos en el marco del despido disciplinario, en virtud de que el EBEP no regula la extinción de los contratos de trabajo del personal laboral al servicio de las administraciones públicas; así, en esta materia se seguirá aplicando el Estatuto de los Trabajadores, conforme al sistema de fuentes establecido (artículo 7 EBEP).

2.1. Efectos del despido disciplinario declarado improcedente

El artículo 96.2 EBEP contiene una previsión de gran importancia: cuando una sanción de despido aplicada a un trabajador laboral fijo sea declarada judicialmente como improcedente, la consecuencia inmediata será la readmisión del trabajador. Es decir, desaparece la aplicación del derecho de opción entre indemnización y readmisión que el artículo 56.1 ET otorgaba, hasta ahora, al empresario/Administración.

También se especifica literalmente en el referido precepto que esta especialidad solo será aplicable en despidos disciplinarios –improcedentes– que tengan por objeto personal laboral fijo (es decir, el que haya accedido a la Administración pública mediante un procedimiento selectivo celebrado con respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como al de publicidad). Por lo tanto, con respecto al personal laboral temporal o al indefinido no fijo se siguen aplicando el artículo 56.1 ET y los actuales criterios jurisprudenciales en virtud de los que, y salvo el caso de previsión en contra en los convenios colectivos que sean aplicables, se otorga a las administraciones públicas la facultad de optar entre la indemnización o la readmisión en los supuestos en que el despido efectuado sea declarado judicialmente improcedente.

Por el contrario, estas previsiones de inmediata readmisión en el caso de declaración de improcedencia del despido de un laboral fijo, nacen del juego aplicativo de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la Administración pública (artículos 23.2 y 103.3 CE), aplicables por igual a funcionarios y laborales, y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE), entre ellos las administraciones públicas, ya que los mismos quedarían sin efecto si después de que un trabajador hubiera superado el proceso selectivo reglamentario, con todas las garantías, para ocupar una plaza en la Administración pública, esta pudiera despedirlo sin causa (es decir, de forma improcedente).

Como decíamos antes, no se puede obviar que la Administración está sometida a un estatuto constitucional que le impone, en todo caso, actuar siempre por razones justificadas de interés público y con pleno sometimiento a la ley y al Derecho. Por esta misma razón, como se ha dicho con anterioridad, el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP recomendaba la supresión de la figura del despido improcedente.

Así pues, en cuanto a los efectos del despido disciplinario declarado improcedente, el legislador ha optado por la equiparación con el despido nulo, que conlleva la readmisión inmediata del trabajador despedido, así como el abono de los salarios dejados de percibir (salarios de tramitación) ex artículo 55.6 ET, con los requisitos y plazos que se han expuesto en la ponencia anterior.

2.2. Problemática en la aplicación y la interpretación del artículo 96.2 EBEP

Una de las primeras cuestiones que se me plantean ante la nueva regulación de los efectos del despido disciplinario declarado improcedente es la siguiente: por lógica, parece que la entrada en vigor del artículo 96.2 EBEP debería conllevar la nulidad sobrevinida de todas las cláusulas convencionales o contractuales que, en caso de despido declarado improcedente, otorgan al trabajador el derecho de opción entre readmisión o indemnización, ya que esta opción ya no existe y por lo tanto, difícilmente, puede ser trasladable de la Administración al trabajador. Tal conclusión se extrae de lo que parece la configuración de dicho precepto como norma de derecho necesario absoluto y por lo tanto imposible de alterar por medio de la negociación colectiva, como defienden algunos autores¹¹ y algunos tribunales superiores de justicia, como el de la Comunidad Valenciana, en Sentencia de 15 de mayo de 2008 (AS 1580).

Sin embargo, sobre esta cuestión nuestro Tribunal Supremo parece que se acerca más a la postura contraria, ya que su Sentencia de 2 de febrero de 2009 (RJ 1183), refiriéndose a dicho precepto del EBEP, *obiter dicta* dice que lo establecido por el mismo es una regla de carácter general que queda sin efecto cuando un convenio colectivo dispone lo contrario, al remitirse el propio EBEP en su artículo 7 a la legislación laboral en general. En definitiva, tendremos que estar alerta a los próximos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la materia.

Por otra parte, ¿la previsión legal de declaración de improcedencia del despido disciplinario a que se refiere el artículo 96.2 EBEP hace referencia a la declaración judicial o al reconocimiento empresarial –y no judicial–

de improcedencia? En mi opinión, de conformidad con la jurisprudencia actual ya expuesta, debe entenderse que esta previsión legal admite ambas acepciones, tanto la declaración judicial en sentencia, como el reconocimiento de improcedencia que se podría producir en la contestación a la reclamación administrativa previa, en fase de conciliación judicial o en el reconocimiento unilateral de la Administración.

En este sentido, también la STSJ Comunidad Valenciana de 15.05.2008 (AS 1580).

Vamos ahora a por las cuestiones que suscitan más dudas desde la entrada en vigor del EBEP:

2.3. Posibilidades de extensión del artículo 96.2 EBEP a los despidos motivados por causas no disciplinarias declarados improcedentes

Si el artículo 96.2 EBEP se interpreta de manera literal, solo es aplicable al despido disciplinario *stricto sensu*, ya que el mismo se refiere a la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave. Esta interpretación literal también viene reforzada por la inclusión del citado precepto dentro del título VII del EBEP, dedicado al régimen disciplinario de funcionarios y laborales.

La cuestión es si podemos esperar una interpretación judicial extensiva de este artículo 96.2 EBEP más allá del despido disciplinario, de forma que la readmisión inmediata sea la consecuencia necesaria de cualquier decisión empresarial extintiva declarada –judicialmente o no– improcedente, recuperando de esta manera la propuesta que hizo la Comisión de Expertos para la redacción del EBEP.

A este respecto podemos encontrar argumentos tanto a favor como en contra de la extensión planteada:

• Argumentos a favor de la extensión:

Existen muchos argumentos para avalar esta interpretación judicial extensiva, empezando por el hecho de que, en el ámbito del sector público, determinados principios constitucionales encajan mal con la posibilidad de extinguir la relación laboral especial de empleo público de forma injustificada, y solo a cambio de dinero. Se trata de los principios de legalidad que deben regir cualquier actividad administrativa (103.1 CE), los

11. MOLINA NAVARRETE, C., “Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación ‘parcial’ de estatutos”, en *Trabajo y Seguridad Social. Revista del Centro de Estudios Financieros*, 2007, núm. 293-294.

principios de mérito y capacidad (103.3 CE) como contenido esencial del derecho constitucional a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público (14 y 23.2 CE y 55.1 EBEP), y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (9.3 CE). Incluso se podría invocar el derecho constitucional al trabajo (35 CE), que impide el despido sin causa.

Además, a favor de esta extensión podríamos decir que la garantía reconocida a los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores, de ejercer el derecho de opción entre la readmisión y la indemnización en sustitución de la empresa-Administración, a pesar de estar expresa y legalmente reconocida solo para el supuesto concreto del despido disciplinario (artículo 56.4 ET), ha sido extendida por los tribunales al resto de decisiones empresariales extintivas declaradas improcedentes.

En este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1995 (RJ 5897) y de 20 de marzo de 1997 (RJ 2607).

Por otro lado, no existen argumentos de fondo para no admitir una interpretación extensiva de los efectos del artículo 96.2 ET en el caso de un despido por causas objetivas declarado o reconocido improcedente.

** Argumentos en contra de la extensión:*

Lo más importante, el tenor literal de la norma, que habla de despidos disciplinarios.

También sería muy complicada la extensión de este nuevo régimen a los despidos de personal laboral declarados improcedentes porque la condición de temporal no existe, dada la existencia de irregularidades en la contratación temporal (que da lugar a la figura del personal indefinido no fijo de plantilla).

A pesar de las anteriores posibilidades, hoy por hoy, los primeros pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión deniegan la extensión más allá del despido disciplinario, bajo el fundamento del tenor literal del precepto, expresivo de la voluntad del legislador. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas, de 30 de octubre de 2008 (AS 2009 389), y la muy reciente Sentencia de nuestro Tribunal de Justicia de Cataluña, de 30 de octubre de 2009.

De cara al futuro, tanto los pronunciamientos judiciales como la autonomía colectiva jugarán un papel muy importante en cuanto a la extensión de la aplicación objetiva del artículo 96.2 EBEP a otras decisiones empresariales extintivas injustificadas diferentes de las disciplinarias.

La opinión de quien suscribe el presente documento, sin embargo, es más favorable a la extensión, dado que los argumentos en contra son rebatibles:

a) en cuanto al argumento de la literalidad del precepto, no creo que el hecho de que la previsión solo tenga efectos en el marco del despido disciplinario tenga que ver con la voluntad expresa del legislador, sino con el hecho de que el EBEP no regula la extinción de los contratos de trabajo del personal laboral al servicio de las administraciones públicas con carácter general, ya que es una norma para regular el régimen de los empleados públicos, no del personal laboral en general;

b) con respecto a la difícil extensión a los despidos declarados improcedentes por contratación en fraude de ley –que da lugar a la figura del personal indefinido no fijo de plantilla–, no existiría esta afectación ni dificultad porque el 96.2 EBEP solo se aplica, por previsión expresa, al despido de personal laboral fijo.

Para acabar con el tema planteado se cree necesario hacer otra precisión práctica: si la decisión de despido se produce sin iniciar el correspondiente expediente disciplinario con el objetivo, precisamente, de intentar evitar la aplicación del artículo 96.2 EBEP, siempre que esté claro que estamos ante este tipo de despido la iniciación o no del expediente no modificaría la obligatoriedad de aplicación del precepto citado, ya que de otra manera se premiaría injustificadamente a la Administración que incumple la norma preceptiva de incoación de expediente en estos casos (artículo 98.1 EBEP).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de diciembre de 2007 (AS 2008 1141).

2.4. Posibilidades de extensión del artículo 96.2 EBEP al personal indefinido (no fijo de plantilla) o temporal al servicio de la Administración pública

El aspecto más controvertido del artículo 96.2 EBEP es la exclusión de su aplicación al personal laboral no fijo.

Antes del EBEP la autonomía colectiva ya venía limitando en muchos casos la titularidad de las mejoras convencionales al personal laboral fijo de plantilla, muy especialmente cuando la mejora consistía en la readmisión inmediata del trabajador despedido, es decir, lo que ahora establece el citado 96.2 EBEP.

Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tradicionalmente restrictiva a la hora de otorgar las mejoras convencionales al personal laboral temporal y al personal indefinido no fijo de plantilla, en los últimos años solo ha aceptado la aplicación de las mismas a aquellos tipos de laborales en la medida en que las cláusulas convencionales formaran parte de la política de empleo y no del régimen disciplinario. Además, ha dicho el Tribunal Supremo que si la mejora convencional estuviera reservada expresamente para los trabajadores fijos de plantilla, no se podría asimilar a los mismos ni los temporales ni los temporales indefinidos.

Siguiendo la misma dinámica que en el punto anterior, encontramos argumentos en contra y a favor de la extensión.

• *Argumentos a favor de la extensión al personal no fijo:*

Lo más importante: que la no extensión incumple la supuesta voluntad de equiparación de los regímenes laboral y funcional: en este sentido, las consecuencias de la anulación de la sanción disciplinaria de separación del servicio son las mismas para el personal funcionario de carrera que para el funcionario temporal-interino, es decir, la readmisión, y el funcionario interino, a pesar de acceder a la plaza que ocupa transitoriamente con respeto a los principios de mérito y capacidad, lo hace a través de un procedimiento ágil (ex artículo 10 EBEP), es decir, más laxo que el procedimiento de selección al que se someten los funcionarios de carrera (igual que los laborales temporales, en relación con los laborales fijos).

En definitiva, si se quiere la equiparación del régimen entre funcionarios y laborales, no existiendo estas diferencias entre funcionarios de carrera e interinos, tampoco deberían existir entre laborales fijos y no fijos.

Por otro lado, si lo que se trata es de impedir que se pueda prescindir de manera injustificada y a cambio de una indemnización del personal laboral, asimilándolo en buena medida al personal funcionario (de carrera o interino) –como parece es el espíritu del EBEP–, esta justificación tanto valdría para el personal fijo como para el personal indefinido o temporal, ya que ambos tipos de personal laboral solo pueden ser seleccionados con respeto a los principios de mérito y capacidad (ex artículo 55.2 EBEP), por lo tanto no se justifica que al primero se le proteja con la estabilidad real que da el artículo 96.2 EBEP y al segundo solo con la estabilidad relativa del artículo 56 ET.

Por otra parte, si de lo que se trata es de impedir que se pueda prescindir de manera injustificada y a cambio de una indemnización del personal laboral dotado de estabilidad y vocación de permanencia, como es el laboral fijo, al igual que del personal funcionario, esta justificación vale tanto para el personal fijo como para el personal indefinido no fijo, ya que la relación laboral de este último suele prolongarse en el tiempo y además *de facto* tiene vocación de estabilidad, sobre todo por la expectativa de conversión en fijo a través de algún proceso de consolidación de empleo público que el mismo EBEP normaliza en la disposición transitoria 4ª.

• *Argumentos en contra de la extensión:*

Parece que jueces y tribunales no pueden desconocer los términos literales inequívocos del artículo 96.2 EBEP, ya que no podemos olvidar que el artículo 96.2 habla de personal fijo cuando el artículo 11.1 del mismo texto legal distingue al personal fijo del indefinido no fijo y del temporal; todos conocemos el aforismo “donde la norma no distingue no es lícito distinguir al intérprete”. Parece, pues, que mientras no sobrevengan circunstancias legales o convencionales que puedan motivar un cambio, la letra de la ley es clara. Y este es el criterio seguido por nuestros tribunales de justicia hasta el momento.

Por otra parte, la diferenciación de trato entre personal fijo y personal temporal o indefinido no fijo en cuanto a su estabilidad en el empleo, encuentra uno de sus motivos en el hecho incontestable de que el procedimiento de selección al que se someten los laborales fijos es mucho más duro que el exigido al personal temporal o indefinido no fijo. En consecuencia, el respeto a los principios de mérito y capacidad aconsejaría la no extensión del régimen instaurado por el artículo 96.2 EBEP.

Nuestra realidad, hoy por hoy, es la siguiente: algún Tribunal Superior de Justicia, como el de Galicia, en Sentencia de 23 de mayo de 2008 (AS 1596), empleando este último argumento, ha declarado que no es posible la extensión de la aplicación del 96.2 EBEP a otro personal diferente del fijo.

En definitiva, también en cuanto a la extensión subjetiva del artículo 96.2 EBEP jugará un papel muy importante la autonomía colectiva. En este sentido, la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2009 define el artículo 96.2 EBEP como regla de carácter general, modulable por vía de la autonomía colectiva.

La opinión de quien suscribe el presente documento, por las razones expuestas, es más favorable a la no extensión.

En conclusión, las previsiones del artículo 96.2 EBEP, de inmediata readmisión en el caso de declaración o reconocimiento de improcedencia en el despido disciplinario de un laboral fijo, confirman que el legislador ha optado por la equiparación con el despido nulo –aunque manteniendo de forma innecesaria la categoría de despido improcedente–, y por la configuración, por tanto, de una excepción legal a los efectos de la declaración o reconocimiento de improcedencia y a la correspondiente facultad empresarial de opción entre readmisión o indemnización establecida por el ordenamiento laboral. ■

Causas de incompatibilidad y abstención del personal al servicio de las entidades locales (autoridades y funcionarios)

Carme Fibla Nicolau

Letrada coordinadora del Servicio de Asistencia Jurídica Local de la Diputación de Barcelona

- 1. Cuestiones previas**
- 2. Inelegibilidad, incompatibilidad y abstención: definiciones**
- 3. Causas de inelegibilidad**
- 4. Incompatibilidades de los cargos electos**
 - 4.1. Incompatibilidades previstas en la LOREG
 - 4.2. Incompatibilidades previstas en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de personal al servicio de la Administración pública
 - 4.2.1. Concejales con dedicación exclusiva.
 - 4.2.2. Concejales con dedicación parcial.
 - 4.2.3. Un curioso supuesto
 - 4.3. Prohibiciones de contratar
 - 4.3.1. Extensión de la prohibición de contratar.
 - 4.3.2. Posibilidad de que el concejal participe en licitaciones
- 5. Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración local**
 - 5.1. Marco normativo
 - 5.2. Principio general de incompatibilidad
 - 5.3. Excepciones al principio general de incompatibilidad
 - 5.4. Prohibiciones de contratar
- 6. La abstención**
 - 6.1. Marco normativo
 - 6.2. Clases
 - 6.3. Causas
 - 6.4. El incidente de la abstención
- 7. La recusación**
 - 7.1. Concepto
 - 7.2. El incidente de recusación
 - 7.3. La perversión de la utilización de la figura
- 8. Conclusiones**

1. Cuestiones previas

El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, que proclama el artículo 23 de la Constitución, no abarca todo cargo público; exige que estos cargos hayan sido elegidos y que ostenten la representación política en los diversos entes territoriales del Estado, entre los que se encuentran los ayuntamientos.

Un cargo público ostenta: una representación política, ya que ha sido elegido por sufragio universal ciudadano, y, en los diversos órganos del Estado,

el ejercicio de la representación que le ha sido otorgada.

La representación es el fundamento del concepto de cargo político representativo, y es el bien jurídico protegido por el derecho fundamental que proclama el artículo 23.2 de la Constitución Española. El cargo público no es concebido como un lugar de trabajo de su titular, sino como una "comisión" o "encargo" para participar en la expresión de la voluntad de los órganos del Estado, de acuerdo con los vínculos que provienen de los electores.

En la Administración pública, concurren dos ámbitos diferenciados:

- Un ámbito que sirve con objetividad a los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho. En este ámbito son del todo necesarios los funcionarios, considerados como categoría de personas que ocupan puestos de trabajo públicos, en virtud de un reclutamiento objetivo que responde a criterios de selección previamente aprobados.
- Un ámbito que tiene como objetivo la determinación de este interés general, donde se mueven los representantes de la voluntad popular. Los cargos públicos representativos tienen, entre sus funciones, la elaboración de políticas públicas, y deben responder políticamente de los criterios que han elegido y que llevan a la práctica los funcionarios.

2. Inelegibilidad, incompatibilidad y abstención: definiciones

Nuestro sistema constitucional ha creado unos mecanismos para garantizar el principio que proclama el artículo 103 de la CE, servir con objetividad a los intereses generales.

2.1) Las causas de inelegibilidad son impedimentos al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido. La normativa trata de evitar que la persona que se encuentra en unas situaciones fijadas legalmente, pueda concurrir como candidata a unas elecciones.

2.2) La incompatibilidad es un impedimento funcional para ejercer dos o más actividades y/o cargos. Ante esta circunstancia, la persona afectada debe optar por el ejercicio de una de estas actividades y/o cargos.

La diferencia fundamental entre las causas de inelegibilidad e incompatibilidad radica en que las primeras operan con carácter previo a la obtención de la condición de concejal, e impiden presentarse a una elección; las segundas, por el contrario, no impiden presentarse a la elección: si la persona sale elegida, deberá optar entre la toma de posesión en el cargo o la renuncia al mismo y, en consecuencia, continuará ejerciendo la tarea considerada incompatible con el anterior.

2.3) La abstención es la obligación de inhibirse en la intervención de asuntos que pueden poner en peligro la imparcialidad del cargo afectado.

3. Causas de inelegibilidad

El marco normativo de las causas de inelegibilidad, lo constituyen los artículos 6, 7 y 177 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG).

Del contenido del artículo 6 de la LOREG, se deriva que las causas de inelegibilidad obedecen a varias circunstancias:

- Pertenecer a la familia real española.
- Ostentar determinados cargos públicos en el Poder Judicial; ser defensor del pueblo; ser fiscal general del Estado; ser magistrado, juez o fiscal; ser militar profesional y de complemento o ser miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o ser policía en activo.
- Estar afectado por condenas derivadas de procesos judiciales penales, como los condenados por sentencia firme a una pena privativa de libertad, durante el tiempo que dure la pena o, si la sentencia no es firme, cuando la condena deriva de un delito de rebelión o de pertenencia a organizaciones terroristas, cuando se haya sido condenado por delitos contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas.
- Ostentar cargos que se ejercen en una jurisdicción que coincida, en todo o en parte, con la circunscripción electoral por la que se pretende presentar una persona: por ejemplo, delegados provinciales de la Oficina del Censo Electoral, los secretarios generales de las delegaciones y subdelegaciones de Gobierno, delegados territoriales de RTVE, etc.

• A estas causas, se puede añadir otra, que recoge el artículo 177.2 de la LOREG, que considera no elegibles para el cargo de alcalde o concejal a las personas deudoras directas o subsidiarias de la entidad local, contra las que se haya expedido mandamiento de apremio por resolución judicial. El problema radica en que los procedimientos de apremio por deudas ante los ayuntamientos son de carácter administrativo: es casi imposible que exista una orden previa de apremio por resolución judicial. La Junta Electoral Central se ha pronunciado mediante acuerdos de 2 de junio de 1986, de 30 de junio de 1987 y de 4 de abril de 1991 en este sentido. En estos acuerdos ha afirmado que no se da causa de inelegibilidad con el cargo de concejal/deudor contra el que se haya expedido mandamiento de apremio por resolución administrativa firme,

ya que la LOREG exige que la orden sea dictada por resolución judicial firme.

La Audiencia Territorial de Valencia, va mucho más lejos, y en la Sentencia de 7 de diciembre de 1985, dice que el aspecto que recoge el artículo 177.2 de la LOREG es del todo inoperante, porque los procedimientos para el cobro de tributos y créditos de las entidades locales tienen siempre carácter administrativo y, en base a la potestad de ejecución forzosa que ostentan los entes locales (artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local), no existirá ninguna resolución judicial, ya que los mandamientos de apremio siempre serán ejecutados por la Administración.

• Hay que decir que el artículo 7 de la LOREG regula de manera específica el caso de magistrados, jueces, fiscales, militares profesionales y de complemento, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y policías en activo. Así, si quieren presentarse a unas elecciones, deberán solicitar su pase a la situación administrativa que corresponda. Además, tendrán derecho a reserva de puesto o plaza y de destino, en las condiciones que fije la normativa especial de aplicación.

Acuerdos significativos de la Junta Electoral Central que interpretan las causas de inelegibilidad

• Las causas de inelegibilidad deben ser interpretadas de manera muy restrictiva, y no se admite una interpretación analógica ni extensiva: al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 57/1985, 28/1986 y 169/1987, así como múltiples acuerdos de la Junta Electoral Central, entre los que podemos invocar, por todos, los de 5 de julio de 1994 y 10 de mayo de 1995.

• Según los acuerdos de la Junta Electoral Central de 15 de septiembre de 1982, de 29 de enero de 1996 y de 20 de abril de 1999, la inelegibilidad afecta a toda persona que ostente alguno de los cargos inelegibles a partir de las 0 horas del día en que la entidad o formación política de la que forma parte presente la candidatura. También son inelegibles las personas que acceden a estos cargos en cualquier fecha posterior y anterior al día de la votación.

• Según el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 20 de abril de 1999, la renuncia al cargo debe formularse antes de la presentación de la candidatura. En el mismo Acuerdo, la Junta dice que, si se produce alguna irregularidad, puede ser subsanada en el plazo previsto en el artículo 47.2 de la LOREG, 48 horas,

siempre que haya desaparecido en este plazo la causa de inelegibilidad.

• Especial mención a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: según el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 19 de junio de 1991: “Conforme al artículo 7 de la Ley Electoral, la calificación de inelegible procede respecto de quienes incurran en alguna de las causas mencionadas en el artículo 6 y, entre ellas, la pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo el mismo día de la presentación de la candidatura, no constando la formulación por el recurrente de la solicitud de pase a la situación administrativa que corresponda en ese momento, como resulta preceptivo a tenor del artículo 7.3 de la Ley Electoral.”

• También la Junta Electoral Central se ha referido a miembros de la policía local en los acuerdos de 19 de octubre de 1992, 7 y 17 de abril de 1995 y 8 de octubre de 1998. Los policías locales se pueden presentar a las elecciones, incluso en listas electorales de partidos que se presentan en el mismo consistorio de donde son policías, siempre que, antes de finalizar el plazo de presentación de candidaturas, así lo comuniquen al ayuntamiento. Durante el período electoral, incluido el día de las elecciones, quedarán automáticamente en situación de servicios especiales: no podrán ejercer de policía local, ni vestir como tal, ni llevar el arma reglamentaria.

• En caso de no ser elegido, el policía deberá solicitar el reintegro al servicio activo dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha de celebración de las elecciones. De no hacerlo, pasaría automáticamente a la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

• En caso de ser elegido, deberá optar entre el cargo de policía o el cargo electo. Y esto ocurre a diferencia del resto de funcionarios locales, que únicamente son incompatibles para ejercer el cargo de concejal en el propio ayuntamiento donde prestan sus servicios y, por tanto, pueden ser funcionarios de un ayuntamiento y concejales de otro. Los policías locales no pueden ser policías en un ayuntamiento y concejales en otro, y esto, porque la causa de inelegibilidad se extiende a todos los municipios. Así, si el policía local opta por ser cargo electo, quedará en situación de servicios especiales durante la legislatura y tendrá derecho a reserva de puesto de trabajo, y se computará, a efectos de trienios, el tiempo dedicado a la tarea de concejal.

4. Incompatibilidades de los cargos electos

Marco normativo:

- Artículo 23 de la Constitución Española (CE).
- Artículos 72 a 78 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL).
- Artículos 6, 7, 177 y 178 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG).
- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas (LI).
- Artículo 49 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP).

Las causas de incompatibilidad de los cargos electos, las recogen diversas normas: la LOREG, la LI y la LCSP. Pero esta primera afirmación merece unas reflexiones:

El derecho de representación proclamado por el artículo 23 de la CE, es un derecho de configuración legal, y el estatuto de los cargos electos de un ayuntamiento, lo recogen los artículos 72 a 78 de la LRBRL. El artículo 73.1 de la LRBRL, señala que la determinación del número de miembros de las corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad, se regularán por la legislación electoral. Nos encontramos, pues, con una remisión a la LOREG.

Las incompatibilidades a que se refiere la LOREG son incompatibilidades para acceder al cargo y mientras dure el mandato representativo como concejal. Son unas incompatibilidades unidas a la vertiente representativa de los cargos electos. Las incompatibilidades que regula la LI, no son unas incompatibilidades que se hayan de añadir a las previstas en la LOREG (cosa que no podríamos hacer, ya que una ley ordinaria no puede modificar una ley orgánica), sino que operarán cuando el concejal con dedicación exclusiva remunerada pretenda desarrollar, además, una actividad no representativa, una actividad meramente profesional, ya sea en el campo público o en el privado.

Y lo mismo podemos decir de las prohibiciones de contratar previstas en la LCSP. El artículo que regula las prohibiciones de contratar remite, en el caso de los cargos electos, a las incompatibilidades previstas en la LOREG.

4.1. Incompatibilidades previstas en la LOREG

De acuerdo con el contenido del artículo 178 de la LOREG, es incompatible con la condición de concejal, la titularidad de los siguientes cargos:

- Abogados y procuradores que dirijan o representen a partes en procesos judiciales o administrativos contra la corporación, con excepción de las acciones judiciales promovidas ante el orden contencioso-administrativo por miembros electos de la corporación que hubieran votado en contra de los actos impugnados [artículo 63.1.b) de la LRBRL].
- Los directores de servicios, funcionarios, o el resto de personal en activo del ayuntamiento respectivo y de las entidades y establecimientos dependientes, sin que la LOREG distinga entre entidades de Derecho Público (sometidas al Derecho Administrativo) y entidades sujetas a Derecho Privado, como las sociedades mercantiles. En estos casos, el funcionario o empleado que opte por el cargo de concejal debe pasar a la situación de servicios especiales o a la prevista en su convenio (en casos de personal laboral) que supondrá la reserva del puesto de trabajo.

Cabe destacar que el artículo 74.1.a) de la LRBRL dispone que si un funcionario es elegido miembro electo de la entidad local en la que presta servicios, y opta por este último cargo, quedará en situación de servicios especiales. Lo mismo sucederá en casos de funcionarios de carrera de otras administraciones públicas que ostenten el cargo de concejal en una corporación diferente, siempre que el cargo se ostente en régimen de dedicación exclusiva (que no en régimen de dedicación parcial). Para el personal laboral rigen las mismas reglas, de acuerdo con las previsiones de la normativa específica de aplicación.

- Los directores generales o asimilados de las cajas de ahorro provinciales y locales que actúen en el término municipal. El motivo de esta incompatibilidad radica en el vínculo existente entre estas entidades y el municipio, posiblemente derivado del origen histórico municipal de las cajas de ahorro.

- Los contratistas o subcontratistas de contratos, la financiación total o parcial de los cuales corra a cargo de la corporación o de establecimientos de ella dependientes.

Debemos centrarnos en esta incompatibilidad y, al respecto, invocaremos varios acuerdos de la Junta Electoral Central y varias resoluciones judiciales que han interpretado esta causa de incompatibilidad:

- “Con arreglo al artículo 178.2.d) de la LOREG, son incompatibles con la condición de concejal, los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes, entre los que pueden entenderse incluidos los trabajadores contratados por el Ayuntamiento para trabajar con cargo a una subvención concedida por el mismo en virtud del convenio INEM-Corporaciones Locales” (Acuerdo de fecha 27 de enero de 1992).

- La Junta Electoral Central ha acordado, de manera reiterada, que no existe incompatibilidad con la condición de concejal si el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del ayuntamiento, ni tampoco cuando nos encontramos ante obras de corta duración, financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento, siempre y cuando no se convierta en contratista de la corporación local. Es en este último supuesto cuando podemos hablar de supuesto de incompatibilidad, de acuerdo con el contenido del artículo 178.2.d) de la LOREG (*vid.*, por todos, acuerdos de fechas 2 de junio de 2005 y 10 de noviembre de 2005, respectivamente).

- En un acuerdo de la Junta Electoral Central de 27 de septiembre de 1996, se dice que, del expediente enviado por la corporación, resulta que los concejales afectados son socios de una sociedad de servicios médicos a la que una Mutua requiere sus servicios. El hecho de que sean socios no los convierte en subcontratistas y, como no consta la participación societaria, la JEC no se define sobre la cuestión.

- Las participaciones minoritarias de una concejala casada en régimen de gananciales en una empresa que suministra materiales al ayuntamiento, no permite configurarla como contratista o subcontratista en los términos del artículo 178.2.d) de la LOREG, según Acuerdo de fecha 8 de junio de 2001. Por el contrario, sí se declara incompatible a un concejal que es socio, al 50%, de la sociedad civil que suministra materiales a un ayuntamiento (Acuerdo de fecha 3 de diciembre de 2001).

- La condición de concejala de una trabajadora de empresa participada por el ayuntamiento en un 35% y que tiene una concesión de este, incurre en incompatibilidad de acuerdo con el artículo 178.1.b) de la LOREG, ya que la participación del ayuntamiento en la empresa (35%), permite entender que es una empresa que depende del consistorio (Acuerdo de fecha 9 de abril de 2003).

- En el marco de la legislación electoral y de conformidad con el contenido del artículo 178.2.b) de la LOREG, la incompatibilidad con la condición de concejal afecta a directores de servicios, funcionarios o resto de personal en activo del ayuntamiento respectivo y de las entidades y establecimientos dependientes, y no afecta a personal de entes supramunicipales (acuerdos de 11 de enero y 12 de abril de 1991, respectivamente) o de la diputación provincial (Acuerdo de 15 de octubre de 2001).

- La incompatibilidad afecta a todo el personal en activo del ayuntamiento, con independencia del régimen jurídico de la relación, sea administrativa o laboral (acuerdos de 12 de abril de 1991, 19 de julio de 1996, 13 de marzo de 1997 y 21 de abril de 1997).

- La incompatibilidad también se aplica a personas contratadas por la corporación local, aunque esta no abone la retribución (Acuerdo de 4 de abril de 1991).

- El personal eventual que ostenta cargos de confianza o asesoramiento especial que prevé el artículo 104.2 de la LRRL, forma parte del personal al servicio de las entidades locales, conforme a lo dispuesto en el artículo 89 de la LRRL, y se ha de considerar incurso en la causa de incompatibilidad que prevé el artículo 178.2.b) de la LOREG. Esta causa se refiere a los funcionarios y al resto de personal en activo de los respectivos ayuntamientos (Acuerdo de 10 de noviembre de 2005).

- Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 3 de octubre de 1988, confirmada posteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1989. Se declaró la inexistencia de la causa de incompatibilidad contenida en el artículo 178.2.d) en un concejal que, antes de acceder al cargo, obtuvo una subvención del ayuntamiento destinada a una cooperativa, de la que era promotor.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1998 que a continuación se transcribe en parte: “Frente al criterio del Tribunal a quo que anuló la declaración de incompatibilidad de un concejal acordada por la Corporación, se alega que, con arreglo al artículo 283 del Código de Comercio, el gerente de una empresa tiene el concepto legal de factor y, en consecuencia, contrata en nombre de sus principales que quedan obligados, por lo que si se permitiera a un Director-Gerente de una empresa contratista con el Ayuntamiento que fuera a la vez Concejal del mismo, se estaría en definitiva poniendo en peligro el principio de imparcialidad que debe regir toda actuación administrativa y de defensa de sus intereses generales

sobre los particulares. Por otra parte, se cita también la Ley de Contratos del Estado, según el cual son incompatibles para contratar con la Administración pública los cargos electivos regulados en la LOREG.

“El motivo no puede prosperar pues, como señala el Ministerio Fiscal, las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones o, al menos, desviaciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, de suerte que, siendo este el principio general, si el artículo 178 de dicha Ley Orgánica se refiere a ‘contratistas o subcontratistas’, no cabe extender la causa de incompatibilidad a quienes no lo son en realidad, por alta que sea su función en la empresa de que se trate. Debe prevalecer, por tanto, el criterio mantenido por la Sentencia recurrida que, por lo expuesto, no puede considerarse lesivo del citado artículo 178.2.d) de la LOREG.”

• Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2004, que a continuación se transcribe en parte: “No se pierden los derechos civiles frente a la Administración por ser elegido para un cargo representativo de la voluntad popular, sino que lo que ocurre, es que se queda sujeto al régimen de prohibiciones e incompatibilidades legalmente previstas para quien ostenta dicho cargo, establecidas, no sólo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduzca en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no sea posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido.

“A los concejales les es aplicable la prohibición de contratar establecida en el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto cargo electivo de la corporación municipal. Y con ello, la Ley pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la corporación local a la que pertenece y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de ‘moralidad pública’ para dar solución a los posibles con-

flictos de intereses, entre los públicos que representa el Ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios o privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal, no sólo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida por la corporación local propia sino, incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios que rigen la adjudicación de los contratos de las administraciones públicas. Por consiguiente, en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 de la LOREG ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, no después de la notificación de ésta [...]”

4.2. Incompatibilidades previstas en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de personal al servicio de la Administración pública

4.2.1. Concejales con dedicación exclusiva

El artículo 75 de la LRBRL, determina que:

“1. Los miembros de las Corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

“En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desempeño de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.”

De la lectura del artículo 75.1 de la LRBRL, se deduce claramente que el legislador se ha mostrado especialmente sensibilizado por el tema de las incompatibilidades retributivas y, en especial, de las retribuciones que provienen de los presupuestos públicos. Pero después, ha añadido la frase que constituye la clave que nos debe permitir interpretar el artículo: “así como para

el desarrollo de otras actividades". A continuación, el artículo hace una remisión en bloque a la LI.

Es decir, si bien de una primera lectura, habría que entender que las incompatibilidades lo son a nivel retributivo, cuando se reciben contraprestaciones dinerarias, que provienen de diversas administraciones públicas, una segunda lectura más atenta nos lleva a considerar que las incompatibilidades también lo pueden ser por otros elementos: por coincidencia horaria y por la confluencia de intereses públicos y privados. Y esto, porque el artículo invoca actividades que nada tienen que ver con la tarea representativa. Esta incompatibilidad, que parece absoluta, se modula con la remisión en bloque a la LI: si un concejal con dedicación exclusiva decide, además, desarrollar otra tarea pública o privada, nos debemos remitir a la LI, para comprobar si incurre (o no) en incompatibilidad.

Si un concejal sobrepasa lo que le es propio, que le es inherente, la representación política, es cuando el legislador considera que no debe concederle una protección especial. Porque nadie le está impidiendo el acceso al cargo ni el posterior mantenimiento en el mismo, sino que le está modulando el hecho de que quiera compatibilizar su labor con otras.

Ante el bloque de incompatibilidades reguladas en la LOREG, nos encontramos con el bloque de incompatibilidades reguladas en la LI, que solo serán aplicables a un concejal con dedicación exclusiva cuando pretenda desarrollar una actividad no representativa, una actividad meramente profesional, ya sea en el campo público o en el campo privado. Las incompatibilidades de la LOREG van del todo unidas al carácter representativo de los cargos electos. Si una persona se presenta como concejal de un municipio, el régimen de inelegibilidad e incompatibilidad al que se encuentra sometido es el previsto en los artículos 6, 7, 177 y 178 de la LOREG. Ahora bien, si el mismo concejal, que ostenta la representación popular, decide llevar a cabo una actividad profesional paralela, cuando quiere compaginar representación (dedicación exclusiva) y profesión (en el ámbito público o privado), se encuentra equiparado legalmente con los trabajadores que forman parte de la Administración.

Y el legislador ha hecho esta equiparación para que el órgano administrativo decida, con adecuación a la normativa aplicable, si la compatibilidad de tareas es posible, teniendo en cuenta: el horario de los dos trabajos, las retribuciones y la posible confluencia de intereses públi-

cos y privados en los asuntos a tratar. Solo conociendo estos datos se podrá llegar a decidir si la compatibilidad es (o no) posible.

Evidentemente, en caso de apreciarse la incompatibilidad, el concejal podría renunciar a percibir la retribución de alguno de los puestos de trabajo que desarrollara en el sector público. Al efecto, hay que recordar que, de acuerdo con lo que determina el artículo 13.4 del ROF, el nombramiento de un miembro de la corporación para un cargo que conlleve la dedicación exclusiva, solo supondrá la aplicación de este régimen en caso de contar con la aceptación del cargo. No nos encontramos ante un nombramiento automático: la aceptación se configura como un requisito constitutivo de la condición de miembro electo con una determinada dedicación.

Lo mismo se puede predicar cuando el puesto de trabajo a compatibilizar se encuentra en el sector privado, ya que, en aplicación del articulado de la LI, deberíamos estudiar, caso por caso, si es posible la compatibilidad retributiva, horaria o de posible confluencia de intereses públicos y privados en los asuntos a tratar.

Como novedad, también hay que decir que el artículo 75.8 de la LRBRL, en la redacción que resulta de la entrada en vigor del Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo, determina que, durante los dos años siguientes a la finalización del mandato, a los concejales con dedicación exclusiva que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organiza el Gobierno local, y dentro del ámbito territorial de su competencia, se les aplicarán las limitaciones al ejercicio de actividades privadas que establece el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

4.2.2. Concejales con dedicación parcial

Las reflexiones predicadas de los concejales con dedicación exclusiva no son aplicables a los concejales con dedicación parcial. La norma diferencia claramente al representante con dedicación exclusiva del que la tiene parcial. En el primer caso, existe una remisión en bloque a la LI, y en el segundo caso, únicamente se prevé el tema de las incompatibilidades retributivas –si se perciben con cargo a presupuestos públicos– y horarias. La dedicación parcial se encuentra regulada en los párrafos 2 y 6 del artículo 75 de la LRBRL.

4.2.2.1. Concejal con dedicación parcial que forma parte del personal de administraciones públicas o de los entes, organismos y empresas dependientes

Estos concejales solo podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial cuando se realice fuera de la jornada laboral a prestar en el respectivo puesto de trabajo, en los términos señalados en la LI. Tanto la LR-BRL como la LI indican que las retribuciones no pueden superar los límites que se establezcan con carácter general. La Administración en la que ejerce como miembro electo y el ayuntamiento del que sea trabajador se deben comunicar la jornada respectiva, así como las retribuciones que se perciben y cualquier modificación posterior que pueda suceder.

Si las tareas como concejal tuvieran que desarrollarse en horario de trabajo como funcionario o laboral de la Administración, la percepción de ambos sueldos sería incompatible, tal y como señala, con carácter genérico, el artículo 5.2 de la LI.

4.2.2.2. Concejal con dedicación parcial que trabaja en el ámbito privado

La normativa vigente permite que se puedan compatibilizar ambas tareas, siempre que la jornada horaria no sea coincidente. El problema, lo da la aplicación del artículo 37.3.d) del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, cuando el miembro electo pretende compatibilizar su puesto de trabajo en la empresa privada con una dedicación parcial retribuida en la corporación local, previa reducción de su jornada en el sector privado. El artículo 75.6 de la LR-BRL establece que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 37.3.d) del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores y el artículo 30.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, se entiende por tiempo indispensable para el desarrollo del cargo electo de un ente local, el necesario para la asistencia a las sesiones de los órganos colegiados de los que forme parte, así como la atención a las delegaciones que tenga.

Si la reducción del horario de trabajo en la empresa privada no supera el 20% del total trimestral, la compatibilidad no ofrecerá ningún problema. Si lo supera, el empresario puede optar por pasar al trabajador a la situación de excedencia forzosa, con reserva del puesto de trabajo (artículo 46.1 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores).

Como sea que el artículo 74.3 de la LR-BRL garantiza el derecho del miembro electo, que no tenga dedicación exclusiva, a permanecer en el puesto de trabajo sin que pueda ser trasladado a otra localidad, se plantea la duda de si esta garantía impide, en el supuesto específico de los electos locales, que el empresario haga uso del derecho de pasar a su empleado a la situación de excedencia forzosa con reserva del puesto de trabajo. De las opiniones consultadas¹ se desprende de manera unánime que las previsiones del artículo 74.3 de la LR-BRL, no impedirán que el empresario haga uso de la potestad que le reconoce el artículo 37.3.d) del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, para pasar a la situación de excedencia forzosa al trabajador que reduzca en más de un 20% trimestral su jornada de trabajo, con el fin de dedicarse parcialmente a sus tareas como electo local.

Se trata, pues, de una excedencia forzosa que conlleva la reserva del puesto de trabajo y que cuenta con la garantía adicional del artículo 74.3 de la LR-BRL, según el cual, el trabajador afectado tendrá derecho a reincorporarse en el mismo centro de trabajo en que prestaba sus servicios en el momento de ser declarado en excedencia. Ahora bien, esto no asegura la estabilidad laboral de manera absoluta, ya que la relación laboral se puede extinguir en caso de acontecer una causa legal suficiente, por ejemplo, si el contrato fuera temporal.

En cuanto al salario a percibir con cargo a la empresa privada, en principio no debe sufrir ninguna reducción, pero el artículo 37.3.d) del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, prevé que si el empleado recibe algún tipo de compensación por el desarrollo de su cargo público, la empresa tendrá derecho a descontar del salario el importe de esta compensación.

1. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, consultas números 2958/1991, 3234/1995 y 785/1997, respectivamente.

MONTOYA MELGAR y otros, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 165: "[...] como quiera que el cumplimiento del deber puede generar ausencias importantes (v. gr., en concejales, diputados, etc) es razonable y equitativa la regla que faculta a la empresa para poner en práctica la situación de excedencia contemplada por los artículos 46.1 y concordantes..."

4.2.3. Un curioso supuesto

Desde el Servicio de Asistencia Jurídica Local de la Diputación de Barcelona, en el año 2001, se emitió un informe sobre las posibles incompatibilidades en que podía incurrir el concejal de Urbanismo de un ayuntamiento de la provincia que tenía dedicación parcial y, además, desarrollaba la profesión de arquitecto en un despacho abierto en el mismo término municipal. Quien otorgaba las licencias de obras era la Comisión de Gobierno, y el concejal, que formaba parte de este órgano, se abstenía cuando creía que existía una confluencia de intereses públicos y privados en la licencia a otorgar.

A continuación exponremos lo que dijimos al efecto:

- Que resultaba ocioso entrar en el tema de compatibilización horaria entre la labor de concejal a tiempo parcial y el trabajo de arquitecto en un despacho profesional propio, ya que el concejal se podía fijar el horario que considerase oportuno en el despacho para respetar el horario que había fijado el consistorio.

- Una Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984 (RJ 1984/139) resolvió un caso idéntico y no apreció incompatibilidad entre el desempeño del cargo de concejal y el ejercicio libre de la profesión de arquitecto, dentro del mismo término municipal. Esta resolución judicial consideró que no se puede hacer extensible a los concejales el régimen de incompatibilidades aplicables a los arquitectos municipales. Somos del parecer que este pronunciamiento, en caso de que el concejal tuviera dedicación exclusiva, con la actual redacción del artículo 75 de la LRBRL no hubiera sido el mismo, teniendo en cuenta la remisión que hace este artículo, en bloque, a la LI.

- No se puede obviar que el concepto de cargo público se caracteriza por las ideas de desinterés privado y confianza pública: la responsabilidad de carácter representativo debe dejar de lado intereses particulares: por ello, parece difícil pensar que la imparcialidad o independencia de un concejal con dedicación parcial, no se vea comprometida cuando existe una confluencia de intereses públicos y privados en su doble actividad.

- Un concejal de urbanismo que dispone de despacho propio en el mismo municipio del que es representante; despacho donde puede elaborar proyectos de obra que controla el departamento del que es responsable político; concejal que, posteriormente, elevará

las propuestas de resolución de los expedientes que darán lugar al pronunciamiento de la Junta de Gobierno Local de las licencias de obras, son premisas que, a pesar de no encontrarse ajustadas a ninguno de los supuestos de incompatibilidad, no pueden dejar indiferentes a los operadores jurídicos. Este razonamiento puede ser llevado mucho más allá, al centrarse en la información de la que dispone un concejal por razón de su cargo y que puede utilizar en su labor profesional.

- Poníamos en evidencia hasta qué punto se muestra frágil la frontera que separa la imparcialidad y la parcialidad: conductas que, en caso de ser traspasadas, deberían merecer una respuesta que, en cuanto a la dedicación parcial, no encuentra su ajuste legal en ninguna norma electoral ni administrativa.

- Creíamos que el peligro más grave que podría representar la actuación continuada del concejal del ayuntamiento, sería su hipotética inclusión en diversos tipos definidos en el Código penal:

- El tipo que define el artículo 428, que se encuentra incorporado dentro del capítulo VI, dedicado al tráfico de influencias, y que determina: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad, prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le puede generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.”

- El delito que tipifica el artículo 439 del Código penal que, como indica Quintero Olivares,² es uno de los principales exponentes de la función suplente que el Derecho Penal cumple en relación con la falta de aplicación u operatividad de otras ramas del ordenamiento jurídico. Las conductas previstas en este delito suponen, en realidad, un incumplimiento del deber de abstención de funcionarios y autoridades. Este artículo dice: “La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aprovechó de tal circunstancia para forzar o facilitar

2. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, y otros, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1996.

cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.”

- El artículo 441 tipifica la siguiente conducta: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen, o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.”

En este artículo, el bien jurídico tutelado es el respeto del principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas: se trata de evitar la posible confluencia en la autoridad o funcionario, de intereses públicos y privados que puedan incidir en el ejercicio de sus funciones. Quintero Olivares³ afirma, sin embargo, que con esta tipificación se elevan a la categoría de delito, meras infracciones disciplinarias.

- Por último, entre los delitos que suponen un abuso de las funciones del cargo, encontramos el que tipifica el artículo 442 del Código Penal, que dice: “La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa de tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.”

Concluimos que, con la enumeración de conductas delictivas señaladas, no se afirmaba que la conducta genérica del concejal se pudiera incluir en ninguna de las mismas, sino que existía ese peligro, en caso de darse los elementos típicos de los tipos penales mencionados.

4.3. Prohibiciones de contratar

El artículo 20.e) del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, hoy derogado, declaraba la incompatibilidad de los cargos electos de las administraciones públicas para contratar, en los términos contenidos en la LOREG. Esta incompatibilidad se aplicaba también a las personas casadas con los cargos, o vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, y también a los descendientes de las personas anteriores, cuando estos ostentaban su representación legal.

La aplicación de este artículo ha sido muy controvertida. Como sea que hace una remisión a la LOREG, debemos acudir al artículo 178 de dicha Ley y, así, son incompatibles los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación (total o parcial) vaya a cargo de la corporación o establecimientos dependientes.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el Informe 60/1996, de 18 de diciembre, declara que la prohibición de contratar de los miembros electos de las corporaciones locales no está incluida en la Ley 12/1995, ni en la Ley 53/1984. La única disposición en la que se pueden fundamentar situaciones de incompatibilidad es la LOREG, a la que nos remite de forma expresa la normativa sectorial contractual.

La constante doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en materia de prohibición de contratar e incompatibilidades de cargos electos, se manifiesta en tres informes: 60/1996, de 18 de diciembre, 28/2000, de 30 de octubre, y 29/2001, de 13 de noviembre. A continuación transcribiremos parte del Informe 2/2003, de 28 de febrero, que recoge la doctrina incorporada en los informes previamente citados:

“[...] se determina que la incompatibilidad de alcaldes y concejales viene establecida en el artículo 20, apartado e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto refundido, aprobado por Real

3. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, y otros, *op. cit.*

Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y que, por remisión al artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, existe, respecto de los alcaldes y concejales para los contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la corporación municipal o de establecimiento de ella dependientes [...] Debe advertirse, sin embargo, que el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas extiende la incompatibilidad a las personas físicas y a los administradores de personas jurídicas, por lo que en este último supuesto, también procederá apreciar la incompatibilidad que determina la prohibición de contratar.

“[...] si se trata de un contrato celebrado entre el Ayuntamiento de X y una empresa de transporte de viajeros y mercancías de la que el ex-Alcalde y actual Concejál es administrador, existe la incompatibilidad y causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 178 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y, por tanto, el contrato o los contratos celebrados [...] serían nulos de pleno derecho [...]”

Consideramos interesante mencionar un relativamente reciente Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el 48/2003, de 12 de marzo de 2004, relativo a incompatibilidades de concejales por resultar adjudicatarios de contratos de arrendamiento de fincas rústicas. La Junta se pronunció así:

“[...] En cuanto a la prohibición de contratar o incompatibilidad para ser adjudicatario de contratos de arrendamiento de fincas rústicas los concejales, sus cónyuges e hijos, hay que remitirse a nuestros informes de 21 de diciembre de 1999, reproducido en el de 17 de noviembre de 2003, en los que se declara que un contrato de arrendamiento de un bien inmueble de propiedad municipal, en el que figura como arrendador el Ayuntamiento y como inquilino o arrendatario un concejal, no tiene encaje en el artículo 178 de la Ley Electoral General y, por tanto, en el artículo 20, letra c), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si se tiene en cuenta que, en este caso concreto, el contrato no es financiado por el Ayuntamiento, ni por establecimiento del mismo dependiente, sino que es el concejal, mediante el cumplimiento de su obligación de pago de la renta, el que está, en cierto modo, financiando al Ayuntamiento, desapareciendo un elemento básico de la incompatibilidad, cual es el de que los concejales, vía contractual, perciban fondos del Ayuntamiento.”

4.3.1. Extensión de la prohibición de contratar

La LOREG se refiere de forma individual al cargo electo, sin hacer extensiva la incompatibilidad a marido/esposa y descendientes, ni a la participación en una empresa. Recordemos que una ley ordinaria no puede modificar una ley orgánica. Podríamos entender, pues, que la LOREG se refiere a la persona física –cargo electo– y que no extendería la prohibición de contratar a marido/esposa o descendientes del cargo público. Pero esta interpretación literal choca con la normativa vigente hasta el año 1995, es decir, el artículo 5 del Reglamento de contratación de las corporaciones locales, derogado por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, y también chocaría con el régimen de incompatibilidades que rige para los altos cargos y para el personal al servicio de las administraciones públicas. Por tanto, el artículo 20 del hasta hace poco vigente Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, solo se puede interpretar de la siguiente manera:

Se remite al régimen de incompatibilidades del artículo 178 de la LOREG e impone una prohibición para contratar a marido/mujer del cargo electo y los descendientes sobre los que ostente la representación legal. La prohibición de contratar no se extendería a la participación accionarial en sociedades contratistas.

4.3.2. Posibilidad de que el concejal participe en licitaciones

El artículo 178 de la LOREG declara incompatibles con la condición de concejales a los contratistas o subcontratistas de contratos financiados, total o parcialmente, por la corporación municipal de la que forman parte. Cuando se produzca esta situación, el afectado debe optar entre la renuncia a la condición de concejal o abandonar la situación que da lugar a la incompatibilidad. Teniendo en cuenta el contenido de la Ley de contratos, el concejal ha de justificar en su propuesta de licitación, que no se encuentra incurso en prohibición de contratar, lo que supone que si un concejal se presenta a una licitación convocada por la Administración de la que es concejal, tiene que renunciar con carácter previo a la presentación de plicas. Esta afirmación, no la hacemos gratuitamente. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2004 dice que:

“A los concejales les es aplicable la prohibición de contratar establecida en el artículo 20.e) LCAP, en cuanto cargo electivo de la corporación municipal. Y

con ello, es verdad, la Ley pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la corporación local a la que pertenece, y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero, también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad, sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de ‘moralidad pública’ para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios y privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal no sólo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la corporación local propia, sino incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos de las administraciones públicas. Por consiguiente, ha de considerarse que, en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 LOREG ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, no después de la notificación de ésta o de haber sido elegido...”

Otra Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2006, dice que:

“[...] La prohibición de contratar se impone a los administradores de la persona jurídica y no a la sociedad propiamente dicha de la que podría formar parte un concejal o el propio alcalde, pero esa prohibición sin duda se hace efectiva cuando, como en este caso ocurre, el alcalde es administrador de la sociedad que contrató con la corporación. Es precisamente en este caso y no en otro en el que se produce la prohibición ineludible para contratar que afecta a los administradores de la persona jurídica y, en este caso, al alcalde que ostentaba esa condición en el seno de la sociedad recurrente.”

• Interpretación del artículo 49.1.f) de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público: “1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: [...]”

“f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 d’abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

“La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier administración pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas. La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.”

La Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana ha emitido el Informe 5/2007, de enero de 2008, relativo a la incompatibilidad de concejales y prohibición de contratar, que estudia el alcance de la novedad contenida en el artículo 49 (que consta en cursiva en el párrafo anterior). El supuesto que estudiaba era el siguiente: un ayuntamiento de la provincia solicitó un informe relativo a si la empresa del marido de la concejala de Hacienda podía contratar obras con el citado municipio. El marido era socio de la empresa.

El informe dice: “A la vista de la redacción del artículo 20.e) del TRLCAP, el hecho de ser socio el marido de la concejala del ayuntamiento de X, no da lugar a esta prohibición, la que se produciría en caso de ser –de acuerdo con el citado precepto– administrador de la misma, lo que deberá tener en cuenta el Ayuntamiento consultante, por si se produce esta circunstancia.

“[...] No obstante todo ello, esta Junta advierte que esta situación cambia radicalmente en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en el sentido de la nueva redacción que el citado texto da a la prohibición de contratar, por mor de incompatibilidad. Así, el nuevo art. 49, apartado f) in fine, establece: ‘La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos

cargos de cualquier administración pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas'. Por tanto, a la entrada en vigor de la citada ley, que se producirá, como hemos señalado, el 2 de mayo de 2008, afectará de pleno la situación que se deriva del escrito de la consulta, resultando la incapacidad para contratar que, con el actual TRLCAP, no se da en la actualidad."

5. Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración local

5.1. Marco normativo

La disposición final tercera de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, ha modificado las letras a) y g) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas. El preámbulo de la Ley 7/2007, proclama: "Por otro lado, aunque este Estatuto mantiene en vigor el sistema de incompatibilidades actual, se hace necesario adecuarlo en parte al nuevo régimen jurídico establecido en nuestro Estatuto. En este sentido, la Disposición Final Tercera refuerza la total incompatibilidad del personal directivo, incluido el sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección, para el desempeño de cualquier actividad privada. Y además se incluye en el personal sujeto a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades al servicio de las Administraciones Públicas, al personal al servicio de agencias, así como de fundaciones y consorcios en determinados supuestos de financiación pública, como consecuencia de la aparición de nuevas figuras y entes."

Dicho esto, se puede afirmar que el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración local, lo regula la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de personal al servicio de la Administración pública y, de forma supletoria en Cataluña, el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, que la desarrolla. También debemos hacer mención al Reglamento de personal al servicio de las entidades locales de Cataluña, aprobado por el Decreto 214/1990, de 30 de julio. El artículo 321 de este Decreto dice que el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las entidades locales comprendido en el ámbito del Reglamento, es el que establece con carácter general para la función pública la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al

servicio de las administraciones públicas, así como el que contiene la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

5.2. Principio general de incompatibilidad

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la LI, el personal al servicio de las entidades locales no puede compatibilizar sus actividades públicas con el desarrollo, por sí mismo o por sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, ni puede percibir más de una retribución con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas, ni de los entes, organismos y empresas dependientes. Además, el apartado 3) del artículo, dice que el desarrollo de un puesto de trabajo por parte del personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley, será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir el cumplimiento estricto de los deberes o comprometer la imparcialidad o independencia.

Del contenido de los artículos 1 y 2 de la LI, se deduce que la Ley es aplicable a los funcionarios de carrera, a los funcionarios interinos, a los funcionarios eventuales y al personal laboral al servicio de la Administración local, incluido el personal de organismos autónomos y sociedades municipales participadas por la entidad local, directa o indirectamente, en más del 50% del capital social, al personal al servicio de entidades y corporaciones de Derecho Público, fundaciones y consorcios, cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50% con subvenciones y otros ingresos procedentes de las administraciones públicas.

La LI parte del principio general de incompatibilidad, al prohibir la compatibilidad de dos actividades, tanto si se desarrollan en el sector público como en el privado. Esta prohibición se complementa con la contenida en el artículo 3.2, que declara la incompatibilidad entre un puesto de trabajo en el sector público y: "la percepción de pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio"; en estos supuestos, la percepción de las pensiones quedará en suspenso mientras dure el desempeño del puesto de trabajo público, sin afectar a las actualizaciones. Y también se complementa con la disposición transitoria novena en relación con las pensiones por orfandad.

En cuanto a las actividades privadas, el artículo 12 de la LI establece unas prohibiciones absolutas para ejercerlas:

“1. En todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes:

“a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.

“Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

“b) La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado.

“c) El desempeño, por sí o persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

“d) La participación superior al 10% en el capital de las Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior.

“2. Las actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones públicas sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enunciadas en esta Ley como de prestación a tiempo parcial.”

5.3. Excepciones al principio general de incompatibilidad

Pero estas prohibiciones quedan moduladas por el contenido del artículo 11 de la LI; artículo que, tras recordar el contenido del artículo 1, faculta al Gobierno para determinar, mediante un Real decreto, las funciones,

puestos o colectivos del sector público incompatibles con determinadas profesiones o actividades privadas, que puedan comprometer la imparcialidad o independencia del personal, impedir el cumplimiento estricto de sus deberes o perjudicar a los intereses generales.

Esta delimitación, la contiene el artículo 11 del RD 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los entes, organismos y empresas dependientes. Y, en el ámbito autonómico, la contienen los artículos 322 y siguientes del Decreto 214/1990, de 30 de julio.

• Actividades que no necesitan declaración de compatibilidad (artículo 19 LI)

a) Las actividades derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar, siempre que no se trate de las actividades privadas que comprende el artículo 12, declaradas como absolutamente incompatibles.

b) La dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, y la preparación para el acceso a la función pública, cuando no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de 75 horas anuales ni impliquen un incumplimiento del horario de trabajo.

c) La participación en tribunales calificadores de pruebas selectivas para el ingreso a las diversas administraciones públicas, excepción hecha de que se hayan preparado aspirantes en los 5 años anteriores a la publicación de la convocatoria, tal como dice Alonso⁴ por la remisión que hace el artículo 17.2 del RD 598/1985, de 30 de abril, al artículo 12.3 del RD 2223/1984, de 19 de diciembre.

d) La participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas a las que proceden con carácter habitual.

e) El ejercicio del cargo de presidente, vocal o miembro de juntas rectoras de mutualidades o patronatos de funcionarios, siempre que no sea retribuido.

f) La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de trabajo o de prestación de servicios.

g) La participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social.

h) La colaboración y asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.

4. ALONSO HIGUERA, Carmen, *Manual del Secretario. Teoría y práctica del Derecho Municipal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2002.

• Actividades que están sujetas a previa autorización de compatibilidad

Actividades públicas

a) Por razones de interés público, en la previsión contenida en el artículo 3 de la LI: el Consejo de Ministros o el órgano de Gobierno de las CCAA, pueden establecer otros supuestos específicos de compatibilidad para ejercer otra actividad por razones de interés público, siempre que se presten en régimen laboral, a tiempo parcial y con duración determinada, de acuerdo con las condiciones exigidas por la legislación laboral. A título de ejemplo, podemos citar, en nuestra CA, el Decreto 69/2006, de 11 de abril, de aprobación del Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora: el artículo 15 declara la existencia de interés público en el ejercicio del cargo de miembro de la Comisión, así como razones de especial interés para el servicio.

b) Actividad docente y sanitaria, en la previsión contenida en el artículo 4 de la LI.

c) Cargos electos, en la previsión contenida en el artículo 5 de la LI.

d) Actividades de investigación y asesoramiento, en la previsión contenida en el artículo 6 de la LI.

e) Pertenencia a consejos de Administración u órganos de Gobierno de entidades o empresas públicas o privadas: de acuerdo con el artículo 8 de la LI, podrá desarrollar una segunda actividad pública el personal que actúe en representación del sector público, por pertenencia a consejos de Administración u órganos de Gobierno de entidades o empresas públicas o privadas, si únicamente reciben dietas o indemnizaciones por asistencia a los mismos, de acuerdo con la cuantía prevista con carácter general por las administraciones públicas (Real decreto 462/2002, de 24 de mayo). No se puede pertenecer a más de dos consejos de Administración u órganos de Gobierno, excepción hecha de que lo autorice el Pleno de la corporación, con carácter excepcional.

Actividades privadas

El Gobierno, mediante Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, ha determinado las funciones, puestos y colectivos del sector público incompatibles con determinadas profesiones o actividades privadas (*vid.*, al efecto, el artículo 11).

Según Alonso,⁵ el artículo 12 de la LI determina unas actividades privadas que, en ningún caso, podrán

ser desempeñadas por personal al servicio de las administraciones públicas. Por lo tanto, todas las actividades privadas que no coincidan con estos supuestos, podrán ser objeto de declaración de compatibilidad, siempre que no se den las siguientes circunstancias:

- Que la persona ocupe un cargo público que comporte la percepción de complemento específico o esté retribuido mediante arancel. La excepción a esta declaración genérica, la contiene el artículo 16.4 de la LI: se podrá declarar la compatibilidad a pesar de percibir complemento específico si la cuantía no supera el 30% de la retribución básica, excluidos los conceptos que tengan origen en la antigüedad.

- Que el ejercicio de la actividad privada pueda impedir el cumplimiento estricto de los deberes públicos o comprometer la imparcialidad o independencia (artículo 11 de la LI).

- Que previamente se haya autorizado al interesado la compatibilidad para un segundo puesto o actividad en el sector público, y la suma de jornadas de ambos lugares sea igual o superior a la máxima establecida en las administraciones públicas (artículo 10 del RD 598/1985, de 30 de abril).

5.4. Prohibiciones de contratar

El artículo 49.1.f) de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, determina: "1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: [...]"

"f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

"La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier administración pública, así como

5. ALONSO HIGUERA, Carmen, *op. cit.*

los cargos electos al servicio de las mismas. La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.”

Hasta ahora, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha interpretado la prohibición de contratar del personal al servicio de las administraciones públicas de la manera que se transcribe a continuación:⁶

“La prohibición de contratar prevista en la letra e) del artículo 20 del TRLCAP sólo es aplicable a las personas jurídicas si alguno de sus administradores está incurso en causa de incompatibilidad legal. Por tanto, si la persona física en la que concurra una causa de incompatibilidad legal sólo es partícipe en el capital social y no es administradora, la persona jurídica no incurrirá en aquella causa de prohibición legal de contratar, siempre que, además, no sean administradores alguna de las personas a que se refiere el párrafo segundo de la letra e) del artículo citado.

“De todo cuanto antecede se deduce como conclusión que la prohibición de contratar prevista en el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sólo se extiende a las empresas o entidades contratistas en los casos en que la incompatibilidad a que el precepto se refiere afecte a alguno de sus administradores.”

Pues bien, el vigente artículo 49 de la LCSP ha variado esta situación, tal como determina el Informe 3/2009, de 18 de junio, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia:

“El significado de la prohibición de contratar por la introducción del párrafo segundo del apartado 1.f) no ofrece duda en cuanto a su interpretación y significado, que no es otro que las personas jurídicas estarán incursas en prohibición de contratar, no sólo cuando las personas afectadas por incompatibilidad (el propio personal dependiente de la administración y personas allegadas) sean administradores de aquellas por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero de dicho apartado, sino también cuando tengan una participación superior al 10 por 100 en el capital de las mismas, aunque no ostenten ningún cargo de administración en ellas, de manera que lo que realmente se produce

es una extensión de la prohibición de contratar [...] En definitiva, y de acuerdo con la actual redacción del artículo 49.1.f) de la LCSP en relación con los apartados c) y d) del artículo 12 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, no podrán contratar con el sector público:

“• El propio personal al servicio de la Administración Regional.

“• Su cónyuge o persona con la que mantenga análoga relación afectiva.

“• Sus descendientes respecto de los cuales ostente su representación legal.

“• Las personas jurídicas en las que el propio personal o cualquiera de las personas allegadas antes mencionadas, ostenten un cargo de administrador en estas o tengan una participación superior al 10% en el capital de las mismas.”

6. La abstención

6.1. Marco normativo

• Artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP)

• Artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL)

6.2. Clases

• Voluntaria: la plantea voluntariamente el funcionario (artículo 28.1 LRJAP)

• Forzosa: la ordena el superior (artículo 28.4 LRJAP)

6.3. Causas

Las detalla el artículo 28 de la LRJAP:

“a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.”

6. Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 55/2000, de 5 de marzo de 2001, y 55/2007, de 24 de enero de 2008.

Según González Pérez,⁷ el interés personal debe entenderse como un interés privado, contrapuesto al interés público. El Tribunal Supremo ha consolidado la siguiente doctrina en torno al interés personal: la Administración debe servir con objetividad a los intereses públicos y se ha de someter a la ley y al Derecho. Además, un principio general del Derecho Natural debe completar esta exigencia, imponiendo a las autoridades y personal un comportamiento ejemplar que evite situaciones comprometidas y sospechosas en orden a la confusión entre intereses públicos y privados.

Son numerosos los casos en que se alega como causa de abstención o recusación de un concejal, tener interés personal en la aprobación inicial de las figuras de planeamiento general. Pues bien, como criterio general, en estos supuestos no juega la figura de la abstención. Los corporativos, como el resto de vecinos del municipio, pueden ser propietarios de terrenos que se encuentran afectados por la aprobación de las normas urbanísticas y no por este motivo, se abstendrán en la votación de los acuerdos a adoptar. Y esto, porque existe un interés institucional por encima del privado. No existe un interés concreto patrimonial directo en estas situaciones. Ahora bien, la abstención sí operaría cuando lo que se debe aprobar es un instrumento de gestión urbanística que concreta el aprovechamiento, por ejemplo, si se ha de aprobar un proyecto de reparcelación. Actualmente, la competencia de aprobación compete al alcalde y la abstención operaría en caso de ser uno de los propietarios del ámbito reparcelatorio.

El mismo razonamiento podemos hacer en relación con las aprobaciones de presupuesto y expedientes de imposición y ordenación de contribuciones especiales que afectan a diferentes propietarios dentro del municipio.

A pesar de esta afirmación genérica, también hay que decir que existen casos en que las modificaciones puntuales de planeamiento afectan únicamente a una finca que pertenece a un concejal: en este supuesto, sí que estaríamos ante una causa de abstención. Ante la múltiple casuística, los tribunales de justicia son muy cuidadosos al estudiar los elementos que concurren en todos y cada uno de los supuestos.

Sentencias que aprecian la existencia de interés personal

- Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 24 de febrero de 2003 (RJCA 2003/442): se declara no válido un acuerdo plenario de aprobación de las bases para otorgar subvenciones a parcelistas de urbanizaciones dentro del término municipal, porque uno de los concejales que votó, era propietario de una parcela y también presidente de una entidad urbanística colaboradora. Su voto fue determinante para adoptar el acuerdo.

“SEGUNDO. Alegan, en primer lugar, los recurrentes que los acuerdos impugnados están viciados desde su origen, puesto que el órgano administrativo que lo adoptó no gozaba de la imparcialidad necesaria para ello; ya que el acuerdo plenario de 3 de septiembre de 1999, ratificando y ampliando las subvenciones a los parcelistas de las urbanizaciones del término municipal de Torrejón del Rey, fue aprobado gracias al voto favorable de un Concejal de la Corporación Local, el de Don Guillermo, que votó a favor de las bases para el otorgamiento de subvenciones de las urbanizaciones, siendo Presidente de la Entidad Urbanística Colaboradora, Parque de las Castillas 1ª, 2ª y 3ª fase, y titular de una vivienda en la citada urbanización. La confirmación probatoria de esta realidad fáctica (según resulta del certificado dado por el Secretario de la Administración pública local demandada, en fecha 19 de enero de 2001, y que obra en el ramo de prueba de la parte demandante), viene a confirmar la antijuridicidad de los acuerdos administrativos impugnados, en la medida en que la intervención del referido Concejal ha supuesto una ruptura del objetivo de que la Administración en su actuación obre con imparcialidad y asegure la legalidad de la actuación administrativa (ATC 383/82, de 1 de diciembre); pues como señalara nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 1991 (RJ 1991, 6326), si la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho, un principio de derecho natural debe completar esta exigencia, imponiendo a sus autoridades y agentes un comportamiento ejemplar que evite situaciones comprometidas y sospechosas, lo que ha dado lugar a la construcción de una moralidad administrativa, tratando el ordenamiento de evitar tales situaciones a través de las técnicas de la

7. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Editorial Thomson Civitas, Cuarta edición, Pamplona, 2007.

abstención y la recusación. La quiebra de talas principios en el presente se ha producido por la existencia de un interés personal en el Concejal que intervino en la votación del acuerdo recurrido sobre la aprobación de las bases, al ser Presidente de una de las Entidades de Conservación y titular de una de las parcelas; lo que le obligaba a abstenerse conforme a lo dispuesto en el art. 28.1 y 2.a), de la LRJ-PAC (RCL 1992, 2512, y RCL 1993, 246) y 183 del ROF, de las Corporaciones Locales (RCL 1986, 3812 y RCL 1987, 76). Este incumplimiento del deber de abstención se hace esencialmente relevante, desde el momento en que su voto se hacía necesario para que el acuerdo pudiera ser aprobado, pues adviértase que la votación fue de empate, es decir, dos votos a favor, dos en contra y tres abstenciones (que se correspondían con los tres concejales que vivían en la urbanización 'Parque de las Castillas', que si advirtieron causa objetiva para ello), decidiendo finalmente el voto de calidad del Alcalde; por ello al ser 'determinante o decisiva' (arts. 76 LBRL [RCL 1985, 799 y 1372], y 185 ROF), la intervención de aquél para la adopción de los Acuerdos impugnados, debemos proceder a declarar la invalidez de los mismos (según ha venido a reconocer nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de diciembre de 1985), por ser dichos actos contrarios al Ordenamiento jurídico, con estimación del recurso (arts. 67, 68, 70 y 71, todos ellos de la Ley Reguladora)."

- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1993 (RJ 1993/7367): declara la nulidad de un acuerdo de aprobación provisional de la modificación parcial de NNSS. Dos concejales, socios únicos de una mercantil propietaria de los terrenos, no se abstuvieron, y su voto fue decisivo para obtener un resultado favorable.

"SEGUNDO. En cuanto al fondo del asunto, constituido, como se ha dicho, por la concurrencia de la referida causa de abstención en los señores B. R. y G. C., motivada por la circunstancia de ser los únicos socios de la sociedad anónima 'P. B. C.' en unión de sus esposas, condición que no se niega, y estar esta sociedad interesada en la aprobación de la modificación de las Normas Subsidiarias por incidir la misma favorablemente en la calificación urbanística de unas propiedades, que de situarse en zona residencial extensiva pasarían a estar en zona intensiva, con las consiguientes ventajas edificatorias, lo que tampoco se niega, también ha de coincidir con la Sala 'a quo' en su existencia, con la consiguiente desestimación de la apelación y confirmación de la sentencia recurrida. En efecto, en primer

lugar, aun prescindiendo de la gran probabilidad de que en el momento de votarse el acuerdo continuasen siendo dueños de ellas en aplicación estricta de la legislación civil y prescindiendo de toda suspicacia en orden a reputar simulada la compraventa de las mismas, ya que el contrato se instrumentó en documento privado y pese a que en él se indique que el comprador toma posesión real y material de lo vendido en el acto de la firma, en nada se ha acreditado que ello fuera así, con lo que faltaría la necesaria tradición para la efectiva transmisión del dominio conforme al sistema de nuestro Código Civil, contrato seguido de la entrega según sus arts. 609 y 1095, puesto que al no demostrarse la real del art. 1462 del mismo Código y posponerse la 'ficta' de este mismo artículo, otorgamiento de la escritura pública, a seis meses más tarde, la tradición o entrega habría de tenerse por inexistente, ello no obstante, se da un conjunto de circunstancias suficientes para que aun no siendo dueña en el día de adopción del Acuerdo de aprobación provisional -17-5-1990-, continuase interesada en que se tomase, tales como el contrato se celebrase el 27-4-1990, o el 30 de este mismo mes si atendemos a su fecha cierta conforme al art. 1227 del citado Código, y se pospusiese el total pago y el otorgamiento de la escritura pública al 30 noviembre siguiente, es decir, con el lapso de tiempo suficiente para que entre ambas fechas se produjesen las aprobaciones provisional y definitiva, que tuvieron lugar dicho 17 mayo y el 27 septiembre 1990, respectivamente, y en virtud de las cuales el suelo adquiriría un valor mayor, que el destino de lo vendido fuese la construcción de viviendas de protección oficial, antes no posible por la calificación del suelo como zona residencial extensiva y por ello de un valor inferior, y que en el contrato se pactase una verdadera condición resolutoria bajo la forma de las arras penitenciales prevista en el art. 1454 del mismo Código, ya que las partes, evidentemente, podían desligarse del contrato perdiéndolas la compradora y devolviéndolas duplicadas la vendedora, si en caso de incumplimiento aquella pagaba un millón de pesetas, cantidad entregada a cuenta del precio, y ésta devolvía dicho millón de pesetas y, además, abonaba otro millón, con lo que perfectamente se podía jugar con el resultado favorable adverso de la aprobación de la modificación de las Normas Subsidiarias y decidir en consecuencia por la recuperación o no recuperación de lo vendido. Y en segundo lugar, no puede minimizarse la incidencia del interés en razón de la naturaleza de los instrumentos del planeamiento y por el hecho

de afectar éste siempre a quienes los aprueban como integrantes de la comunidad vecinal que habita sobre el territorio a que se extienden, siendo al particular bastantes las razones dadas por la Sala de instancia para descartarla, sin que las alegaciones del recurrente en esta alzada sean suficientes para desvirtuarlas, ya que el que la modificación fuese de iniciativa de la Comisión Municipal de Obras y Urbanismo, de la que no eran miembros los señores B. y G. C., es totalmente intrascendente por cuanto la aprobación inicial se hizo por el Pleno del Ayuntamiento, del que sí formaban parte, el que los recurrentes, ahora apelados, no impugnasen la aprobación inicial, también lo es, puesto que podían confiar en que la aprobación provisional a la modificación fuese conforme a sus deseos, el que ésta afectase a otros diez propietarios igualmente, no empece a que dichos señores les fuese en cierto modo beneficiosa, y finalmente, la condición técnica y jurídica de la formación o modificación del planeamiento, por incidir en ella la discrecionalidad, no convierte sin más a los Ayuntamientos en meros sancionadores de lo proyectado por los profesionales técnicos, si no en órganos decisorios cuyas determinaciones, si únicamente afectan a intereses locales, no pueden ser variadas por los órganos autonómicos en el momento de la aprobación definitiva según es doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en sus SS. 13-7-1990 (RJ 1990\6034), 25-2-1992(RJ 1992\2974) y 19 mayo del presente año (RJ 1993\3499)."

Sentencias que no aprecian la existencia de interés personal

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1991 (RJ 1991/6326): en este supuesto, el alcalde de un municipio otorgó licencia para la instalación de un vertedero en un terreno del que era propietario. Además, facilitó el uso del terreno en favor de una mancomunidad a través de un contrato de alquiler, por 25 años. Recibía una contraprestación anual por este último concepto. El Tribunal aprecia interés personal pero modulado, ya que no se muestra incompatible con la defensa de los intereses municipales. El Tribunal también considera importante que en el supuesto no solo interviniera el alcalde: en la decisión también había intervenido el órgano urbanístico que vela por los intereses generales, la Comisión Provincial de Urbanismo de Girona.

"QUINTO. Debe quedar puntualizado, pues, que la aprobación de las obras de que se trata, por el organismo provincial, deja a salvo la competencia natural y

básica del Ayuntamiento del lugar de emplazamiento de las mismas, y, por tanto, la de su Alcalde-Presidente, normalmente investido de esta facultad en sus Ordenanzas. Lo que significa que es el acuerdo de esta Autoridad el que atrae la atención, al ser el que ha resuelto definitivamente la cuestión litigiosa en la vía administrativa, y sobre cuya validez hemos de pronunciarnos.

"Así las cosas, el primer punto que salta a la vista es el constituido por el hecho de la intervención de este Alcalde en el asunto que nos ocupa, a pesar del interés personal y directo que tiene en el mismo, puesto que los terrenos sobre los que se ha de asentar el vertedero son de su propiedad, facilitando el uso de los mismos mediante un contrato de arrendamiento, por veinticinco años, a base de una renta anual de un millón doscientas mil pesetas.

"SEXTO. Al llegar aquí no queremos dejar pasar la ocasión sin subrayar que si la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho –art. 103.1 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875)–, un principio de Derecho Natural debe completar esta exigencia exigiendo a sus autoridades y agentes un comportamiento ejemplar, que evite situaciones comprometidas y sospechosas, lo que ha dado lugar a la construcción de una 'moralidad administrativa', objeto de estudio en más de una ocasión. Tratando el Ordenamiento de evitar tales situaciones a través de las técnicas de la abstención y de la recusación, ya aplicadas en la Ley de Régimen Local de 1955 (RCL 1956\74, 101 y NDL 611) (art. 382) y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952 (RCL 1952\1642 y NDL 610) (arts. 35, 297 y 298).

"Sin embargo, en este caso, la Sala, ponderando las circunstancias concurrentes, y haciendo uso de la permisibilidad que ofrece el art. 20.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708), al establecer que la actuación de funcionarios en los que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos en que hayan intervenido, ha considerado oportuno superar este dato, sin perjuicio de las posibles responsabilidades en que se haya incurrido, entre ellas, las políticas, de acuerdo con lo previsto en el n.º 5 del repetido art. 20 de la Ley de Procedimiento.

"SÉPTIMO. Las circunstancias que la Sala tiene en cuenta para no servirse del interés personal del referido

Alcalde en el otorgamiento de la licencia de que se trata convirtiéndolo en motivo de nulidad del acto, principalmente son las siguientes: 1.^a) la de que su dicho interés no ha sido incompatible con la defensa de los intereses de su Municipio, situando el emplazamiento del vertedero en el lugar que menos podía perjudicarle; permitiéndole el percibo de un canon o tasa de doscientas pesetas por tonelada de residuos, la construcción de una carretera hasta el Santuario de la Virgen, el arreglo y pavimentación de otra carretera y la consolidación y restauración de tres iglesias románicas; 2.^a) la de que su acuerdo, aun siendo el definitivo en vía administrativa, como hemos expuesto, viene ya muy marcado en la parte material y sustantiva por lo acordado por la citada Comisión Provincial de Urbanismo de Gerona. Lo que permite presumir que una nulidad del acto recurrido, por el simple hecho de la no abstención del Alcalde, sólo pudiera servir para una pérdida de tiempo y un gasto de energías, sin influjo en el resultado final de las nuevas actuaciones.”

• Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8150): en este supuesto, se recusó a una concejala para que no votara en una moción de censura que ella misma y otros suscribieron contra la Alcaldía.

“TERCERO. Aunque nos encontramos ante un proceso tramitado por el procedimiento especial y sumario de la Ley 62/1978 y el motivo de casación que se invoca estima que la sentencia impugnada ha infringido un precepto de legalidad ordinaria [el artículo 28.2, a) de la Ley 30/1992 (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246)], debemos entrar a considerar el referido motivo casacional, ya que la aplicación del artículo 23.1 de la Constitución depende del dato de que la Concejala doña Eutimia P. S. estuviera o no debidamente excluida de la posibilidad de votar la moción de censura, voto que era decisivo para que dicha moción prosperase. Ahora bien, esto dicho, debemos desestimar el motivo alegado como base del recurso de casación. El artículo 23.1 de la Constitución establece el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes libremente elegidos, derecho que protege el núcleo esencial de las funciones de dichos representantes, vulnerándose este derecho cuando se impide la participación y votación de uno de estos representantes (la Concejala doña Eutimia P. S.) en las sesiones plenarias de una Corporación Municipal, en la que se va a votar una moción de censura presentada contra el Alcalde, no existiendo

motivo legal para ello y siendo el voto de dicho representante decisivo para que la moción de censura pueda prosperar, como ocurre en el supuesto enjuiciado. En este sentido, estimamos acertada la apreciación que hace la sentencia de instancia de que no concurría en doña Eutimia P. S. la causa de recusación que el Ayuntamiento consideró aplicable (Pleno de 29 de julio de 1996) y que le impidió votar la moción de censura (Pleno de 2 de agosto de 1996), lo que implica una infracción del artículo 23.1 de la Constitución, al privar indebidamente a un representante libremente elegido por los ciudadanos del ejercicio de su derecho de participar y votar los correspondientes acuerdos, sin motivo legal para ello. En efecto, no entendemos que exista conexión entre la oferta que la señora P. S. hizo al Ayuntamiento de efectuar un trabajo a cambio de una remuneración y de ser dada de alta en la Seguridad Social, aunque fuese acompañada de una advertencia de dimitir de su cargo como Concejala Socialista y pasar al Grupo Mixto, y el hecho de que la Concejala suscribiera, junto con otros cinco miembros de la Corporación Municipal, una moción de censura contra el Alcalde en la que los motivos de la moción no guardan relación con la causa invocada para la recusación (nada se dice a este respecto), por lo que no resulta que la Concejala afectada tuviera un interés personal en la moción de censura. A ello se añade que constituye un hecho extremadamente significativo, como pone de relieve la sentencia de instancia, que el escrito en que la Concejala hacía su ofrecimiento esté fechado el 16 de enero de 1996 y la recusación sólo se plantee después de promovida la moción de censura contra el Alcalde (la primitiva moción de censura se presentó el 11 de junio de 1996, reiterándose el 23 de julio siguiente), siendo así que el voto de la repetida Concejala era imprescindible para que la moción pudiese prosperar, sin que a este respecto sean admisibles las razones de la dilación expuestas por el Alcalde, que aluden a unos posibles incidentes, que en definitiva no llegaron a evitarse, o a la elección del momento adecuado, que no se acredita que pudiera tener otra causa que la de estar promovida la moción de censura. En consecuencia, debemos desestimar el único motivo en que la presente casación se fundamenta, por no apreciar que la sentencia combatida haya vulnerado por inaplicación el artículo 28.2, a) de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 23.1 de la Constitución.”

• Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 12 de mayo de 1998 (RJCA 1998/2203):

en este supuesto, varios concejales de un municipio de Plasencia, interpusieron un recurso contra el acuerdo adoptado por el Pleno, que declaraba la dedicación exclusiva de una concejalía. Como la votación fue dirimida a través del voto de calidad del alcalde, los concejales recurrentes alegaban que el concejal interesado debía abstenerse en la votación.

“QUINTO. Por ello hemos de concluir, al analizar la literalidad de los preceptos comentados y la doctrina del Tribunal Supremo que la prohibición de intervención se refiere a asuntos estrictamente privados, no a los públicos e institucionales en los que de alguna manera se ve afectada la esfera privada. En consecuencia el concejal podía intervenir en la votación en que se acordaba su dedicación exclusiva al no concurrir la causa de abstención prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que la misma solamente concurre cuando el asunto es exclusivamente privado, pero no cuando es eminentemente público o institucional, como lo es el desarrollo de funciones públicas desarrolladas por un concejal por más que las mismas, en su más completa dimensión pública afecten a la vida diaria del mismo. Incluso como hemos visto, cuando este interés personal es muy acentuado, como es el caso contemplado en la STS 25 junio 1991, el otorgamiento de una licencia para una finca particular propia para construir un vertedero cobrando un arrendamiento, el Alto Tribunal trae a colación otros datos como lo es si la conducta personal venía apoyada por otra en el mismo sentido (extremo que también tiene en cuenta la de 16 de abril de 1990 citada [RJ 1990\3642]) y si tal acuerdo es en principio conforme a los intereses públicos o no. Tal interpretación no se deduce como hemos dicho solamente de la doctrina del Tribunal Supremo con relación al concepto de interés personal derivado del art. 28.2. a) de la Ley 30/1992, sino del propio tenor literal de la Ley, ya que difícilmente la interpretación mantenida por los recurrentes puede sostenerse, ya que si este interés personal incluyese a los supuestos a que se pretende referir por los mismos, sería inaplicable el precepto, puesto que aunque el acuerdo se adoptase sin su voto no podría ejecutarse al estarle vetada también la ejecución (arts. 76 LBRL de 1985 y 22 ROFCL de 1986).”

Cuestión litigiosa pendiente

Según González Pérez,⁸ esta expresión, utilizada por la LRJAP, es más amplia que la derivada de la normativa

procesal porque, sin haberse iniciado un proceso entre las partes, se puede dar un conflicto que puede derivar en un proceso ante la jurisdicción competente.

Así pues, este motivo de abstención se dará:

– Cuando la autoridad o personal al servicio de la Administración sea parte de un proceso civil, penal, laboral o administrativo y la otra parte, el interesado en el procedimiento.

– Cuando entre la autoridad o personal al servicio de la Administración y el interesado en un procedimiento, exista una cuestión conflictiva que puede provocar una futura intervención de la jurisdicción competente.

• Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1998 (RJ 1998/2364): en un concurso para el acceso a la carrera judicial, se impugnó el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que rechazó la recusación formulada por un aspirante, contra una vocal del Tribunal porque, en el ejercicio de su profesión de abogada, asumió la defensa de la ex pareja del recurrente. El Tribunal Supremo dijo que no existía causa de recusación, porque el litigio se daba entre el recurrente y su ex pareja. La recusación no afecta a los profesionales que asumen la representación y defensa de las partes en litigio, porque no ejercitan derechos e intereses propios.

“b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado.”

La determinación del grado de parentesco se hace de acuerdo con las normas civiles, aplicándose el contenido de los artículos 915 a 920 del Código Civil. La relación de parentesco conlleva un interés especial de la autoridad o funcionario en que el asunto se resuelva en beneficio del familiar, y por este motivo se ha de apartar del procedimiento administrativo abierto.

• Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1993 (RJ 1993/550): en este supuesto, el Tribunal declaró nulo un acuerdo plenario de designación de un juez de paz que era hijo de un concejal. El voto del concejal fue determinante para hacer la designación.

8. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *op. cit.*

“CUARTO. También la Sala rechaza los argumentos de legalidad esgrimidos por la representación procesal del Ayuntamiento de Vimianzo (La Coruña). Argumenta dicha representación que podemos estar ante una cuestión de ética profesional, pero no ante actos que infrinjan el ordenamiento jurídico.

“Todo acto administrativo consiste en una declaración intelectual (declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo), que emana de la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades administrativas. La declaración administrativa, en el caso concreto que resolvemos, pone de relieve que uno de los titulares del Pleno del Ayuntamiento de Vimianzo (La Coruña), en el momento de la correspondiente votación a través de la que se expresaba la voluntad del órgano, incumplió la obligación de abstenerse que le imponía el art. 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que el voto de dicho titular (Concejal) fue a favor de su propio hijo. La votación de designación de fecha 30-3-1989, fue secreta, pero no tuvo tal carácter la votación del acuerdo plenario desestimatorio del recurso de reposición de fecha 4-5-1989, y en este acto administrativo consta en favor de quién fue el voto del Concejal don Jesús M. S.

“La declaración administrativa en que el acto consiste, se realiza instrumentalmente a través de los titulares de los órganos administrativos, titulares que, en todo caso, deben comportarse de tal modo que no exista en tal comportamiento ninguna sombra de favoritismos en beneficio de persona determinada: de ahí que el art. 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo, obligue a abstenerse a aquella autoridad o funcionario que, como titular de un órgano administrativo, en la que concurra alguno de los motivos que dicho precepto señala. De manera específica el art. 76 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local dispone que ‘sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las Corporaciones Locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo’ [en el mismo sentido el art. 21 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, de 28-11-1986 (RCL 1986\3812 y RCL 1987\76)]. El citado art. 76 de la Ley 2/1985, establece que ‘la actuación de los miembros en que concurran tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que ha-

yan intervenido’. Dichos preceptos son acordes con el citado art. 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo; por ello la cuestión que en el proceso seguido en la primera instancia se planteó, fue la siguiente: si el voto del Concejal don Jesús M. S., padre de quien resultó elegido Juez de Paz Titular de la localidad de Vimianzo (La Coruña), fue determinante del resultado de la votación y, por lo tanto de la elección efectuada. Como hemos dicho, consta en el acto de fecha 30-3-1989 que la votación fue secreta y que inmediatamente de producirse el resultado de la votación, ésta fue cuestionada –recusada, dice el acto– por tres Concejales; y es de significar que cuando el Pleno de dicho Ayuntamiento, en su sesión de fecha 4-5-1989, resolvió el recurso de reposición interpuesto por doña María Jesús B. P., el Concejal don Jesús M. S., votó a favor de la desestimación del recurso, es decir, votó a favor de su propio hijo, lo que significa –como ya hemos consignado– que dicho Concejal no cumplió con la obligación que le imponían el art. 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el art. 76 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y el art. 21 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Estos datos objetivos demuestran que la cuestión que se planteó en la primera instancia –y en vía administrativa– excede claramente de lo que la representación del Ayuntamiento apelante llama ética profesional, para reflejar que los actos impugnados adolecen de un vicio que infringe el ordenamiento jurídico, con fuerza para que los actos administrativos impugnados fueran anulados como así hizo el Tribunal de la primera instancia, conforme a los citados arts. 76 de la Ley 7/1985, de 2 abril, al art. 21 del Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, y el art. 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo.”

El otro supuesto previsto en el párrafo b) del artículo que comentamos, compartir despacho profesional o estar asociado con los interesados, para asesorar o representar, es un supuesto que se da, mayoritariamente, en los casos de los arquitectos y arquitectos técnicos que prestan servicios en las pequeñas corporaciones a través de contratos de arrendamiento de servicios. El arquitecto trabaja unas horas semanales en el ayuntamiento y, al mismo tiempo, trabaja en un despacho profesional fuera del término municipal. Es evidente que, por razón de su relación con el ayuntamiento, debería fiscalizar proyectos que presentaran sus compañeros de despacho y, por tanto, debería abstenerse.

“c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.”

Como dice la doctrina, la amistad íntima o la enemistad manifiesta son dos caras de la misma moneda que pueden provocar reacciones contrarias –beneficios o perjuicios– en la persona que ha de resolver un determinado asunto administrativo. González Pérez,⁹ dice que la expresión “enemistad manifiesta” es análoga a la que utiliza la Ley orgánica del Poder Judicial. La enemistad es lo contrario de la amistad, pero el vocablo “íntima” no equivale a “manifiesta”, porque existen amistades no conocidas por terceros.

La jurisprudencia aplica esta causa de abstención con un criterio muy restrictivo, lo que es del todo lógico para evitar la utilización abusiva de este derecho. Sirva como muestra la Sentencia que reproducimos a continuación:

• Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1993 (RJ 1993/1993), que no reconoció esta causa –en este caso, de recusación– en sede de un expediente disciplinario.

“SEXTO. La recusación se fundaba en la segunda de las causas previstas en el art. 20.2.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-7-1958 (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708), a la sazón vigente.

“Para el acreditamiento de la enemistad se alegaban algunas frases del instructor referidas al hoy demandante de la revisión y para cuya adecuada valoración ha de señalarse que dicho recurrente, que señala en su demanda de revisión como profesión la de ‘jurista criminólogo’, ocupaba en la Diputación Provincial de Palencia un puesto de subalterno.

“En tales frases –hecho séptimo de la demanda originaria– se indicaba que el actor ‘lo mejor que podría hacer era abandonar el Departamento de Recepción del Hospital’ y que ‘debería sacar una plaza de Abogado de la Diputación’, advirtiéndole también en alguna ocasión ‘que tuviese cuidado porque estaba jugando con fuego’.

“Respecto de estas expresiones, el instructor, negando la enemistad –folio 6 del expediente– indica que si en alguna ocasión se había dirigido al funcionario expedientado hoy recurrente ‘en términos parecidos a los que aduce, ha sido movido [...] por el convencimiento de que el puesto que ocupa en

propiedad el expedientado no es el más apropiado para su titulación académica (licenciado en derecho y abogado en ejercicio)’.

“Así las cosas, resulta fácil el entendimiento de las dos primeras frases antes mencionadas en un sentido totalmente alejado del propio de una enemistad. Y en cuanto a la última, sin indicar su contexto y circunstancias de hecho, tampoco puede reputarse bastante para acreditar tal enemistad.”

“d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.”

Con este motivo de abstención se pretende evitar que sobre la resolución a adoptar influya un conocimiento previo del asunto por parte de quien debe resolver.

“e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.”

Uno de los supuestos típicos se presenta en arquitectos y aparejadores municipales que también ejercen como profesionales liberales. Un arquitecto municipal que tiene un despacho profesional fuera del término, puede haber obtenido la compatibilidad para llevar a cabo la profesión, pero deberá abstenerse si su despacho presenta un proyecto que tenga que informar como arquitecto municipal.

6.4. El incidente de la abstención

• **Abstención voluntaria:** Por iniciativa de la autoridad o funcionario, mediante comunicación al superior inmediato, para que resuelva el incidente (artículo 28.1 LRJAP). En el caso de la Administración local, el funcionario dará cuenta al presidente de la corporación por escrito y éste ordenará su sustitución reglamentaria (artículo 183.1 ROF).

• **Abstención forzosa:** Por iniciativa del superior, que puede ordenar a la persona en quien concurre alguna de las causas de abstención, que no intervenga en el desarrollo del procedimiento iniciado (artículo 28.4 LRJAP).

• **Acreditación:** La causa determinante de la abstención debe quedar acreditada en el expediente. En el caso de la abstención forzosa, es posible que la

9. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *op. cit.*

persona incurso proponga la comprobación de los extremos que se le imputan.

- **Finalización:** Hechas las comprobaciones oportunas y valorados de forma conjunta los elementos que conforman el expediente, se dictará la resolución oportuna.

- **Efectos:**

- La no actuación en orden a la invocación de la causa de abstención, conllevará la responsabilidad del funcionario (artículo 28.5 LRJAP). Por el contrario, si se alega esta causa y no es admitida, el funcionario quedará libre de toda responsabilidad.

- Según el artículo 28.3 de la LRJAP, no siempre se ha de invalidar la resolución administrativa en que ha intervenido la persona incurso en una causa de abstención. La regla general es que la no abstención invalidará el acto administrativo resultante. Como excepción, no lo invalidará cuando se demuestre que la decisión adoptada sería la misma, a pesar de la intervención de la persona incurso: en definitiva, no lo invalidará si su voto no ha sido determinante.

- Comprobada la existencia de la causa de abstención, se designará a la persona que deba hacerse cargo de las actuaciones en sustitución de la persona incurso.

- Contra la resolución que adopte el órgano pertinente no cabe recurso en sede administrativa. Pero cabe recurso ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 28.5 LRJAP).

7. La recusación

7.1. Concepto

Se define como el derecho que tiene el interesado en un procedimiento a que no intervenga en este el personal que, encontrándose incurso en una causa de abstención, incumple el deber de abstenerse.

Son aplicables todos los elementos a los que nos hemos referido al analizar la figura de la abstención. Hay que mencionar que, según la STC 47/1982, de 12 de julio, el derecho de recusar, forma parte del derecho al proceso que reconoce el artículo 24 de la Constitución:

“3. El artículo 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso, que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justiciable sea juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación

del juez entroncan con el mencionado artículo 24. Entre ellas no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad.

“De esta suerte, hay que señalar que el derecho a la utilización de los medios de defensa y el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la ley comprenden recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad. El derecho a formular la recusación comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la ley con este fin y a que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la ley defiera el examen de la cuestión. Ello no quiere decir, por supuesto, que la propuesta de recusación no pueda rechazarse de plano en el momento preliminar, pero tal decisión tiene un carácter muy excepcional y sólo puede adoptarse cuando la recusación sea propuesta por quien no es parte en el proceso, porque es principio general que sólo las partes legítimas puedan recusar, aunque naturalmente deba comprenderse en tal concepto a aquellos que tengan derecho a ser parte una vez que se personen en el proceso y cuando falta el presupuesto de admisibilidad consistente en la expresión de la causa comprendida en la ley, con relación de los hechos en que la parte funde su afirmación.”

7.2. El incidente de recusación

- La recusación se plantea mediante un escrito del interesado en un procedimiento y deberá detallar la causa en que se fundamente (artículo 29.2 LRJAP).

- Se puede presentar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento (artículo 29.1 LRJAP).

- Al día siguiente, el recusado manifestará a su superior inmediato si se da (o no) la causa alegada por el interesado en el procedimiento.

• Si se niega la causa de recusación, se procederá a la práctica de las pruebas oportunas y a solicitar informes (artículo 29.4. LRJAP).

• Si se admite la causa de recusación, el superior acordará la sustitución de la persona incurso.

• Si se niega la causa de la recusación, y de la práctica de las pruebas resulta que opera la causa, se declarará la recusación y se sustituirá al recusado. Si no se comprueba la causa, se denegará la petición de recusación.

• La competencia para resolver el expediente de recusación compete al inmediato superior del recusado. En casos de miembros electos, decide el presidente del ayuntamiento y si el incurso es el presidente, decidirá el Pleno (artículo 183.2 ROF).

• Efectos:

– Suspensión del curso del procedimiento (artículo 77 LRJAP).

– Contra la resolución adoptada no cabe recurso. Ahora bien, esta causa se puede alegar en sede jurisdiccional, contra el auto que resuelve la pieza incidental (artículos 107.1 LRJAP y 184 *in fine*, ROF).

– Si se acepta la recusación, se acordará la sustitución del recusado.

7.3. La perversión de la utilización de la figura

Para evitar el desarrollo normal de la vida administrativa, la figura de la recusación puede ser utilizada con otros fines que los previstos legalmente. Es ilustrativa una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 20 de noviembre de 1998, que resolvía sobre la impugnación de una resolución del alcalde de un municipio que había negado el derecho de voto a dos concejales en la deliberación y votación de una moción de censura planteada contra él.

“Constituye doctrina jurisprudencial reiterada que la moción de censura de los concejales para conseguir la destitución del Alcalde forma parte del contenido del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes, según dispone el artículo 23.2 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), y que teniendo los ciudadanos el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas, por sufragio universal, constituye una manifestación de este derecho la posibilidad

de promover mociones de censura, por pérdida de confianza, para la destitución del alcalde y elección de otro, en la forma y con los requisitos legalmente establecidos (art. 22.3 de la LBRL [RCL 1985\799 1372 y ApNDL 205], 197 de la Ley Electoral [RCL 1985\1463; RCL 1986\192 y ApNDL 4080] y 107 del ROF [RCL 1986\3812 y RCL 1987\76]); derecho que vincula a todos los poderes públicos como señala el artículo 53.1 de dicha Norma, lo que comporta la obligación no sólo de protegerlo sino de establecer las condiciones necesarias para su plena efectividad, por lo que toda actuación que tienda a dificultar el legítimo desarrollo de la moción de censura debe entenderse contraria a la norma constitucional. Así, el artículo 107 del ROF establece un sistema claramente restrictivo a la hora de señalar las causas por las que se puede denegar la convocatoria del Pleno, conforme al cual ésta sólo podrá basarse en no reunir el escrito presentando los requisitos establecidos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en su artículo 197.2, por lo que hay que concluir que la Alcaldía no tiene facultad alguna de control de la oportunidad de la pretensión al no venirle otorgada por aquella norma; y que aparte de este supuesto tan sólo se contempla otro motivo de denegación en el art. 110.1, g) de la Ley Municipal conforme al cual no se podrá presentar una moción de censura si ha estado publicada al BOE o al DOGC una convocatoria electoral política hasta que hayan tenido lugar las elecciones correspondientes.

“TERCERO. La cuestión aquí debatida se halla constituida por la decisión adoptada por el señor Alcalde de denegar el derecho al voto de la moción de censura formulada al amparo del artículo 28.2 de la Ley 30/1992, decisión que de facto impide el normal desarrollo de la moción de censura, y que aquí debe examinarse si es o no ajustada a la legalidad la mencionada decisión, pues no cabe olvidar que se reputa contraria a la norma constitucional toda actuación que impida el desarrollo ‘legítimo’ de la moción de censura.

“Dicho artículo establece las causas de abstención, dentro del procedimiento administrativo, de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas y que hayan de intervenir en él, y más concretamente en su núm. 2 y letra a) se recoge como motivo de abstención el tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

“Ahora bien la aplicación pretendida del art. 28.2 citado a la intervención de los dos concejales en una moción de censura no resulta posible por cuanto:

“1. No nos encontramos ante un procedimiento administrativo en el cual puedan quedar afectados los derechos o intereses de algún interesado, sino que estamos ante la exigencia de una responsabilidad política del presidente de la corporación local prevista legalmente. No es aplicable pues lo establecido en el artículo 76 de la LBRL que obliga a abstenerse, cumpliendo el mandato constitucional del artículo 103, a los miembros de las corporaciones locales de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas.

“2. El mandato de los miembros de los Ayuntamientos es de cuatro años contados a partir de la fecha de su elección, y dicho mandato, en tanto se mantenga, no puede ser objeto de restricción alguna ni exceptuado siquiera sea temporalmente fuera de los supuestos expresamente previstos, por lo que no podrán ser privados de su derecho al voto fuera de la previsión expresa ya referida.

“3. Si bien el derecho constitucional de los titulares de cargos de representación política a permanecer en ellos solamente puede ser extinguido por las causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente previstos, ello no impide a quienes están legitimados para ello hacer cesar o destituir a quien ha sido investido para el correspondiente cargo público, en este caso a los concejales respecto al alcalde elegido por aquéllos, pues si bien los concejales no pueden ser destituidos por cuanto su mandato lo tienen recibido del cuerpo electoral, no ocurre otro tanto con los alcaldes porque son elegidos por los propios concejales, que tienen asimismo la facultad de cesar como alcalde al que un día fuera elegido cuando circunstancias sobrevenidas aconsejen que la presidencia de ese Ayuntamiento sea renovada.

“4. Los arts. 197 de la LOREG y 110 de la Ley 8/1987, de 15 abril (RCL 1987\1275 y LCAT 1987\1220), municipal y de régimen local de Catalunya no contemplan más restricción subjetiva a la presentación de una moción de censura que la derivada de que ningún concejal podrá suscribir durante su mandato más de una moción de censura.

“En consecuencia, la privación del derecho al voto no resulta ajustada a Derecho, vulnerándose con ello lo establecido en el artículo 23.2 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875).”

8. Conclusiones

1. Las causas de inelegibilidad, de incompatibilidad y de abstención son mecanismos legales que impiden que los servidores públicos vulneren dos de los principios que proclama la Constitución: servir con objetividad los intereses públicos y el sometimiento a la ley.

2. Deben ser interpretadas de forma muy restrictiva.

3. Solo podrán ser aplicadas por los operadores jurídicos cuando la causa esté legalmente prevista.

4. Si un servidor público se encuentra incurso en una causa de incompatibilidad y, sin embargo, interviene y resuelve un procedimiento, de nada valdrá una posterior abstención. La abstención no convalida la incompatibilidad.

5. Se deberían legislar de forma más comprensible las incompatibilidades que afectan a los concejales con dedicación parcial o a los concejales que no tienen asignada dedicación, en orden a la posible confusión de intereses públicos y privados.

6. Que el legislador debería resolver de una manera más comprensible las prohibiciones de contratar por causa de incompatibilidad que afectan a los miembros electos. ■

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 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 1 de octubre de 2009 hasta el 31 de enero de 2010.

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. No cabe declarar inadmisible por falta de legitimación activa el recurso de un concejal contra una resolución en materia de personal, dictada por un órgano de gobierno de la corporación de la que forma parte como electo

Órgano: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional

Resolución: Sentencia núm. 210/2009. Recurso de amparo núm. 7647/2005

Fecha: 26 de noviembre de 2009

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes

Disposiciones analizadas: Artículos 23.1 y 24.1 CE, 19.1, 20 a) y 69 b) LJCA, y 25 y 631.b) LBRL

Doctrina: No cabe declarar inadmisible por falta de legitimación activa el recurso de un concejal contra una resolución en materia de personal, dictada por un órgano de gobierno de la corporación de la que forma parte como electo.

Al lado del interés legítimo como título de legitimación activa, legitimación que, en definitiva, es la general para poder acceder al proceso contencioso-administrativo según el artículo 19.1 a) de la LJCA, existe una legitimación ex lege, que corresponde concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de estas que contradigan el ordenamiento jurídico.

La legitimación por razón del mandato representativo que permite acceder al proceso contencioso-administrativo, no está basada en un interés abstracto en la legalidad, sino que se trata de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto –inclusivo puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los municipios el artículo 25.1 LBRL.

Supuesto de hecho

La demandante de amparo, concejal del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, formó parte del Tribunal calificador de un proceso de funcionarización, y se opuso a la calificación como aptos por el Tribunal calificador de una serie de aspirantes que se negaron a contestar las preguntas formuladas por la demandante en la fase de entrevista del proceso selectivo, dirigidas a evaluar el nivel de conocimientos adquiridos previamente por los aspirantes en los cursos de funcionarización (base sexta de la convocatoria).

Contra la resolución del alcalde del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas por la que se aprobó el resultado del proceso de funcionarización, nombrando funcionarios de carrera a los aspirantes declarados aptos por el Tribunal calificador, la demandante de amparo interpuso recurso de reposición por entender que el desarrollo y el resultado de las pruebas

selectivas llevadas a cabo vulneraron las bases de la convocatoria y los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

Desestimado dicho recurso, la demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que dictó sentencia por la que, estimando la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el Ayuntamiento demandado, declaró la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, de conformidad con los artículos 20 a) y 69 b) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). La Sala razona que la demandante carece de legitimación activa porque “fue miembro del órgano colegiado para el desarrollo del concurso de que se trata. En ese sentido evidentemente fue órgano de la Administración Pública, de manera que está dentro del supuesto de hecho previsto en el art. 20 ap. a de la LJCA de 1998.”

Contra esta sentencia recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, que estima el recurso.

Fundamentos jurídicos

El Tribunal Constitucional afirma que en la demanda de amparo se alega como queja principal la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), si bien es cierto que la demandante aduce también como vulnerados los derechos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes (artículo 23.1 CE) y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE).

El Tribunal considera que su análisis se debe centrar en la lesión del artículo 24 CE, sin perjuicio de que el canon de constitucionalidad a aplicar sea un canon reforzado, extremo que razona del siguiente modo: “(...) lo que está en juego en el presente caso es el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, sin perjuicio de que el canon de constitucionalidad a aplicar sea un canon reforzado (por todas, SSTC 84/2001, de 26 de marzo, F. 3; 203/2002, de 28 de octubre, F. 3; y 196/2005, de 18 de julio), ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de derechos sustantivos fundamentales, como son los reconocidos en el art. 23 CE, que encarnan el derecho de participación política en el sistema democrático.”

En cuanto al fondo del asunto, la supuesta falta de legitimación activa de la demandante, el Tribunal Constitucional toma como punto de partida, como postulan tanto la demandante de amparo como el Ministerio Fiscal, la doctrina de las SSTC 173/2004, de 18 de octubre, y 108/2006, de

3 de abril, en las que se otorgó el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a un concejal y a un diputado provincial, respectivamente, que vieron inadmitidos en sede jurisdiccional sus recursos contra resoluciones adoptadas en materia de personal.

El Tribunal Constitucional glosa la STC 173/2004, y señala que:

“(…) tras referirnos (F. 3) a la conocida doctrina de este Tribunal acerca del interés legítimo como título de legitimación activa, señalábamos a continuación (F. 4) que, al lado de esa legitimación, que en definitiva es la general para poder acceder al proceso Contencioso-Administrativo según el art. 19.1 a) de la vigente LJCA, existe una legitimación *ex lege*, que corresponde ‘concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de estas que contradigan el ordenamiento jurídico’. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto –inclusive puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local.”

De todo ello concluye: “(…) como ya dijimos en la citada STC 173/2004, F. 4, para el caso de los concejales –y reiteramos en la STC 108/2006, F. 3, para el supuesto de los diputados provinciales–, (…) está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado –Pleno o Junta de Gobierno Local, allí donde ésta exista–, no hubiera votado en contra de su aprobación.”

Por tanto, constatada la existencia de un interés concreto de la demandante respecto del objeto del proceso del que deriva el recurso de amparo –distinto del interés abstracto en la legalidad que subyace en el soporte de las acciones populares en los casos en que son admitidas por la Ley–, y no pudiendo existir duda alguna de que ese interés, por estar dirigido a la consecución de un funcionamiento ajustado a Derecho de la corporación local de la que forma parte, como medio de lograr la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, es un interés legítimo, la conclusión no puede ser otra, señala el Tribunal Constitucional, que otorgar el amparo solicitado.

Por todo ello la sentencia otorga el amparo, anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y retrotrae las actuaciones al momento anterior al de dictarse la mencionada sentencia, a fin de que el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con plenitud de jurisdicción pero con respeto al derecho fundamental reconocido, dicte la resolución que proceda.

Tribunal Constitucional. Las apreciaciones establecidas en la STC 69/1996, sobre la interpretación del artículo 45 LGP-1988 conforme al artículo 14 CE, deben entenderse aplicables al artículo 24 LGP-2003. Los términos de la interpretación del artículo 45 LGP-1988 (aplicables al artículo 24 LGP-2003) se circunscriben a que la resolución judicial desde la que comienzan a correr los intereses de demora “no es otra sino la dictada en la primera instancia”

Órgano: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional

Resolución: Sentencia núm. 209/2009. Recurso de amparo núm. 2896/2005

Fecha: 26 de noviembre de 2009

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes

Doctrina: Las apreciaciones sentadas en la STC 69/1996, F. 6, sobre la interpretación del artículo 45 LGP-1988 conforme al artículo 14 CE, deben entenderse aplicables al artículo 24 LGP-2003, artículo que establece que “si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación.”

La STC 69/1996, es una sentencia interpretativa que, al desplegar sus efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos, señala la interpretación de la norma sobre devengo de intereses de demora a cargo de la Hacienda pública que es conforme con la Constitución, y excluye al propio tiempo para el futuro la interpretación de esa misma norma que resultaría inconstitucional.

Los términos de la interpretación del artículo 45 LGP-1988 (aplicables al artículo 24 LGP-2003) se circunscriben a que la resolución judicial desde la que comienzan a correr los intereses de demora “no es otra sino la dictada en la primera instancia”

Supuesto de hecho

La sociedad solicitante de amparo, titular de un taller de reparación de automóviles, demandó de juicio ordinario a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Delegación de Murcia) en reclamación de la cantidad de 6.556,91 euros, más los intereses legales devengados desde que la sociedad reclamante había requerido el pago de la deuda a la Administración demandada, así como las costas del procedimiento. Dicha reclamación traía causa del servicio de depósito prestado por la demandante a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) como consecuencia del precinto e inmovilización efectuados por agentes de la Guardia Civil, por orden de aquella, de tres automóviles que se encontraban en dicho establecimiento para su reparación.

El Juzgado de primera instancia dictó sentencia por la que condenó a la AEAT a abonar a la sociedad demandante la cantidad de 6.556,91 euros, más los intereses legales y las costas.

El proceso versó exclusivamente sobre la determinación de la deuda a pagar por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a la demandante por la prestación del servicio de depósito.

La sentencia de primera instancia es recurrida en apelación, y la sentencia de apelación confirma la sentencia de instancia, salvo en lo relativo a la condena al pago de los intereses legales y de las costas, declarando al respecto en su parte dispositiva que “no ha lugar a la condena al pago de intereses legales, los que, en su caso, se devengarán posteriormente en la forma establecida en los artículos 17 y 24 de la Ley General Presupuestaria”. En el fundamento de Derecho cuarto de dicha Sentencia se razona que “Efectivamente, el actual artículo 24 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, establece que ‘si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación’, norma cuya aplicación se impone en el caso presente y de la que se desprende que no cabe estimar la pretensión sobre pago de intereses en la forma señalada en la demanda.”

Contra esta sentencia recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, que estima el recurso.

Fundamentos jurídicos

El artículo 24 LGP-2003, que es la norma que fundamenta la sentencia recurrida en amparo, es de contenido similar al artículo 45 de la LGP-1988, respecto del cual, la STC 69/1996 consideró que debía ser declarado inconstitucional, por contrario a los artículos 14 y 24.1 CE, salvo que fuera interpretado en los términos expresados en el fundamento jurídico sexto de la sentencia. Los términos de este fundamento se

concretan en prescribir que la resolución judicial desde la que comienzan a correr los intereses de demora “no es otra sino la dictada en la primera instancia” (doctrina reiterada en las SSTC 110/1996, de 24 de junio, F. 3; 113/1996, de 25 de junio, F. 3; 81/2003, de 30 de abril, F. 5; y 157/2005, de 20 de junio, F. 3).

El Tribunal Constitucional recuerda que: “(...) si se entendiera que el devengo de intereses de demora a cargo de la hacienda pública no se inicia desde que fue dictada en primera instancia la sentencia condenatoria al pago de una cantidad líquida, sino desde su firmeza, una vez agotada la vía de recurso, ello conduciría a la declaración de la inconstitucionalidad del art. 45 LGP-1988, por no existir una razón constitucionalmente relevante para justificar un distinto trato en el devengo de los intereses de demora, según la posición que ocupe la hacienda pública y sólo por ella, pues siendo tales intereses una exigencia material de justicia, principio rector de nuestro Estado de Derecho, ha de ser rechazada de plano la posibilidad de que el ciudadano, cuando trate con las Administraciones públicas y sea su acreedor, resulte peor tratado por no conseguir la íntegra compensación de un derecho de crédito reconocido judicialmente (STC 69/1996, F. 5).”

Las apreciaciones sentadas en la STC 69/1996, F. 6, sobre la interpretación del artículo 45 LGP-1988 conforme al artículo 14 CE, señala el Tribunal Constitucional que deben entenderse aplicables al artículo 24 LGP-2003:

“(...) deben entenderse aplicables al art. 24 LGP-2003, que reproduce el tenor de aquel precepto, pues se trata de una Sentencia interpretativa que, al desplegar sus efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos, señala la interpretación de la norma sobre devengo de intereses de demora a cargo de la hacienda pública que es conforme con la Constitución y excluye al propio tiempo para el futuro la interpretación de esa misma norma que resultaría inconstitucional.

“Ciertamente resulta criticable que el legislador estatal, que ha dispuesto de tiempo sobradamente suficiente para acomodar la regulación del régimen jurídico del devengo de intereses moratorios a cargo de la hacienda pública a la interpretación conforme a la Constitución indicada por este Tribunal desde su STC 69/1996, haya venido a reproducir en el art. 24 LGP-2003 la ambigua por imprecisa redacción del anterior art. 45 LGP-1988, toda vez que el devengo de intereses se vuelve a situar en el día de notificación de la resolución judicial. Ahora bien, en la medida en que el legislador resulta vinculado por las Sentencias dictadas por este Tribunal en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (art. 164.1 CE y art. 38.1 LOTC), ha de entenderse que el pronunciamiento interpretativo de la STC 69/1996 (cuya doctrina es reiterada en las ulteriores Sentencias citadas) sobre el art. 45 LGP-1988 proyecta su eficacia sobre el actual art. 24 LGP-2003, de idéntico contenido, de suerte que, tanto bajo la vigencia de la LGP-1988 (en relación con el art. 921, párrafo 4, LECiv-1881), como tras la entrada en vigor de la LGP-2003 (en relación

con el actual art. 576 LECiv-2000), debe entenderse, al no existir una razón constitucionalmente relevante para justificar un distinto trato en esta materia según que el condenado al pago de cantidad sea un particular o una Administración pública, que el devengo de los intereses de demora a cargo de la hacienda pública comienza desde que se le notifica la resolución judicial que la condena en primera instancia al pago de cantidad líquida, sin perjuicio de que momento de la exigibilidad de dichos intereses sea el de firmeza de dicha Sentencia.”

Por ello el Tribunal Constitucional estima la demanda de amparo, revoca parcialmente la sentencia impugnada en cuanto al pronunciamiento revocatorio de la condena de la sentencia de primera instancia al pago de intereses de demora y retrotrae las actuaciones para que por la Audiencia Provincial de Murcia se realice un nuevo pronunciamiento sobre la pretensión de intereses moratorios formulada por la demandante (y, en consecuencia, sobre las costas de ambas instancias) acorde con la doctrina constitucional reseñada.

Tribunal Constitucional. La posibilidad de que las competencias sectoriales de otras administraciones públicas y, por tanto, de las comunidades autónomas, incidan sobre la competencia urbanística municipal determinando la exclusión de la licencia que, en otro caso, sería preceptiva, exige que se garantice algún modo de intervención del ente local, intervención que puede consistir en la emisión de un informe sobre la adecuación de las obras previstas a los planes de ordenación urbanística

Órgano: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional

Resolución: Auto núm. 251/2009. Conflicto constitucional\4 núm. 5305/2009

Fecha: 13 de octubre de 2010

Doctrina: La posibilidad de que las competencias sectoriales de otras administraciones públicas y, por tanto, de las comunidades autónomas, incidan sobre la competencia urbanística municipal determinando la exclusión de la licencia que, en otro caso, sería preceptiva, exige que se garantice algún modo de intervención del ente local, intervención que puede consistir en la emisión de un informe sobre la adecuación de las obras previstas a los planes de ordenación urbanística

gía o de transporte, etc. No obstante, el ayuntamiento interesado dispondrá del plazo de un mes para informar tales proyectos y actuaciones con relación al planeamiento vigente. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera evacuado el informe se entenderá otorgada la conformidad al proyecto.

“Cuando la obra pública de interés general de la Comunidad Autónoma resulte disconforme con el planeamiento urbanístico deberá modificarse éste o recogerse en la primera revisión del mismo.”

Fundamentos de Derecho

El Tribunal Constitucional señala en primer lugar que se han cumplido los requisitos formales que exige la Ley orgánica del Tribunal Constitucional para el planteamiento de un conflicto en defensa de la autonomía local y recuerda que, conforme al artículo 75. quinquies.1 LOTC, el Tribunal puede acordar, mediante auto motivado, la inadmisión del conflicto en defensa de la autonomía local cuando, entre otros motivos, estime notoriamente infundado el conflicto planteado (que será lo que sucederá en este caso).

El Tribunal Constitucional, una vez afirmado que el urbanismo figura en el círculo de intereses más relevantes del municipio, para los que la garantía constitucional de su autonomía exige la participación local, asevera que:

“(…) ninguna duda ofrece el hecho de que el principio general del sometimiento a licencia de todas las obras que se realicen en el término municipal, incluso cuando se llevan a cabo por los órganos de otra Administración pública, admite modulaciones siempre que no impliquen la exclusión absoluta de los actos de control preventivo municipal.”

El precepto impugnado define las obras públicas de interés general de la Comunidad Autónoma de La Rioja a través de tres parámetros: a) que las realice en el ejercicio de sus propias competencias; b) que estén destinadas al

Supuesto de hecho

El Ayuntamiento de Aldeanueva de Ebro y 35 municipios más promovieron un conflicto en defensa de la autonomía local, en relación con la nueva redacción al apartado 1 del artículo 196 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja, que excluye la exigencia de licencia municipal en obras de interés general.

El precepto objeto del conflicto en defensa de la autonomía local dispone lo siguiente:

“1. Los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo promovidos por las Administraciones públicas estarán igualmente sujetos a licencia municipal, salvo las obras públicas de interés general de la Comunidad Autónoma.

“Se considerarán obras públicas de interés general de la Comunidad Autónoma de La Rioja aquéllas que ésta realice, en el ejercicio de sus propias competencias, destinadas al desarrollo y ejecución de los instrumentos de ordenación del territorio y a la construcción o acondicionamiento de infraestructuras básicas de uso y dominio público, tales como carreteras, obras hidráulicas, de ener-

desarrollo y ejecución de los instrumentos de ordenación del territorio, y c) que estén destinadas a la construcción o acondicionamiento de infraestructuras básicas de uso y dominio público.

El Tribunal Constitucional analiza los instrumentos de ordenación del territorio que prevé la legislación de La Rioja y concluye que:

“(…) los dos primeros instrumentos (...), la Estrategia territorial y las Directrices de actuación territorial, tienen un marcado carácter estratégico y ordenador, pues se dirigen fundamentalmente al establecimiento de directrices y criterios generales de orientación frente a la vinculación a proyectos concretos que es posible predicar de los dos restantes, las Zonas de interés regional y los Proyectos de interés supramunicipal, que delimitan y ordenan ámbitos en los que se pretendan desarrollar actuaciones de diverso tipo que se consideren de interés o alcance regional (caso de la Zona de interés regional), o pretenden regular la realización de determinadas obras justificadas por su interés social o utilidad pública que se asientan en más de un término municipal o presentan una incidencia asimismo supramunicipal (caso de los Proyectos de interés supramunicipal).

“En definitiva todos los instrumentos se refieren a actuaciones de interés supramunicipal, bien por ubicarse o referirse a un ámbito territorial que supera el de un concreto municipio, bien porque la incidencia de las actuaciones previstas trasciendan al ámbito municipal en atención a su magnitud, importancia o especiales características. Importa destacar también que en el procedimiento de aprobación de todos ellos se recoge el obligatorio trámite de audiencia a las entidades locales afectadas por los mismos e igual sucede, en esta ocasión a través de un informe, con las concretas obras que pretendan realizarse.”

El Tribunal Constitucional reseña de manera especial que la entidad local tiene legislativamente garantizado algún tipo de intervención respecto de la adecuación de la obra proyectada a los instrumentos de planificación urbanística.

Una vez enmarcada la cuestión objeto, el Tribunal Constitucional se centra en examinar si el tipo de intervención que prevé el precepto impugnado es suficiente para entender respetada la garantía institucional de la autonomía local. Para resolverlo cita las SSTC 40/1998, de 19 de febrero, F. 39, y 204/2002, de 3 de octubre, F. 13, que fueron dictadas en relación con los puertos y aeropuertos de interés general, respectivamente.

El Tribunal Constitucional señala que: “En ambas admitimos la facultad del Estado de incidir sobre la competencia urbanística municipal, sustituyendo la exigencia de previa licencia por un informe acerca de la conformidad de la obra prevista con el planeamiento, como aquí ocurre, pues ‘no puede considerarse que atente contra la autonomía que garantiza el art. 137 CE el que el legislador disponga que, cuando existan razones que así lo justifiquen, la intervención municipal se articule por medio de

otros procedimientos adecuados para garantizar el respeto a los planes de ordenación urbanística’ (STC 40/1998, de 19 de febrero, F. 39)”. Es decir, según la mencionada doctrina, “la posibilidad de que las competencias sectoriales de otras Administraciones públicas y, por tanto, de las Comunidades Autónomas, incidan sobre la competencia urbanística municipal determinando la exclusión de la licencia que, en otro caso, sería preceptiva, exige que se garantice algún modo de intervención del ente local, intervención que puede consistir en la emisión de un informe sobre la adecuación de las obras previstas a los planes de ordenación urbanística.”

Todo ello permite considerar el conflicto notoriamente infundado de acuerdo con lo siguiente:

“Por tanto, las obras de interés general de la Comunidad Autónoma excluidas de licencia municipal tienen como objeto actuaciones que se proyectan territorialmente en un ámbito supramunicipal y que se dirigen a satisfacer intereses regionales conectados específicamente con el uso de infraestructuras básicas de uso y dominio público.

“Apuntado este dato y también que en la aprobación de los instrumentos públicos que dan cobertura a las actuaciones se ha de dar audiencia a los entes locales, de un lado, y que, de otro, estos últimos han de emitir un informe sobre las concretas obras que hayan de realizarse, se concluye que la norma cuestionada no conlleva una vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, puesto que no priva a los municipios de su derecho a intervenir en la realización de las obras o actuaciones, sin perjuicio de que el ámbito objetivo de la exclusión de licencia municipal en cada caso habrá de ser determinado en atención a las circunstancias que concurran en el mismo –en especial los proyectos que concreten las distintas obras e instalaciones– a fin de valorar si concurre el declarado interés regional, derivado del alcance supramunicipal de la iniciativa de que se trate.

“Resulta, pues, que la alegada vulneración de la autonomía local no puede afirmarse apriorísticamente y desvinculada del supuesto que singularice el proyecto en ejecución (...). Solamente en relación con una obra concreta podrá valorarse si la competencia autonómica se ha mantenido dentro de los límites que le son propios, según ha quedado dicho.

“Por lo indicado, la impugnación resulta ser prematura ya que, conforme a nuestra reiterada doctrina (por todas, STC 172/1992, de 29 de octubre, F. 2), no nos corresponde pronunciarnos sobre las interpretaciones de las normas impugnadas que propongan las partes en un proceso constitucional, sin que procedan pronunciamientos preventivos.”

Por todo ello, el Tribunal Constitucional inadmite el conflicto en defensa de la autonomía local.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El conocimiento, por los servicios de policía o gendarmería y las autoridades judiciales, del domicilio de las personas condenadas, por su inscripción en el FIJAIS (Fichero de la República Francesa Judicial Nacional automatizado de Autores de Delitos sexuales), comporta un elemento disuasorio y permite facilitar las investigaciones policiales. La obligación derivada de la inscripción en el FIJAIS tiene pues una finalidad puramente preventiva y disuasoria y no puede considerarse represiva o que constituye una sanción. No puede considerarse una “pena” en el sentido del artículo 7.1 del Convenio de Roma y se trata de una medida excluida del ámbito de aplicación de este

Órgano: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Quinta. Caso Bouchacourt contra Francia

Fecha: Sentencia de 17 de diciembre de 2009

Disposiciones analizadas: Artículos 7 y 8 del Convenio de Roma

Doctrina: El conocimiento, por los servicios de policía o gendarmería y las autoridades judiciales, del domicilio de las personas condenadas, por su inscripción en el FIJAIS (Fichero de la República Francesa Judicial Nacional automatizado de Autores de Delitos sexuales), comporta un elemento disuasorio y permite facilitar las investigaciones policiales. La obligación derivada de la inscripción en el FIJAIS tiene pues una finalidad puramente preventiva y disuasoria y no puede considerarse represiva o que constituye una sanción. No puede considerarse una “pena” en el sentido del artículo 7.1 del Convenio de Roma y se trata de una medida excluida del ámbito de aplicación de este.

La inscripción en el FIJAIS, tal como se describe en la sentencia comentada, mantiene un equilibrio justo entre los intereses privados y públicos concurrentes, y el Estado demandado no ha excedido el margen de apreciación aceptable en la materia. Por consiguiente, no ha habido, en este caso, vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar, consagrado por el artículo 8 del Convenio de Roma

Supuesto de hecho

Se resuelve la demanda de un ciudadano francés contra la República de Francia, por la incorporación de sus datos personales en un registro de condenados por delitos sexuales, tras haber cumplido ya la pena.

El demandante nació en 1959 y reside en Toulouse. El 12 de abril de 1996, fue condenado a diez años de prisión por el Tribunal penal de la Alta Garona por violaciones y agresiones sexuales cometidas sobre menores de quince años por persona con autoridad. En prisión preventiva desde el 4 de febrero de 1993, terminó de cumplir su pena el 25 de agosto de 2000.

El 8 de marzo de 2004, la Ley núm. 204-2004 creó el Fichero Judicial Nacional automatizado de Autores de Delitos sexuales (“FIJAIS”, que posteriormente se convirtió en el Fichero Judicial Nacional automatizado de Autores de Delitos sexuales o violentos). Las disposiciones del Código procesal penal relativas a este fichero entraron en vigor el 30 de junio de 2005.

En agosto de 2005, el demandante fue citado en la gendarmería de Ramonville-Saint-Agne, donde le fue notificado el siguiente documento:

“El abajo firmante reconoce haber recibido este día notificación de estar inscrito en el Fichero Judicial Nacional automatizado de Autores de Delitos sexuales (FIJAIS) (...) y que por este motivo está obligado en aplicación del artículo 706-53-5 del Código procesal penal a:

“1. Justificar su dirección: (...) Una vez al año ante el gestor del fichero [Ministerio de Justicia (...)], por carta certificada con acuse de recibo, bien ante la comisaría de policía o la brigada de gendarmería de su domicilio, por carta certificada con acuse de recibo o presentándose en el servicio, en el curso del mes de la fecha de su nacimiento o del mes de enero si desconoce ésta o no ha sido determinada. (...)

“2. Declarar sus cambios de dirección, en un plazo de quince días como tarde tras el cambio, según las mismas modalidades.

“Reconoce estar informado:

“–Del deber justificar su dirección por primera vez en los quince días siguientes a la presente notificación salvo si ésta se produce antes de los dos meses anteriores al primer día del mes del citado aniversario o si ya ha tenido la obligación de justificar anualmente su dirección.

“– De que el hecho de no cumplir estas obligaciones es sancionado con una pena de 2 años de prisión y 30.000 euros de multa.

“– De que cualquier incumplimiento de estas obligaciones será objeto de un procedimiento de alerta transmitido a las autoridades judiciales y los servicios de policía o a las autoridades de gendarmería, pudiendo implicar su inscripción en el Fichero de personas en búsqueda y captura y que podrá ir acompañado de diligencias penales.

“– De que en aplicación del artículo R.53-8-13, la justificación y la declaración del cambio de domicilio previstas en el artículo 706-53-5 se hacen por medio de cualquier documento de menos de tres meses expedido a su nombre, que establezca la realidad de su domicilio, en particular de un recibo o una factura.

“– De que si el justificante presentado se refiere al domicilio de un tercero, deberá ir acompañado de un certificado de alojamiento establecido y firmado por éste.”

En los antecedentes de la sentencia se citan, entre otros, los siguientes:

– El Senado de la República francesa publicó, en marzo de 2004, un “Estudio de legislación comparada” (núm. 133) sobre el tratamiento de los delitos sexuales cometidos sobre menores. Este informe afirma que “sólo existe un registro de delincuentes sexuales en Inglaterra y el País de Gales”. En Alemania, no existe un registro federal, pero dos *Länder* disponen de registros específicos (Baviera y Bremen). Al registro bávaro “HEADS” (Haft-Entlassenen-Auskunfts-Datei-Sexualstraftäter) solo pueden acceder los policías y los magistrados. En el Reino Unido el registro de los autores de delitos es ilimitado para las personas condenadas a penas de más de treinta años de prisión, y no existe posibilidad de cancelar los datos memorizados (Sexual Offences Act 2003, s 82).

– En su Decisión núm. 492-2004 DC de 2 de marzo de 2004, el Consejo Constitucional consideró que “la inscripción de la identidad de una persona en el [FIJ AIS] (...) tiene por objeto prevenir la reincidencia de tales delitos y facilitar la identificación de sus autores; que de ello se colige que tal inscripción no constituye en sí misma una sanción, sino una medida policial” (apartado 74). Asimismo, consideró que “en lo que respecta a la inscripción, consulta y utilización del fichero, habida cuenta, por un lado, de las garantías que aportan las condiciones de utilización y consulta del fichero y mediante la atribución a la autoridad judicial de la facultad de inscribir y cancelar los datos nominativos y, por otro lado, de la gravedad de los delitos que justifican la inscripción de los datos nominativos en el fichero y del índice de reincidencia que caracteriza a este tipo de delitos, las disposiciones impugnadas aseguran, entre el respeto de la vida privada y la protección del orden público, una conciliación que no es manifiestamente desequilibrada” (apartado 87). Por último, estimó que “la obligación, para las personas inscritas, de declarar periódicamente la dirección de su domicilio o su residencia no constituye una sanción, sino una medida policial destinada a prevenir la reincidencia y facilitar la identificación de sus autores; que el objeto mismo del fichero hace necesaria la verificación constante del domicilio de las personas; que la carga que se les impone con el fin de permitir tal verificación no constituye una [medida] no necesaria en el sentido del artículo 9 de la Declaración de 1789 (...)” (apartado 91).

Fundamentos de Derecho

Sobre la violación del artículo 7 del Convenio

El demandante denuncia su inscripción en el FIJ AIS y se queja de la aplicación retroactiva de la Ley de 9 de marzo de 2004, que le impone unas obligaciones más severas que las existentes el día de su condena.

El Tribunal reitera que el demandante fue inscrito en el FIJ AIS tras la entrada en vigor de la Ley de 9 de marzo de 2004. Dicha inscripción se produjo con posterioridad no solamente a su condena, sino también a su liberación. Tal medida impone

al demandante la obligación de justificar anualmente su domicilio y declarar cualquier cambio de dirección como muy tarde en el plazo de quince días.

Para determinar si se trata de una aplicación retroactiva de una norma prohibida pro el artículo 7 del Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debía determinar “si la inscripción en el FIJ AIS puede considerarse una ‘pena’ en el sentido del artículo 7.1 del Convenio, o bien si se trata de una medida excluida del ámbito de aplicación de esta.”

A este respecto, el Tribunal recuerda que la noción de “pena” del artículo 7 tiene un alcance autónomo, siendo libre el Tribunal de ir más allá de las apariencias y apreciando por sí mismo si una medida concreta es en el fondo una “pena” en el sentido de esta cláusula. El texto del artículo 7.1, segunda frase, indica que la base de toda valoración de la existencia de una pena consiste en determinar si la medida en cuestión es impuesta tras una condena por una “infracción”. A este respecto, se pueden considerar pertinentes otros elementos: la calificación de la medida en la legislación interna, su naturaleza y su finalidad, los procedimientos asociados a su adopción y su aplicación, así como su severidad (Sentencia Welch).

El Tribunal estima que el objetivo principal de la obligación impuesta es impedir la reincidencia. A este respecto, considera que “(...) el conocimiento, por los servicios de policía o gendarmería y las autoridades judiciales, del domicilio de las personas condenadas, por su inscripción en el FIJ AIS, comporta un elemento disuasorio y permite facilitar las investigaciones policiales. La obligación derivada de la inscripción en el FIJ AIS tiene pues una finalidad puramente preventiva y disuasoria y no puede considerarse represiva o que constituye una sanción.”

El Tribunal señala que: “(...) aunque el demandante se expone a una pena de prisión de dos años y al pago de una multa de 30.000 euros (EUR) en caso de incumplimiento de la obligación, se ha de entablar otro procedimiento, totalmente independiente del que condujo a su condena el 12 de abril de 1996, durante el cual el Juez competente podrá apreciar el carácter culposo o no del incumplimiento.”

En lo concerniente a la severidad de la medida en cuestión, el Tribunal recuerda que: “(...) este elemento no es decisivo en sí mismo. Considera, en cualquier caso, que la obligación de justificar anualmente su dirección y declarar los cambios de domicilio como muy tarde en un plazo de quince días, durante un período de treinta años, no alcanza la severidad necesaria para considerarla una ‘pena’.”

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal “(...) estima que la inscripción en el FIJ AIS y las obligaciones que de ello derivan, no constituyen una ‘pena’ en el sentido del artículo 7.1 del Convenio y deben considerarse una medida preventiva a la que no se aplica el principio de no retroactividad que enuncia esta disposición.”

Sobre la violación del artículo 8 del Convenio

La protección de los datos de carácter personal juega un papel fundamental en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar, consagrado por el artículo 8 del Convenio. Por tanto, la legislación interna debe ofrecer unas garantías apropiadas que impidan toda utilización de datos de carácter personal que no sea conforme a las garantías previstas en dicho artículo.

El Tribunal, al establecer ese análisis, no puede poner en duda: “(...) los objetivos de prevención de un fichero como en el que está inscrito el demandante, condenado a diez años de prisión por violación y agresión sexual sobre menores. La finalidad de tal fichero, como ha recordado ya, trata de prevenir los delitos y luchar especialmente contra la reincidencia, facilitando en tal caso la identificación de sus autores. Las sevicias sexuales constituyen innegablemente un tipo odioso de perjuicio que debilita a las víctimas. Los niños y otras personas vulnerables tienen derecho a la protección del Estado, en forma de prevención eficaz que los ampare de formas tan graves de injerencia en unos aspectos esenciales de su vida privada (Sentencia *Stubbings* y otros contra Reino Unido, 22 octubre 1996, ap. 64, Repertorio 1996-IV).”

Al mismo tiempo, señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “(...) las políticas penales en Europa evolucionan y conceden, junto a la represión, una importancia creciente al objetivo de reinserción de la detención, en particular tras una larga pena de prisión (...) El éxito en la reinserción supone, concretamente, prevenir la reincidencia (véase Informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa citado en la Sentencia *Léger* contra Francia, núm. 19324/2002, ap. 49).”

En el caso de autos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vuelve a señalar que:

“(...) demandante fue inscrito automáticamente en el fichero en virtud de las disposiciones transitorias de la Ley de 9 de marzo de 2004 y teniendo en cuenta el crimen por el que había sido condenado en firme. Tal inscripción le fue notificada y comunicadas las obligaciones correspondientes.

“(...) al plazo de conservación de la información, (...) es de veinte a treinta años según la gravedad de la condena que implica la inscripción en el FIJAIS. Tal y como indica el Gobierno, se trata del plazo máximo.

“(...) la eliminación de los datos es de pleno derecho, una vez transcurrido el plazo, el cual se computa desde el momento en que deja de producir sus efectos la decisión que originó la inscripción.

“(...) la persona en cuestión puede pedir la cancelación de los datos al Fiscal si su conservación no fuera necesaria habida cuenta la finalidad del fichero, la naturaleza de la infracción, la edad de la persona en el momento de la comisión, el tiempo transcurrido desde entonces y la personalidad actual del interesado (apartado 16, artículo 706-53-10 del CPP). La decisión del Fiscal es susceptible de recurso ante el Juez *des*

libertés et de la détention y el presidente de la Sala de instrucción.”

El Tribunal presta especial consideración al procedimiento judicial de eliminación de datos que, señala, “(...) asegura un control independiente de la justificación de la conservación de la información sobre la base de unos criterios precisos y presenta garantías suficientes y adecuadas del respeto de la vida privada en virtud de la gravedad de los delitos que justifican la inscripción en el fichero.”

Todo ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo relaciona con el hecho que “(...) la memorización de los datos durante un plazo tan largo podría plantear un problema desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio”, para concluir, a pesar de ello, que el plazo de conservación de los datos no es desproporcionado porque “(...) el Tribunal constata que el demandante tiene, en cualquier caso, la posibilidad concreta de pedir la cancelación de las informaciones memorizadas cuando deja de producir sus efectos la decisión que originó la inscripción. En estas condiciones, el Tribunal estima que el plazo de conservación de los datos no es desproporcionado respecto a la finalidad que persigue la memorización de la información.”

En cuanto a las modalidades de utilización del fichero y el ámbito de autoridades que tienen acceso al mismo, el Tribunal constata que: “(...) se ha ampliado en varias ocasiones y que ya no se limita a las autoridades judiciales y los oficiales de policía judicial, sino que también tienen acceso los órganos administrativos (artículo 706-53-7 CPP). Cabe constatar que la consulta es accesible exclusivamente a autoridades obligadas por Ley a mantener la confidencialidad y en unas circunstancias determinadas con precisión. Asimismo, el presente caso no se presta a un examen in concreto de la cuestión de la apertura a examen de un fichero con fines administrativos.”

Por todo ello, el Tribunal estima que la inscripción en el FIJAIS, tal y como ha sido aplicada al demandante, mantiene un equilibrio justo entre los intereses privados y públicos concurrentes, y que el Estado demandado no ha excedido el margen de apreciación aceptable en la materia. Por consiguiente, no ha habido, en este caso, violación del artículo 8 del Convenio.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La exposición obligatoria de un símbolo de una confesión concreta en el ejercicio de la función pública respecto a situaciones específicas sujetas al control gubernamental, en particular en las aulas, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones y el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que esta medida vulnera estos derechos, toda vez que las restricciones son incompatibles con el deber del Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el ámbito de la educación

Órgano: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Segunda. Caso Lautsi contra Italia

Fecha: Sentencia de 3 de noviembre de 2009

Disposiciones analizadas: Artículo 2 del Protocolo adicional núm. 1 del Convenio, en relación con el artículo 9 del Convenio de Roma

Doctrina: La presencia del crucifijo puede fácilmente ser interpretada por alumnos de todas las edades como un signo religioso, y se sentirán educados en un entorno escolar marcado por una religión concreta. Lo que puede ser estimulante para algunos alumnos religiosos, puede ser emocionalmente perturbador para los alumnos de otras religiones o para aquellos que no profesan ninguna. Este riesgo está particularmente presente en los alumnos pertenecientes a las minorías religiosas. La libertad negativa no se limita a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa. Se extiende a las prácticas y los símbolos que expresan, en particular o en general, una creencia, una religión o el ateísmo. Este derecho negativo merece una protección especial si es el Estado el que expresa una creencia, y si se coloca a la persona en una situación que no puede evitar o que puede evitar solamente mediante un esfuerzo y un sacrificio desproporcionados.

La exposición obligatoria de un símbolo de una confesión concreta en el ejercicio de la función pública respecto a situaciones específicas sujetas al control gubernamental, en particular en las aulas, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones y el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer. El Tribunal considera que esta medida vulnera estos derechos toda vez que las restricciones son incompatibles con el deber del Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el ámbito de la educación

Supuesto de hecho

Se resuelve la demanda de una ciudadana italiana contra la República de Italia por la injerencia estatal, en la que alega que resulta incompatible con la libertad de convicción y de religión, así como con el derecho a una educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, la exposición de la cruz en las aulas del instituto público al que asistían sus hijos.

En el instituto público Vittorino Da Feltre, en Abano Terme, todas las aulas tenían un crucifijo, lo que la demandante considera contrario al principio de secularidad según el cual quería educar a sus hijos. Invocó esta cuestión en el curso de una reunión organizada el 22 de abril de 2002 por el instituto y señaló que, en opinión del Tribunal de Casación (Sentencia núm. 4273 de 1 de marzo de 2000), la presencia de un crucifijo en

las aulas electorales preparadas para las elecciones políticas se había juzgado ya contraria al principio de secularidad del Estado. El 27 de mayo de 2002, la dirección del instituto decidió mantener los crucifijos en las aulas.

Después del correspondiente peregrinaje por las instancias procesales competentes, el Consejo de Estado, por Sentencia de 13 de febrero de 2006, desestimó el recurso, por cuanto la cruz se había convertido en uno de los valores laicos de la Constitución italiana y representaba los valores de la vida civil.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal sintetiza su doctrina respecto de la interpretación del artículo 2 del Protocolo núm. 1, en el ejercicio de las funciones que el Estado asume en el ámbito de la educación y la enseñanza, del siguiente modo:

– El respeto de las convicciones de los padres debe ser posible en el marco de una educación capaz de asegurar un ámbito escolar abierto y que favorezca la inclusión en lugar de la exclusión, independientemente del origen social de los alumnos, las creencias religiosas o el origen étnico. La escuela no debería ser el escenario de actividades misioneras o prédica; debería ser un lugar de encuentro de distintas religiones y convicciones filosóficas, donde los alumnos pueden adquirir conocimientos sobre sus respectivos pensamientos y tradiciones.

– El Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite que no se ha de sobrepasar.

– El respeto de las convicciones religiosas de los padres y de las creencias de los hijos implica el derecho a creer en una religión o a no creer en ninguna. Tanto la libertad de creer como la libertad de no creer (libertad negativa) están protegidas por el artículo 9 del Convenio.

– El deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier facultad de apreciación por parte de este en cuanto a la legitimidad de las convicciones religiosas o sus modalidades de expresión. En el contexto de la enseñanza, la neutralidad debería garantizar el pluralismo.

Al aplicar la doctrina citada al presente caso, el Tribunal señala que: "(...) debe examinar la cuestión de si el Estado

demandado, cuando impone la exposición del crucifijo en las aulas, vela en el ejercicio de sus funciones de educación y enseñanza por que se difundan los conocimientos de forma objetiva, crítica y pluralista y respeta las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, de conformidad con el artículo 2 del Protocolo núm. 1.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sintetiza la opinión del Gobierno italiano que “justifica la obligación (o el hecho) de exponer el crucifijo haciendo referencia al mensaje moral positivo de la fe cristiana, que trasciende los valores constitucionales laicos, el papel de la religión en la historia italiana y su arraigo en la tradición del país. Atribuye al crucifijo un significado neutro y laico en referencia a la historia y la tradición italianas, íntimamente vinculadas al cristianismo. El Gobierno sostiene que el crucifijo es un símbolo religioso pero que puede igualmente representar otros valores.”

El Tribunal considera sin embargo que:

“(…) la presencia del crucifijo en las aulas va más allá del uso de símbolos en contextos históricos específicos. Asimismo, ha estimado que el carácter tradicional de un texto, en el sentido social e histórico, utilizado por los parlamentarios para prestar juramento no privaba al juramento de su naturaleza religiosa (Sentencia Buscarini y otros contra San Marino).

“(…) La presencia del crucifijo puede fácilmente ser interpretada por alumnos de todas las edades como un signo religioso y se sentirán educados en un entorno escolar marcado por una religión concreta. Lo que puede ser estimulante para algunos alumnos religiosos, puede ser emocionalmente perturbador para los alumnos de otras religiones

o para aquellos que no profesan ninguna. Este riesgo está particularmente presente en los alumnos pertenecientes a las minorías religiosas. La libertad negativa no se limita a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa. Se extiende a las prácticas y los símbolos que expresan, en particular o en general, una creencia, una religión o el ateísmo. Este derecho negativo merece una protección especial si es el Estado el que expresa una creencia y si se coloca a la persona en una situación que no puede evitar o que puede evitar solamente mediante un esfuerzo y un sacrificio desproporcionados.

“La exhibición de uno o varios símbolos religiosos no puede justificarse ni por la demanda de otros padres que quieren una educación religiosa conforme a sus convicciones ni, como sostiene el Gobierno, por la necesidad de un compromiso necesario con los partidos políticos de inspiración cristiana. (...)”

El Tribunal estima que “la exposición obligatoria de un símbolo de una confesión concreta en el ejercicio de la función pública respecto a situaciones específicas sujetas al control gubernamental, en particular en las aulas, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones y el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer”. El Tribunal considera que “esta medida vulnera estos derechos toda vez que las restricciones son incompatibles con el deber del Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el ámbito de la educación.”

En consecuencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que ha habido violación al artículo 2 del Protocolo núm. 1 conjuntamente con el artículo 9 del Convenio.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vulnera el artículo 14 del Convenio de Roma, que prohíbe la discriminación, que no reconociera los efectos de un matrimonio gitano en materia de pensión, en un contexto en el que el Estado español, emitió un Libro de Familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años

Órgano: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Tercera. Caso Muñoz Díaz contra España

Fecha: Sentencia de 8 de diciembre de 2009

Disposiciones analizadas: Artículo 14 del Convenio de Roma

Doctrina: Vulnera el artículo 14 del Convenio de Roma, que prohíbe la discriminación, que no reconociera los efectos de un matrimonio gitano en materia de pensión, en un contexto en el que el Estado español, emitió un Libro de Familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años

Supuesto de hecho

Se resuelve la demanda de una ciudadana española contra el Reino de España, por la denegación de la pensión de viudedad por el hecho de ser una mujer casada por el rito gitano, al que no se le reconocen efectos civiles.

La demandante y el señor D., ambos pertenecientes a la comunidad gitana, se casaron en noviembre de 1971 según los usos propios de su comunidad. El matrimonio fue celebrado conforme a las costumbres y tradiciones culturales gitanas, y reconocido por su comunidad.

La demandante tuvo seis hijos, inscritos en el libro de familia entregado a la pareja en el Registro Civil el 11 de agosto de 1983. El 14 de octubre de 1986, la demandante y su familia vieron reconocida su situación de familia numerosa de primera categoría.

El 24 de diciembre de 2000, el esposo de la demandante falleció. Albañil de profesión, en el momento de su fallecimiento trabajaba y había cotizado a la Seguridad Social durante diecinueve años, tres meses y ocho días, y tenía a su esposa (como tal) y a sus seis hijos a su cargo.

La demandante solicitó una prestación por viudedad que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) le denegó, por no ser (la demandante) o haber sido cónyuge del fallecido con anterioridad a la fecha del fallecimiento.

La demandante recurrió ante la jurisdicción laboral, y mediante sentencia del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid, se le acordó el derecho a percibir una pensión de viudedad de 903,29 euros mensuales, siendo reconocidos, de este modo, los efectos civiles de su matrimonio gitano. El INSS interpuso recurso de suplicación y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la resolución recurrida.

La demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que denegó el amparo solicitado con un voto particular disidente.

El 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de 2007, relativa a ciertas medidas de Seguridad Social, se concedió a la demandante una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho de M. D.

Fundamentos de Derecho

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos enjuicia la violación del artículo 14 del Convenio, en el marco de los principios siguientes:

“(…) la discriminación consiste en tratar de manera diferente, excepto justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones similares. La ‘falta de justificación objetiva y razonable’ implica que la distinción litigiosa no persigue un ‘objetivo legítimo’ o que no hay ‘relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido’.

“(…) Los Estados contratantes gozan de cierto margen de valoración para determinar si las diferencias entre situaciones en otros aspectos análogos justifican distinciones de trato y en qué medida. La amplitud de este margen varía según las circunstancias, el ámbito y el contexto. Así, por ejemplo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar a ciertos grupos de manera diferente para corregir las ‘desigualdades fácticas’ entre ellos; de hecho, en algunas circunstancias, es precisamente la ausencia de tratamiento diferenciado para corregir una desigualdad la que puede, sin justificación objetiva y razonable, dar lugar a una violación de la disposición en cuestión.

“Del mismo modo, habitualmente se deja al Estado un amplio margen de apreciación para adoptar medidas de orden general en materia económica y social (…).

“(…) en lo relativo a la carga de prueba en el ámbito del artículo 14 del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572), el Tribunal ya ha considerado que, cuando un demandante ha probado la

existencia de una diferencia de trato, corresponde al Gobierno demostrar que esta diferencia estaba justificada.”

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para resolver la cuestión son especialmente importantes las siguientes consideraciones:

a) Para la demandante, asimilar su relación con M. D. a una simple unión de hecho en cuanto a la concesión de la pensión de viudedad, constituye una discriminación que vulnera el artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo núm. 1, y basa su pretensión, por un lado, en su convicción de que su unión, celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos, era válida, y, por otro lado, en la conducta de las autoridades, que le reconocieron oficialmente la calidad de esposa de M. D. y, en consecuencia, según ella, admitieron la validez de su matrimonio.

b) Debe ponderarse si el hecho de haber denegado a la demandante el derecho a percibir una pensión de viudedad refleja un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana, en relación a la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, estando, los interesados, convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio aun no siendo este legalmente válido. De hecho va a ser especialmente determinante para el fallo la comparación de la resolución dada al caso en España y la forma en que la legislación y la jurisprudencia españolas han tratado situaciones en las que los interesados estaban convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio, aun no siendo este legalmente válido.

El Tribunal afirma que:

“(…) aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar estas Leyes. (…)

“En este caso, la convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado, indudablemente fue reforzada por la actitud de las autoridades, que le reconocieron la calidad de esposa de M. D., concretamente, con la entrega de varios documentos de la Seguridad Social, por ejemplo el documento de inscripción en el sistema, estableciendo su calidad de esposa y madre de familia numerosa, situación considerada como especialmente digna de ayuda y que exigía, en aplicación de la Ley núm. 25/1971, el reconocimiento de la calidad de cónyuge.”

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca que “(…) la denegación del reconocimiento de la calidad de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de esta calidad por las autoridades. Esta negativa, además, no tuvo en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe. A este respecto, el Tribunal recuerda que, conforme al Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales, los Estados parte de dicha Convención están obligados a tener en cuenta, debidamente, las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales.”

El Tribunal considera “(...) que el no reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, (tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo, o la situación examinada en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 199/2004, de 15 noviembre 2004 que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico). El Tribunal considera probado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionada con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe.”

A la luz de todo lo precedente y teniendo en cuenta las circunstancias específicas del presente asunto, el Tribunal considera “(...) desproporcionado que el Estado español, que emitió un Libro de Familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera hoy reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.”

En consecuencia, el Tribunal concluye que ha habido, en este caso, violación del artículo 14 del Convenio de Roma en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, desestima la demanda en cuanto a que la ausencia de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano conlleva una discriminación prohibida por el artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 12.

El razonamiento es como sigue:

“(...) El Tribunal observa que el matrimonio civil en España vigente desde 1981 está abierto a todos, y considera que su reglamentación no comporta discriminación por razón de religión u otra. La misma fórmula ante un Alcalde, un Juez u otro funcionario designado al efecto se aplica a todos del mismo modo. No se requiere ninguna exigencia de declaración de religión o creencias, o de pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico u otro.

“Es cierto que algunas formas religiosas de consentimiento matrimonial están admitidas en la legislación española, pero estas formas religiosas (católica, protestante, musulmana, israelita) están reconocidas en virtud de acuerdos anteriores de estas confesiones con el Estado y producen, por tanto, los mismos efectos que el matrimonio civil, mientras que otras formas (religiosas o tradicionales) no están reconocidas. Sin embargo, el Tribunal constata que se trata de una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa, no aplicable en el caso de la comunidad gitana. Además, esta diferencia no impide o prohíbe el matrimonio civil, abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a esta comunidad, y responde a motivos que el legislador debe tener en cuenta y que dependen, como subraya el Gobierno, de su margen de apreciación.”

Por tanto, el Tribunal considera que el hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles, en el sentido deseado por la demandante, no constituye una discriminación ilegal considerando el artículo 14.

De acuerdo con el artículo 41 del Convenio (“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que: “(...) sin pensar en la cuantía concreta de la prestación que la demandante habría obtenido si no hubiera tenido lugar la violación constatada del artículo 14, el Tribunal debe tener en cuenta el hecho de que ha sufrido un daño moral y material real. Resolviendo en equidad, en virtud del artículo 41 del Convenio, y teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares del asunto, le concede 70.000 EUR, en concepto de indemnización por todos los daños y perjuicios causados, en su conjunto.”

Opinión disidente del juez Myjer

Su opinión se fundamenta entre otras razones en las siguientes:

“(...) no entra en las competencias del Tribunal crear derechos no previstos en el Convenio, por mucho que sean tan útiles o deseables. Si el Tribunal interpretara así el Convenio, perdería toda su credibilidad como jurisdicción a los ojos de los Estados Contratantes, comprometiendo de este modo el sistema único de protección de derechos humanos a nivel internacional del que ha sido pieza fundamental hasta ahora.

“(...) me desmarco de la mayoría en que considero que no ha habido violación del artículo 14 en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1. (...)”

“En mi opinión, sería más lógico hacer el paralelismo con el asunto *Goudswaard-van der Lans* contra Países Bajos [(déc), núm. 75255/01, CEDH 2005-XI], que afirma que:

“(...) si el Convenio y sus Protocolos obliga a las Partes Contratantes a respetar las elecciones individuales en cuanto al estilo de vida, en la medida en que no autoriza explícitamente restricciones, no les impone la obligación positiva de mantener las elecciones individuales de estilo de vida desde los fondos que le son confiados en su calidad de contables de los fondos públicos.

“La situación en este caso se diferencia de la de una pareja no casada que tiene hijos y funda una familia. El Tribunal reconoce, desde hace tiempo, que los hijos nacidos fuera del matrimonio no podrán ser tratados de manera diferente –ni en la esfera patrimonial ni en otras cuestiones relativas a la familia– a los hijos de parejas casadas [principio enunciado en la Sentencia *Marckx* contra Bélgica, de 13 junio 1979, serie A núm. 31; comparar también, entre otras, con *Kroon* y otros contra Países Bajos (TEDH 1994, 37), de 27 octubre 1994, ap. 30, serie A núm. 297-C]. En mi opinión, este principio tiene como corolario que, si las autoridades españolas hubieran rechazado reconocer a la demandante la calidad de madre de familia numerosa así

como concederle los subsidios correspondientes, o inscribir a los hijos en el libro de familia, sin duda se les habría declarado culpables de discriminación de la demandante y su familia. Sin embargo, como se subraya en la Sentencia Marckx (ap. 67), este razonamiento no podría ser invertido:

“También se infringe el artículo 12 en tanto que la legislación no otorga a los padres ‘naturales’ los mismos derechos que a los esposos. Los demandantes interpretan esto como una exigencia de que todas las consecuencias jurídicas ligadas al matrimonio sean equivalentes en situaciones comparables en ciertos aspectos a éste. El Tribunal no puede suscribir tal opinión; considera con la Comisión que se trata de un problema derivado del marco del artículo 12.

“Podemos preguntarnos si la demandante podía, razonablemente, no ser consciente de la precaria situación jurídica de su matrimonio gitano. No estoy convencido de que la actitud de las autoridades españolas haya podido llevar, legítimamente, a la demandante a suponer que su matrimonio era válido con respecto a la legislación española. Puedo creer que ignoraba absolutamente el contexto jurídico cuando se casó, a los 15 años, según el rito gitano. Sin embargo, considero abusivo hacer responsable de su ignorancia al Estado demandado. Y todavía consideraría mayor abuso reprochar a

las autoridades españolas una falta, en razón de la igualdad de trato dado a la demandante y su familia en relación con las familias fundadas sobre la institución del matrimonio.

“(…)”

“A este respecto, dudo que exista una base fáctica o legal con respecto a lo que se afirma en el apartado 57: ¿realmente se puede decir que ‘no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano’? No sabemos nada de la obediencia religiosa de la demandante, si es que la tenía. Asimismo, el Convenio (y concretamente su artículo 9, que garantiza la libertad religiosa) no estaba todavía vigente en España en 1971. En cualquier caso, se trata de un *obiter dictum* muy audaz.

“Señalo, con satisfacción, que el 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de 2007, sobre medidas relativas a la Seguridad Social, se concedió a la demandante una prestación de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho de M. D. (apartado 21 de la Sentencia). De este modo, se encontró una solución adecuada en el nivel apropiado, es decir, a nivel nacional.”

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Si las disposiciones nacionales referentes a los plazos para interponer recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no pudieran interpretarse de conformidad con la Directiva 89/665, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicarlas, con objeto de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que este concede a los particulares

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Tercera. Cuestión prejudicial. Asunto C-406/08. Caso Comisión Europea contra Uniplex (UK) Ltd

Fecha: Sentencia de 28 de enero de 2010

Disposiciones analizadas: Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50

Doctrina: El 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 modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, exige que el plazo para interponer un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas normas comience a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción.

— El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, se opone a que un precepto nacional, permita a un tribunal nacional inadmitir por caducidad un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas normas, en virtud de la aplicación del criterio, valorado de forma discrecional, de que tales recursos deben interponerse sin demora.

— La Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, impone al órgano jurisdiccional nacional la obligación de, haciendo uso de sus facultades discrecionales, prorrogar el plazo para interponer recurso de forma que se garantice al demandante un plazo equivalente a aquel de que habría dispuesto si el plazo previsto por la normativa nacional aplicable hubiera comenzado a correr a partir de la fecha en que tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos. Si las disposiciones nacionales referentes a los plazos para interponer recurso no pudieran interpretarse de conformidad con la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicarlas, con objeto de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que este concede a los particulares

Supuesto de hecho

La cuestión de prejudicialidad se plantea en un litigio entre Uniplex (UK) Ltd (en lo sucesivo, “Uniplex”) y el NHS Business Services Authority (en lo sucesivo, “NHS”), en relación con la conclusión de un acuerdo marco.

Uniplex, sociedad mercantil domiciliada en el Reino Unido, es la distribuidora exclusiva en dicho Estado miembro de hemostáticos fabricados por Gelita Medical BV, sociedad domiciliada en los Países Bajos.

El NHS forma parte del *National Health Service*, un servicio de sanidad pública del Reino Unido, dependiente del Estado y explotado por este. El NHS es una entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 2004/18.

El conflicto se planteará respecto de la resolución del procedimiento restringido de licitación, impulsado por NHS, para la celebración de un acuerdo marco para el suministro de hemostáticos.

Tras el cruce de una serie de requerimientos, el 12 de marzo de 2008 Uniplex interpuso un recurso ante la *High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division*, con objeto de que se declarase que el NHS había vulnerado las normas aplicables en materia de contratación pública y de obtener el resarcimiento correspondiente.

La *High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division*, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) A la luz de los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665 y del principio jurídico comunitario de equivalencia, de la exigencia legal comunitaria de tutela judicial efectiva o del principio de efectividad, y habida cuenta de cualesquiera otros principios pertinentes del Derecho comunitario, (...) ¿el plazo para ejercitar la acción por la que se impugnen la licitación y la adjudicación comienza a correr bien a partir de la fecha en que el licitador haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de que en el procedimiento de contratación pública y en la adjudicación se ha vulnerado la normativa comunitaria en materia de contratación pública, bien a partir de la fecha del incumplimiento de las disposiciones aplicables en materia de contratación pública?

“2) En cualquier caso, ¿cómo debe aplicar entonces un tribunal nacional el requisito de que la acción se ejercite sin demora y la facultad discrecional de ampliación del plazo de caducidad nacional para el ejercicio de la acción?”

Fundamentos de Derecho

Sobre la primera cuestión

Mediante su primera cuestión, se pide que el TJUE dilucide, en esencia, si el artículo 1 de la Directiva 89/665 exige que el plazo para interponer un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos, o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de dichas normas, comienza a correr

a partir de la fecha de infracción de las mismas o a partir de la fecha en que el demandante conoció o debiera haber conocido tal infracción.

La Directiva 89/665 tiene por objeto garantizar la existencia de recursos eficaces en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales de adaptación a dicho Derecho, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. La citada Directiva no contiene, sin embargo, disposición alguna que se refiera específicamente a los requisitos en materia de plazos en relación con los recursos que pretende establecer. Corresponde, pues, al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro definir dichos requisitos.

El TJUE concluirá que los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuviera o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. La fundamentación es como sigue:

– Señala que: “(...) el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase la sentencia *Universale-Bau* y otros).”

– Razona que: “El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato. De ello resulta que el objetivo de garantizar la existencia de recursos eficaces contra la infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos, señalado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones [véase, en este sentido, la sentencia *Universale-Bau* (TJCE 2002, 369), apartado 78].”

– Confirma la conclusión por el hecho de que: “(...) el artículo 41, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/18, vigente en el momento de los hechos del litigio principal, exige a las entidades adjudicadoras que informen a los candidatos y licitadores excluidos de las razones de la resolución que les afecta. Tales preceptos están en consonancia con un régimen de plazos de caducidad en virtud del cual éstos comienzan a correr a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos.”

– Esta misma conclusión se ve reforzada también por “(...) las modificaciones introducidas en la Directiva

89/665 por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, si bien el plazo de adaptación del Derecho interno a esta Directiva concluyó después de producirse los hechos del litigio principal. En efecto, el artículo 2 *quater* de la Directiva 89/665, introducido por la Directiva 2007/66, establece que la decisión de la entidad adjudicadora se comunicará a cada licitador o candidato, acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes, y que los plazos para interponer recurso sólo expiran tras un cierto número de días posteriores a esta comunicación.”

Por lo tanto, el TJUE responde a la primera cuestión en el sentido de que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 exige que el plazo para interponer un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos, o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas normas, comience a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción.

Sobre la segunda cuestión

La segunda cuestión consta de dos partes.

– La primera se refiere a la interpretación de la Directiva 89/665 en relación con la exigencia, impuesta por la normativa nacional, de que el recurso debe interponerse sin demora.

– La segunda, de mayor interés para cualquier operador jurídico comunitario, tiene por objeto los efectos que se derivan de esta Directiva respecto a la facultad discrecional reconocida a los tribunales nacionales para prorrogar los plazos del recurso.

Sobre la primera parte de la segunda cuestión

El TJUE, una vez reiterada su doctrina sobre la interpretación del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, que impone a los estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible, concluirá “que es contrario a la Directiva un precepto nacional, como el controvertido en el litigio principal, que permita a un tribunal nacional inadmitir por caducidad un recurso” destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas normas, “(...) en virtud de la aplicación del criterio, valorado de forma discrecional, de que tales recursos deben interponerse sin demora.”

Entre los argumentos utilizados destaca el relativo a que “(...) el objetivo de celeridad perseguido por la Directiva 89/665 no permite a los Estados miembros prescindir

del principio de efectividad, de acuerdo con el cual las normas de aplicación de los plazos de caducidad nacionales no deben hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos de los interesados al amparo del Derecho comunitario, principio que subyace al objetivo de eficacia del recurso, expresado en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva.” Argumento que se refuerza con el criterio del abogado general, cuando señala en sus conclusiones que “(...) no puede preverse el tiempo disponible de un plazo de caducidad cuya duración se deja a la libre discreción del tribunal competente. Por ello, un precepto nacional que establece tal plazo no garantiza la adaptación efectiva del Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva 89/665.”

Sobre la segunda parte de la segunda cuestión

En la segunda parte de la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, qué efectos se derivan de la Directiva 89/665 respecto a la facultad discrecional reconocida al Tribunal nacional para prorrogar los plazos del recurso.

El TJUE señala que “(...) Con el fin de satisfacer las exigencias contenidas en la respuesta a la primera cuestión, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto debe, en la mayor medida posible, interpretar las disposiciones nacionales sobre el plazo para interponer recurso de forma que se garantice que este plazo sólo empieza a correr a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción de las normas aplicables a la adjudicación del contrato público en cuestión.”

Añade que en el caso de que las disposiciones nacionales de que se trata no permitieran tal interpretación: “(...) ese órgano jurisdiccional deberá, haciendo uso de sus facultades discrecionales, prorrogar el plazo para interponer recurso de manera que se garantice al demandante un plazo equivalente a aquel de que habría dispuesto si el plazo establecido por la normativa nacional hubiera empezado a correr a partir de la fecha en que tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos.”

Para establecer finalmente una última consideración: “(...) Si las disposiciones nacionales referentes a los plazos para interponer recurso no pudieran interpretarse de conformidad con la Directiva 89/665, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicarlas, con objeto de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que éste concede a los particulares [véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Santex (TJCE 2003, 50), apartado 64, y Lämmerzahl (TJCE 2007, 266), apartado 63].”

El TJUE declara los tres extremos que hemos reproducido como doctrina en el apartado correspondiente a la ficha de esta sentencia.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Vulnera el principio de equivalencia la regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción del Derecho de la Unión por una Ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia (Recurso de incumplimiento), solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente (Tribunal Constitucional español)

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Gran Sala. Cuestión prejudicial. Asunto C-118/08. Caso Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L. contra Administración del Estado española

Fecha: Sentencia de 26 de enero de 2010

Disposiciones analizadas: Principio de equivalencia

Doctrina: Vulnera el principio de equivalencia la regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción del Derecho de la Unión por una Ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia (Recurso de incumplimiento), solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente (Tribunal Constitucional español)

Supuesto de hecho

Mediante sentencia de 6 de octubre de 2005, Comisión/España, el Tribunal de Justicia declaró que la limitación del carácter deducible del IVA establecida por la Ley 37/1992 era incompatible con los artículos 17, apartados 2 y 5, y 19 de la Sexta Directiva.

Transportes Urbanos, compañía mercantil que había presentado autoliquidaciones por los ejercicios 1999 y 2000 con arreglo a la Ley 37/1992, no ejerció su derecho a solicitar la rectificación de dichas liquidaciones, en virtud de la Ley general tributaria 58/2003. Tal derecho había prescrito en la fecha en la que el Tribunal de Justicia dictó la sentencia Comisión/España antes citada.

En consecuencia, Transportes Urbanos interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado ante el Consejo de Ministros. En dicha reclamación, sostenía que había sufrido un perjuicio valorado en 1.228.366,39 euros, debido a la infracción de la Sexta Directiva cometida por el legislador español, constatada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/España. Dicho importe corresponde a los pagos del IVA indebidamente percibidos por la Administración tributaria española durante los mencionados ejercicios y a las devoluciones a las que podría haber tenido derecho en relación con los mismos ejercicios.

Mediante Resolución de 12 de enero de 2007, el Consejo de Ministros desestimó la reclamación de Transportes Urbanos, al considerar que la omisión por parte de esta de solicitar la rectificación de las mencionadas autoliquidaciones en el plazo previsto a tal efecto había roto la relación de causalidad directa entre la infracción del Derecho de la Unión reprochada al Estado español y el daño supuestamente sufrido por dicha sociedad.

Esta resolución desestimatoria del Consejo de Ministros se basó, en particular, en dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 (en lo sucesivo, “jurisprudencia controvertida”), según las cuales las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión están sometidas a una regla de agotamiento previo de las vías de recurso, administrativas y judiciales, contra el acto administrativo lesivo adoptado en ejecución de una Ley nacional contraria a dicho Derecho.

El 6 de junio de 2007, Transportes Urbanos interpuso un recurso contra dicha resolución desestimatoria del Consejo de Ministros ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

“¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina hecha por el Tribunal Supremo del Reino de España en [la jurisprudencia controvertida] a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una Ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho [de la Unión]?”.

Fundamentos de Derecho

Mediante su cuestión, el Tribunal remitente desea saber, en esencia, si el Derecho de la Unión se opone a una regla de un Estado miembro en virtud de la cual las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado basadas en una infracción de dicho Derecho por una Ley nacional están sometidas al requisito del agotamiento previo de las vías de recurso contra el acto administrativo lesivo, mientras que dichas reclamaciones no están sujetas a tal requisito cuando se basan en una infracción de la Constitución por esta misma Ley.

Observaciones previas

Para responder a la cuestión, el TJUE recuerda su propia doctrina:

– El principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables, es inherente al sistema de los tratados en los que esta se funda. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado: “(...) que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos: que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares.”

– Desde el momento en que se reúnen estos tres requisitos, “incumbe al Estado” de acuerdo con los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho comunitario, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, “(...) reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad).”

Sobre el principio de equivalencia

El principio de equivalencia, se explica por el TJUE, de manera sintetizada: “(...), dicho principio exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno”. Lo cual, proyectado sobre el caso concreto, exige determinar si pueden considerarse similares: “(...) la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por Transportes Urbanos, basada en la infracción (de una Ley española) del Derecho de la Unión, y la que dicha sociedad habría podido interponer basándose en una posible infracción de la Constitución (de esa misma Ley española).”

El TJUE advierte que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el hecho de que una Ley vulnere el Derecho de la Unión o la Constitución española, “(...) tienen exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado.”

La primera cuestión clave para aplicar el principio de equivalencia es el hecho destacado por el TJUE siguiente: “(...) Si Transportes Urbanos hubiera podido fundamentar su reclamación de responsabilidad patrimonial en una sentencia del Tribunal Constitucional que declarara la nulidad de la misma Ley por infringir la Constitución, esta reclamación habría sido estimada, con independencia de que

dicha sociedad no hubiera solicitado la rectificación de dichas autoliquidaciones antes de que expiraran los plazos para hacerlo.”

Se desprende por ello, como indica el Tribunal, “(...) que, en el contexto particular que ha dado origen al litigio principal tal como se describe en el auto de remisión, la única diferencia existente entre las dos reclamaciones mencionadas (...) consiste en que las infracciones jurídicas en las que se basan han sido declaradas, en un caso, por el Tribunal de Justicia mediante una sentencia dictada con arreglo al artículo 226 CE y, en otro, por una sentencia del Tribunal Constitucional.”

A ello hay que añadir que, según el TJUE, las dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 (denominadas “jurisprudencia controvertida” por el TJUE), que fundamentaron la resolución desestimatoria del Consejo de Ministros, permiten considerar similares la reclamación de responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad de una Ley declarada por el Tribunal Constitucional y la que se fundamenta en la incompatibilidad de la Ley por infracción del Derecho de la Unión declarada por el TJUE.

De ello deduce el TJUE que: “(...) el principio de equivalencia se opone a la aplicación de una regla como la controvertida en el litigio principal.”

De lo anterior resulta que el TJUE responde a la cuestión planteada del siguiente modo:

“El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una Ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente (sentencia del Tribunal Constitucional).”

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37 debe interpretarse en el sentido de que cuando un contrato se adjudica por el procedimiento negociado con publicidad y el número de candidatos adecuados no alcance el límite mínimo fijado para el procedimiento de que se trata, que no puede ser inferior a tres, la entidad adjudicadora puede, no obstante, continuar con la tramitación del procedimiento, invitando al candidato o candidatos seleccionados a negociar las condiciones del contrato

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Cuarta. Cuestión prejudicial. Asunto C-138/08. Caso Hochtief AG y otros contra Közbesszerzési Tanácsa Közbesszerzési Döntőbizottság

Fecha: Sentencia de 15 de octubre de 2009

Disposiciones analizadas: Artículo 22, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/37

Doctrina:

1º) La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no es aplicable a una decisión adoptada por una entidad adjudicadora, con motivo de la adjudicación de un contrato público de obras, antes de la expiración del plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a dicha Directiva.

2º) El artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, debe interpretarse en el sentido de que cuando un contrato se adjudica por el procedimiento negociado y el número de candidatos adecuados no alcanza el límite mínimo fijado para el procedimiento de que se trata, la entidad adjudicadora puede, no obstante, continuar con la tramitación del procedimiento, invitando al candidato o candidatos adecuados a negociar las condiciones del contrato.

3º) La Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52, debe interpretarse en el sentido de que se cumple la obligación de velar por que la competencia real quede garantizada cuando la entidad adjudicadora utilice el procedimiento negociado en las condiciones recogidas en el artículo 7, apartado 2, de dicha Directiva

Supuesto de hecho

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 22 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, así como la relación jurídica transitoria entre esta Directiva y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Dicha petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Hochtief AG y Linde-Kca-Dresden GmbH, por un lado, y la Közbesszerzési Tanácsa Közbesszerzési Döntőbizottság (Comisión arbitral del Consejo de contratos públicos; en lo sucesivo, "KTKD"), por otro, en relación con un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público con publicación de un anuncio de licitación.

El litigio principal versa sobre un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público de obras por un importe superior al umbral comunitario.

El 5 de febrero de 2005, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea una convocatoria del Budapest Főváros Önkormányzata para la manifestación de interés en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido en el litigio principal. Se fijaron en tres y cinco los límites para la admisión de candidatos a la licitación.

A la expiración del plazo para la presentación de candidaturas, habían manifestado su interés cinco candidatos, entre los que se encontraba el consorcio formado por las recurrentes del litigio principal. Tras analizar las candidaturas presentadas, el Budapest Főváros Önkormányzata decidió no admitir la candidatura de dicho consorcio por "incompatibilidad" y continuar el procedimiento con los dos candidatos que había considerado "adecuados", dirigiéndoles una invitación a licitar.

Las recurrentes del litigio principal presentaron una reclamación ante la KTKD contra la decisión del Budapest Főváros Önkormányzata, alegando, en particular, que, conforme al artículo 130 de la Kbt, cuando el número de candidatos adecuados no alcance el mínimo previsto, debe declararse desierto el procedimiento. La KTKD desestimó la reclamación.

Posteriormente, las recurrentes del litigio principal interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la decisión de la KTKD invocando fundamentalmente el artículo 22, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/37. Tras desestimar dicho recurso en primera instancia, las recurrentes del litigio principal interpusieron recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente.

En este contexto, el Fővárosi Ítéletábla decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

"1) ¿Es aplicable el régimen contenido en el artículo 44, apartado 3, de la Directiva 2004/18 [...], que sustituyó al artículo 22 de la Directiva 93/37 [...], si el inicio del procedimiento de contratación se produjo en un momento en el que la Directiva 2004/18 [...] ya había entrado en vigor, pero aún no había expirado el plazo de adaptación a dicha Directiva conferido a los estados miembros, de forma que esta no había sido incorporada al Derecho interno?

"2) (...)

"3) Si se responde negativamente a la primera cuestión, ¿el requisito de que 'haya un número suficiente de candidatos adecuados' conforme al artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37 [...] debe interpretarse en el sentido de que, si no se alcanza el número mínimo (tres) de candidatos adecuados invitados a participar, no puede continuar

la tramitación del procedimiento con la invitación para presentar ofertas?

“4) Si el Tribunal de Justicia responde negativamente a la tercera cuestión, [...] ¿el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva [93/37], situado entre las normas relativas a los procedimientos restringidos, conforme al cual ‘en cualquier caso, el número de candidatos admitidos a licitar deberá ser suficiente para garantizar una competencia real’, se aplica a los procedimientos negociados de dos fases que se regulan en el apartado 3?”

Fundamentos de Derecho

Sobre la primera y segunda cuestión

El resultado del razonamiento del TJUE es que “(...) no es aplicable (el régimen contenido en el artículo 44, apartado 3, de la Directiva 2004) a una decisión adoptada por una entidad adjudicadora, con motivo de la adjudicación de un contrato público de obras, antes de la expiración del plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a dicha Directiva.”

Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, el TJUE afirma que no procede responder a la segunda.

Sobre la tercera cuestión

Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si el artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37 debe interpretarse en el sentido de que no puede continuarse la tramitación de un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público, si no concurre el número suficiente de candidatos para que se alcance el límite mínimo de tres candidatos establecido en dicha disposición.

A este respecto, el TJUE recuerda que la Directiva 93/37 incluye, entre sus disposiciones, normas sobre el desarrollo del procedimiento y “(...) por lo que se refiere al desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras, el artículo 18 de la Directiva 93/37 prevé al menos dos fases diferentes: por un lado, la eventual exclusión de licitadores o candidatos conforme al artículo 24 de dicha Directiva, así como la verificación de la aptitud de los licitadores o candidatos no excluidos con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica contemplados en los artículos 26 a 29 de dicha Directiva y establecidos para el procedimiento de que se trate; por otro lado, la adjudicación del contrato sobre la base de los criterios establecidos para dicho procedimiento de entre los previstos en el título IV, capítulo 3, de la misma Directiva, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 19 de ésta.”

El TJUE establece:

“(...) Con arreglo al artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37, cuando se adjudique un contrato por el procedimiento negociado, el número de candidatos admitidos a negociar no podrá ser menor de tres, siempre que haya un número suficiente de candidatos adecuados.

“(...) debe considerarse que constituye un ‘candidato adecuado’, en el sentido del artículo 22, apartado 3, de la

Directiva 93/37, un contratista que haya solicitado una invitación a participar en el procedimiento de que se trate y que, de entre los que reúnan las cualificaciones requeridas por los artículos 24 a 29 de dicha Directiva, cumpla los requisitos de carácter económico y técnico fijados para tal procedimiento.

“(...) conforme al artículo 22, apartado 1, de la Directiva 93/37, en los procedimientos negociados, las entidades adjudicadoras, basándose en datos sobre la situación personal del empresario, así como en los datos y formalidades necesarios para la evaluación de las condiciones de carácter económico y técnico que éste debe reunir, seleccionan a los candidatos a los que invitarán a negociar entre aquellos que reúnan las cualificaciones exigidas en los artículos 24 a 29.”

Se deriva de lo anterior que el artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37 debe interpretarse en el sentido de “(...) cuando un contrato se adjudica por el procedimiento negociado y el número de candidatos adecuados no alcanza el límite mínimo fijado para el procedimiento de que se trata, que no puede ser inferior a tres, la entidad adjudicadora puede, no obstante, continuar con la tramitación del procedimiento invitando al candidato o candidatos seleccionados a negociar las condiciones del contrato.”

Sobre la cuarta cuestión

Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo (que se refiere exclusivamente a los contratos adjudicados mediante procedimiento restringido), de la Directiva 93/37, es aplicable al procedimiento negociado de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Para el TJUE “(...) si bien el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 93/37 dispone que, cuando las entidades adjudicadoras adjudiquen un contrato por el procedimiento restringido, el número de candidatos admitidos a licitar deberá ser, en cualquier caso, suficiente para garantizar una competencia real, dicha disposición no hace sino mencionar expresamente uno de los objetivos generales de dicha Directiva.”

Por ello, “(...) aun cuando la Directiva 93/37 no contenga una disposición análoga a la prevista en su artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, por lo que respecta a los procedimientos negociados, la entidad adjudicadora que utiliza estos procedimientos en los casos contemplados por el artículo 7, apartado 2, de dicha Directiva debe, no obstante, velar por que la competencia real quede garantizada.”

El TJUE concluye que: “(...) si en dicho procedimiento el número de candidatos adecuados no alcanza el límite mínimo fijado para el procedimiento en cuestión, que, con arreglo a la Directiva 93/37, no puede ser inferior a tres, habrá de reconocerse que, siempre que se hayan establecido y aplicado correctamente los requisitos económicos y técnicos apropiados para dicho procedimiento, la entidad adjudicadora ha garantizado la competencia real.”

El TJUE declara los tres extremos que hemos reproducido como doctrina en el apartado correspondiente a la ficha de esta sentencia.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No constituye vulneración del artículo 86.1 TCE la adjudicación directa de un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Tercera. Cuestión prejudicial. Asunto C-196/08. Caso Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATOP Idrico Ragusa y otros

Fecha: Sentencia de 15 de octubre de 2009

Doctrina: No constituye vulneración del artículo 86.1 TCE la adjudicación directa de un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones

Supuesto de hecho

La *Provincia Regionale di Ragusa* y ciertos ayuntamientos de la zona celebraron un convenio de cooperación para la constitución del *Ambito Territoriale Ottimale idrico di Ragusa* (Ámbito Territorial Óptimo de aguas de Ragusa; en lo sucesivo, "ATO"), autoridad local responsable del servicio integrado de aguas de Ragusa. La *Conferenza*, órgano directivo del ATO, eligió como fórmula de gestión del mencionado servicio la sociedad de economía mixta de capital público mayoritario.

La *Conferenza* publicó, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 8 de octubre de 2005 y en otros medios de comunicación, un anuncio de licitación para seleccionar como accionista privado minoritario a una empresa, a la que se encomendaría la explotación del servicio integrado de aguas y la ejecución de las obras conexas a la gestión en exclusiva.

Entre las empresas que participaron en el procedimiento de licitación solo Acoset mantuvo el interés en participar en la sociedad de economía mixta.

La *Conferenza*, en vez de darse por informada de la adjudicación y proceder a constituir la sociedad mixta de gestión para poner en marcha la explotación del servicio y recibir financiación comunitaria, decidió iniciar gestiones para anular el procedimiento de selección de Acoset, temiendo que fuera contrario al Derecho comunitario. Finalmente anuló el

procedimiento de licitación, y adoptó el consorcio como fórmula de gestión de servicio integrado de aguas de Ragusa.

Una vez se notificó a Acoset la anulación del procedimiento de licitación, esta entabló los recursos legalmente pertinentes contra la anulación, por entender que resulta compatible con el Derecho comunitario la adjudicación directa de la gestión de servicios públicos locales a sociedades de economía mixta en las que se elija al socio privado a través de procedimientos de licitación pública que respeten las normas comunitarias en materia de competencia.

Las partes demandadas consideran, en cambio, que el Derecho comunitario solo permite la adjudicación directa y sin licitación de obras y servicios a las sociedades de capital enteramente público, que realicen lo esencial de su actividad con el ente o los entes públicos que las controlan y sobre las cuales dichos entes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. A su juicio, la participación, incluso minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que también participe la entidad adjudicadora de que se trate, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la sociedad en cuestión un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

El *Tribunale amministrativo regionale della Sicilia*, que conoce del asunto, estima pertinente la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la adjudicación directa del contrato de que se trata, que fue planteada por Acoset, y considera que la respuesta a esta cuestión no puede deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Por consiguiente, decidió suspender el procedimiento relativo a la solicitud de suspensión de la ejecución formulada en el asunto principal y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Es compatible con el Derecho comunitario, en particular con las obligaciones de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 del Tratado, un modelo de sociedad de economía mixta, creada únicamente para la prestación de un servicio público de naturaleza industrial y con objeto social exclusivo, que sea adjudicataria directa del servicio de que se trata y en la que el socio privado, de carácter 'industrial' y 'operativo', sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación tanto de los requisitos financieros y técnicos como de los requisitos propiamente

operativos y de gestión relativos al servicio que debe proporcionarse y a las prestaciones específicas que han de ejecutarse?”

Fundamentos de Derecho

El TJUE se plantea con carácter preliminar que la adjudicación de un servicio público local de gestión integrada de aguas, como el que se examina en el litigio principal, “(...) podría considerarse incluida, según las características específicas de la contrapartida de dicho servicio, en la definición de los ‘contratos públicos de servicios’ o en la de la ‘concesión de servicios’, (...) La cuestión de si una operación debe calificarse o no de ‘concesión de servicios’ o de ‘contrato público de servicios’ ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (...) La diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio (...) En un ‘contrato público de servicios’ (...), la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio (...). Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate.”

Por otra parte, según indica el TJUE “(...) consta que la ejecución de las obras conexas a la gestión en exclusiva del servicio integrado de aguas del que se trata en el litigio principal tiene carácter accesorio respecto del objeto principal de la concesión en cuestión, que es la prestación de dicho servicio, por lo que dicha concesión no puede calificarse de ‘concesión de obras públicas’.”

El Tribunal de Justicia, por todo ello, parte del supuesto de que se trata de una concesión de servicios y recuerda que:

“Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas 2004/18 y 2004/17, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.”

El TJUE concluye que:

“Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado exigiendo a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

“En la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del

servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario.

“En tal situación, si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se examina en el litigio principal– a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado.

“Es necesario precisar que una sociedad de capital mixto, público y privado, como la que se contempla en el litigio principal, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación.”

En virtud de todo lo expuesto, el TJUE declara que:

“Los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal– a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones.”

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Derechos fundamentales (inviolabilidad del domicilio)

Audiencia Nacional. Constituye una actuación administrativa irregular, que vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el registro realizado a una asociación privada que se extendió a datos que nada tenían que ver con el sector al que venían referidos los hechos constitutivos de la infracción imputada y para cuya investigación se dieron las autorizaciones de entrada y registro

Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Recurso contencioso-administrativo núm. 3/2008 (procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales)

Fecha: Sentencia de 30 de septiembre de 2009

Ponente: Excmo. Sra. Concepción Mónica Montero Elena.

Voto particular que formula el Excmo. Magistrado Sr. Don José María Riego Valledor

Demandante: Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética

Demandado: Administración del Estado (Comisión Nacional de la Competencia)

Doctrina: El registro realizado a una asociación privada se extendió a datos que nada tenían que ver con el sector al que venían referidos los hechos constitutivos de la infracción imputada y para cuya investigación se dieron las autorizaciones de entrada y registro. Por tanto, el registro, en cuanto afectó a ámbitos no relacionados con los hechos investigados, no se encontraba amparado por las autorizaciones de entrada y registro y, por ello, constituye una actuación administrativa irregular que vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Los hechos investigados se encuentran en el fundamento mismo de la justificación de la autorización de la entrada y registro en domicilio, que supone una limitación de un derecho fundamental y que, por ello, tiene un carácter excepcional y fundado en razones con entidad suficiente para justificar tal limitación.

Precisamente la gravedad de los hechos funda el examen de la proporcionalidad al que se refiere el Tribunal Constitucional, que efectivamente se realiza por las resoluciones que autorizaron la entrada y registro en nuestro caso, lo que implica que los hechos investigados se elevan como elemento primordial en la legalidad de una entrada y registro, de suerte que la justifican, y que por ello toda la actuación de registro e incautación de elementos que posteriormente podrán constituir prueba, vienen referidos a los hechos investigados

El 18 de junio de 2008, el director de Investigación de la CNC acordó autorizar la entrada y registro en las instalaciones de la recurrente con las facultades previstas en el artículo 40.2 de la Ley 15/2007, a fin de recabar datos sobre la posible comisión de una infracción prevista en el artículo 1 de la LDC, para investigar un supuesto acuerdo de intercambio de información y fijación, de forma directa o indirecta, de precios y de condiciones comerciales o de servicio, aplicadas por las principales empresas fabricantes de productos de peluquería profesional, en todo el territorio nacional.

Como consecuencia del Acuerdo del director de Investigación de la CNC procedió el 19 de junio de 2008, al registro de la sede de la entidad en Madrid ya que, por persona debidamente apoderada, se prestó el consentimiento para la entrada a fin de ejecutar la orden de registro acordada por el director de Investigación de la CNC. También en virtud del Acuerdo citado se procedió a la inspección en la sede de Barcelona, pero en este caso, con autorización dada por el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona por Auto de 16 de junio de 2008: "(...) al objeto de practicar las diligencias de ejecución forzosa consistentes en: (...) proceder a la verificación de la existencia de un intercambio de información y fijación, de forma directa o indirecta, de precios y de condiciones comerciales o de servicios, aplicadas por las principales empresas fabricantes de productos de peluquería profesional, en todo el territorio nacional."

La actora afirma que el registro no se limitó a obtener datos sobre el sector de productos de la peluquería profesional, sino que se amplió a otros sectores de actividad que eran el Comité de Estética, el Comité de Selectividad, y, en menor medida, pero también, el Comité de Gran Consumo y el Comité de Farmacia. Que la afirmación es cierta resulta del expediente administrativo en el que los inspectores recogen las referencias al material incautado.

La Audiencia estima parcialmente el recurso.

Supuesto de hecho

Se interpone recurso contencioso-administrativo promovido (procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales) por la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética y otros contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2008 y las actuaciones materiales de investigación llevadas a cabo el 19 de junio de 2008 en la sede de la Asociación.

Fundamentos de Derecho

La Sala señala que lo que interesa determinar es si el registro realizado sobre datos atinentes a otros sectores distintos de la peluquería profesional, se encontraba bajo la cobertura del Acuerdo del director de Investigación y la Resolución del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona, base jurídica para la realización del registro y que operan como límite al derecho fundamental contenido en el artículo 18.2 de la Constitución.

La Sala realiza una distinción de concepto: "(...) Una cosa son las facultades de los inspectores en un concreto registro y otra muy distinta es el ámbito material en el que esas facultades han de ejercerse". Las facultades en este caso se recogen en el artículo 40 de la Ley 15/2007: "(...) Ahora bien, estas facultades han de ser ejercidas en relación a un ámbito material que viene determinado por la conducta que es objeto de investigación, porque, precisamente, para encontrar datos que acrediten la conducta investigada es para lo que se da la orden de entrada y registro que consiente el interesado, o, en su defecto, autoriza el Juez. Quiere ello decir que todo registro viene circunscrito a unos concretos hechos, y respecto de los mismos se limita el derecho contenido en el artículo 18.2 de la Constitución. Y en este punto es donde radica el conflicto de autos, porque precisamente el registro se extendió mas allá de la conducta investigada, y por tanto más allá de la orden que autorizaba la entrada y registro en las sedes de la entidad actora."

Para acreditar la validez y legalidad de la anterior consideración, cita la doctrina del Tribunal Constitucional establecida por la STC 41/1998, en sus F.J. 33 y 34, y la STC 14/2001.

De la primera sentencia citada la Audiencia concluye como doctrina general: "1. Que los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados; 2. los documentos incautados no deben serlo en fraude de las garantías constitucionales, pues en tal caso la prueba obtenida en virtud de ellos es ilícita, y 3. la finalidad de la entrada y registro en domicilio viene referida a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de delito –en nuestro caso infracción administrativa–."

De la segunda sentencia del Tribunal Constitucional la Audiencia deduce que: "1. la autorización de entrada encierra un examen de proporcionalidad que considera la gravedad de los hechos investigados; 2. el registro tiene como finalidad buscar pruebas de tales hechos, y 3. la causa justificativa de la entrada y registro es la investigación del delito –en nuestro caso, infracción administrativa–."

De tal jurisprudencia constitucional se concluye según la Audiencia: "(...) que los hechos investigados se encuentran en el fundamento mismo de la justificación de la autorización de la entrada y registro en domicilio, que supone una limitación de un derecho fundamental y que, por ello, tiene un carácter excepcional y fundado en razones con entidad suficiente para justificar tal limitación. Precisamente la gravedad de los hechos funda el examen de la proporcionalidad al que se refiere el TC, que efectivamente se realiza por las resoluciones que autorizaron la entrada y registro en nuestro caso, lo que implica que los hechos investigados se elevan como elemento primordial en la legalidad de una entrada y registro, de suerte que la justifican, y que por ello toda la actuación de registro e incautación de elementos que posteriormente podrán constituir prueba, vienen referidos a los hechos investigados."

Esta doctrina que expone la Audiencia se ha elaborado por el Tribunal Constitucional en relación a actuaciones en el seno de un proceso penal, pero tales principios son, señala la Audiencia: "(...) igualmente trasladables a los expedientes administrativos sancionadores, (porque) la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio se articula frente a todos, y por ello, las formas y límites en que se permite que tal derecho ceda ante un interés superior, según la elaboración doctrinal declarada por el TC, es aplicable también al ámbito administrativo."

La Audiencia concluye que el registro, en cuanto afectó a ámbitos no relacionados con la peluquería profesional, no se encontraba amparado por las autorizaciones de entrada y registro y, por ello, constituye una actuación administrativa irregular vulneradora del derecho a la inviolabilidad del domicilio. La Administración, en el registro realizado el 19 de junio de 2008, violó el derecho reconocido a la entidad actora por el artículo 18.2 de la Constitución. Las consecuencias son:

"(...) declarar contraria a Derecho la actuación material del registro en cuanto afectó a datos no relacionados con el sector de la peluquería, no así respecto de los datos relativos a dicho sector, que es ajustada a Derecho. Por los mismos motivos hemos de anular la Resolución de la CNC de 3 de octubre de 2008 en cuanto confirma la legalidad del registro respecto de los datos ajenos al sector de peluquería, no así respecto de los datos referentes a ese sector."

La Audiencia estima parcialmente el recurso.

Voto particular del magistrado Don José María del Riego Valledor, que entiende que debió desestimarse el recurso. En lo fundamental su argumentación es como sigue:

"(...) Las facultades de investigación que el artículo 40.2 LDC reconoce al personal habilitado de la CNC, que son, entre otras,

"a) Acceder a cualquier local, incluyendo el domicilio particular de los empresarios.

"b) Verificar libros y documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material.

"c) Hacer u obtener copias, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.

"d) Retener hasta 10 días los libros y documentos mencionados en la letra b.

"e) Precintar todos los locales, libros, documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.

"Teniendo en cuenta las circunstancias antes citadas sobre las características de la documentación que se buscaba en la inspección, creo que el modo de proceder de los funcionarios fue el menos gravoso para la Asociación empresarial recurrente de entre las actuaciones que permite el artículo 40.2 LDC.

"En efecto, como se ha dicho los funcionarios de la CNC buscaron y copiaron determinados archivos digitales de los ordenadores de algunos empleados de la Asociación empresarial recurrente, de forma que al término de la inspección se llevaron las copias y quedaron en la Asociación los archivos

originales y un listado de los archivos copiados, con la advertencia de que una vez analizado por la Dirección de Investigación de la CNC el contenido de los documentos copiados, se procedería a la devolución de aquellos que no estuvieran relacionados con el objeto de la investigación.

“Tal posibilidad de actuación de copiado de documentación está expresamente prevista por la letra c) del artículo 40.2 LDC mencionado, y aunque es cierto que existen otras formas de proceder alternativas entre las autorizadas por el artículo 40.2 LDC, son más gravosas al conllevar la interrupción de la actividad empresarial por un tiempo superior al que exige el copiado de los archivos informáticos. En particular, si como parece apuntar la sentencia de la

que discrepo, los inspectores de la CNC debieron únicamente llevarse los documentos relacionados con el sector de la peluquería profesional, el examen en los locales de la asociación empresarial recurrente, siquiera somero y superficial, del ingente volumen de documentación que puede almacenar un ordenador, habría exigido a los funcionarios de la CNC el precinto de los locales y ordenadores de la asociación empresarial durante el tiempo necesario para esa comprobación ‘in situ’ (facultad reconocida por la letra e del artículo 40.2 LDC) o bien, retener hasta 10 días los libros y documentos, así como sus soportes informáticos (facultad reconocida por la letra d del artículo 40.2 LDC).”

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La entrada en el domicilio para realizar una inspección *inaudita parte*, conforme a la jurisprudencia constitucional, viene justificada atendiendo al principio de proporcionalidad, por la necesidad de acceder a la documentación empresarial interna (agendas, correos electrónicos y otros documentos internos) que pudiera resultar ocultada o destruida en el supuesto de dar audiencia a la mercantil

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de apelación núm. 418/2008

Fecha: Sentencia de 10 de diciembre de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García Pons

Partes: Administración General del Estado (Comisión Nacional de la Competencia)

Disposiciones analizadas: Artículo 18.2 CE

Doctrina: La autorización judicial de entrada en domicilio, en una interpretación extensiva del concepto jurisprudencialmente delimitada, para la ejecución de un acto administrativo requiere, en síntesis: 1. Que exista una necesidad justificada. 2. Que el acto administrativo dictado en un expediente administrativo lo sea por autoridad competente, sin que *prima facie* se aprecien vicios manifiestos de nulidad. 3. Que la ejecución produzca el mínimo de incidencias al afectado.

La entrada en el domicilio para realizar una inspección *inaudita parte*, conforme a la jurisprudencia constitucional, viene justificada atendiendo al principio de proporcionalidad, por la necesidad de acceder a la documentación empresarial interna (agendas, correos electrónicos y otros documentos internos) que pudiera resultar ocultada o destruida en el supuesto de dar audiencia a la mercantil

Los hechos acreditados en las actuaciones son:

1. En fecha 11 de octubre de 2007, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia recibió escrito pormenorizado de denuncia contra varias empresas, entre las que se encuentra C (...) S.A., por un supuesto acuerdo de reparto del mercado de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios, y por ejercer presión sobre sus proveedores para que no trabajasen con determinadas empresas competidoras. Los residuos sanitarios y biosanitarios son los que se producen en hospitales, clínicas y centros médicos. Las empresas de gestión de residuos son las que realizan la recogida, transporte, almacenamiento y eliminación de estos residuos.

Según los denunciantes, en la actualidad, las principales empresas de gestión de residuos sanitarios son C (...) S.A. y CO (...), teniendo cada una de ellas, aproximadamente, un 40% del mercado español. Se denuncia un reparto del mercado español de gestión de residuos sanitarios entre las empresas líderes del mercado. Los denunciantes indican que, hasta hace algunos años, C (...) S.A. y CO (...), que anteriormente competían presentando ofertas, cada una de ellas, en los concursos de todas las comunidades autónomas, llegaron a un acuerdo de reparto del mercado.

En virtud de dicho acuerdo, cada una de ellas licita en determinadas comunidades autónomas concretas en las que no licita la otra, o lo hace por lotes no pretendidos por la otra o, incluso, concurren juntas a los concursos formando una Unión Temporal de Empresas. Además, se denuncia que C (...) S.A. y CO (...) han ejercido supuestamente presión sobre ciertos proveedores con el objetivo de impedir que lo sean también de la empresa de los denunciantes, mutilando de esta forma su capacidad efectiva de competir.

Supuesto de hecho

El Auto de fecha 31 de enero de 2008, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona, denegó la solicitud de la Comisión Nacional de la Competencia de autorización judicial urgente para la entrada, el día 7 de febrero de 2008, en los locales de la empresa CESP A Gestión de Residuos, S.A.

2. En fecha 30 de enero de 2008, sin constar en el expediente administrativo trámite alguno desde la fecha de la denuncia, el director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia acordó la inspección del domicilio social de la mercantil C (...) S.A., el día 7 de febrero de 2008.

3. En fecha 31 de enero de 2008 la Abogacía del Estado, actuando en nombre y representación de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, presentó solicitud de autorización de entrada en el domicilio social de la mercantil C (...) S.A., que fue denegada por el Auto de dicha fecha, 31 de enero de 2008.

4. La Administración recurrente razona en su escrito de recurso la conformidad a Derecho de lo solicitado, para terminar solicitando la estimación del recurso de apelación.

El TSJ de Cataluña estima el recurso de apelación interpuesto por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia contra el Auto de 31-01-2008, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona, sobre autorización de entrada en el domicilio social de la mercantil C (...) S.A.

Fundamentos de Derecho

El TSJ señala que "(...) La autorización judicial de entrada en domicilio, en una interpretación extensiva del concepto jurisprudencialmente delimitada, para la ejecución de un acto administrativo requiere, en síntesis:

"1. Que exista una necesidad justificada.

"2. Que el acto administrativo dictado en un expediente administrativo lo sea por autoridad competente, sin que *prima facie* se aprecien vicios manifiestos de nulidad.

"3. Que la ejecución produzca el mínimo de incidencias al afectado."

Al referirse a la doctrina jurisprudencial sobre la materia establece:

– "(...) Como razona la STC 139/2004, 'En relación con los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio, (...) este Tribunal ha señalado que al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse'. Conviene advertir que esta doctrina, (...) resulta igualmente aplicable a los Jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquéllas en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública (art. 8.5 LJCA), pues, en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos Jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto."

– "(...) Como ha señalado este Tribunal (SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3), en estos supuestos la intervención judicial no tiene

como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio."

En síntesis el juez debe comprobar, "(...) el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto [SSTC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.a; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 171/1997, de 14 de octubre, FJ 3; 69/1999, de 26 de abril; 136/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 136), FFJJ 3 y 4]."

El Tribunal Constitucional ha señalado también que "han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7)."

El TSJ establece que: "La inspección *inaudita parte*, conforme a la jurisprudencia constitucional (STC, 174/1993; y AATC 190/1990 y 85/1992), viene justificada (...), atendiendo al principio de proporcionalidad, por la necesidad de acceder a la documentación empresarial interna (agendas, correos electrónicos y otros documentos internos) que pudiera resultar ocultada o destruida en el supuesto de dar audiencia a la mercantil, pruebas que en todo caso no integran la documentación aportada a las Administraciones licitadoras, a fin de poder obtener material probatorio adicional del complejo acuerdo denunciado."

En conclusión, el TSJ procede a estimar el recurso de apelación formulado y anular el Auto apelado, declarando el derecho de la Administración recurrente a que por el Juzgado de Instancia se autorice la entrada en el domicilio social de la mercantil CESPAS, S.A., de forma que la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 CE, que las estrictamente necesarias.

2. Potestad normativa. Ordenanzas locales

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Es ajustado a Derecho el precepto de una ordenanza municipal que exige al titular de una licencia un seguro de responsabilidad civil, con una duración que comprenda tanto el período de ejecución de las obras como el de garantía de las mismas, que cubrirá los posibles daños a personas o cosas que pudieran producirse con ocasión de la ejecución de la obra objeto de licencia. La validez se sustenta en el hecho que el artículo 84 de la de la LBRL otorga potestad reglamentaria a las corporaciones locales y no existe reserva de Ley, no se limitan derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas, ni se infringe el principio de jerarquía normativa

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª. Recurso contencioso-administrativo núm. 1235/2006

Fecha: Sentencia núm. 2114/2009 de 12 de noviembre

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Demandante: La Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid

Demandado: Ayuntamiento de Madrid

Disposiciones analizadas: Los apartados a) y b) del artículo 25 apartado 2º y el artículo 84 de la LBRL

Doctrina: Es ajustado a Derecho el precepto de una ordenanza municipal que exige al titular de una licencia un seguro de responsabilidad civil, con una duración que comprenda tanto el período de ejecución de las obras como el de garantía de las mismas, que cubrirá los posibles daños a personas o cosas que pudieran producirse con ocasión de la ejecución de la obra objeto de licencia. La validez se sustenta en el hecho que el artículo 84 de la LBRL otorga potestad reglamentaria a las corporaciones locales y no existe reserva de Ley, no se limitan derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas, ni se infringe el principio de jerarquía normativa

Supuesto de hecho

La Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza de diseño y gestión de obras en la vía pública del Ayuntamiento de Madrid, aprobada por el Pleno de la Corporación, de fecha 31 de mayo de 2006.

Se impugnan los artículos 26 y 27 de la Ordenanza de diseño y gestión de obras en la vía pública del Ayuntamiento de Madrid, que establecen:

“Artículo 26. Seguro de Responsabilidad Civil

“El titular de una licencia (o la empresa que ejecuta las obras objeto de ésta) deberá justificar que dispone de un seguro de responsabilidad civil, con una duración que comprenda tanto el período de ejecución de las obras como el de garantía de las mismas, que cubrirá los posibles daños a personas o cosas que pudieran producirse con ocasión de la ejecución de la obra objeto de licencia (...)

“Artículo 27. Fianza y Acción sustitutoria

“El titular de una licencia deberá depositar en la Tesorería Municipal aval o su equivalente metálico, por un importe

igual al coste de reposición de la vía o espacio público municipal a su estado original, incluyendo la vegetación (arbolado, zona verde, etc.), para responder de las obligaciones derivadas de la ejecución de las obras correspondientes, en lo que se refiere al cumplimiento de las prescripciones contenidas en la presente ordenanza y a las condiciones y plazo de ejecución establecidos en la licencia. (...)”

El TSJ de Madrid desestima el recurso.

Fundamentos de Derecho

Respecto del artículo 26 de la Ordenanza

El TSJ recuerda “(...) la existencia de sentencias que anulan preceptos de Ordenanzas Municipales relativos a la exigencia de constitución de un seguro obligatorio en materia de telefonía móvil, por estimar que la exigencia o garantía es ajena a la finalidad de la Ordenanza”. Así, en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006, dictada en el recuso de casación 5277/2004, y en sentencias de 23 de mayo de 2006 y de 11 de octubre de 2006.

El TSJ afirma que “(...) Dicha doctrina, sin embargo, parte de la premisa de la inexistencia de responsabilidad municipal en estos casos.”

Para el supuesto examinado en esta sentencia, el TSJ establece que: “(...) no puede dudarse que en este caso las corporaciones locales actúan dentro de las competencias en materia de protección de dominio público local y la competencia que los apartados a) y b) del artículo 25 apartado 2º de la LBRL, que otorga a los municipios competencia en materia de seguridad en lugares públicos, títulos estos por lo que es frecuente la exigencia de responsabilidad patrimonial a dichas administraciones públicas.”

El TSJ concluye que cuando la actividad que realicen las persona autorizadas pueda generar responsabilidad patrimonial para la Administración municipal “(...) resulta justificado que la administración establezca mecanismos para asegurar la responsabilidad de los contratistas o de aquellos que, como ocurre en el caso presente, realizan obras en los espacios públicos municipales.”

El TSJ afirma que:

– “Dentro de la tipología de los reglamentos, la doctrina y la jurisprudencia, en nuestra patria, reconoce los reglamentos independientes.”

– “El concepto de reglamento independiente y su engarce con la ley, ha sido una de las cuestiones –y sigue siéndolo– latentes, necesitada de clarificación. A veces, se adoptó una posición decidida para expresar el reconocimiento de dichos reglamentos, por la existencia de una laguna legal: Expresarse así, era tanto como verter un concepto impreciso, por lo que tal postura debía ser superada.”

– “Las Sentencias del Tribunal Supremo como las de 4 de febrero de 1982, 18 de marzo de 1985, 19 de junio de 1985, 29 de octubre de 1986 y 12 de noviembre de 1986, se adscribieron a la corriente doctrinal que señalaba la irrelevancia de la falta de habilitación legal en los reglamentos independientes (...) Admitido el reglamento independiente, la cuestión que enseguida aparece es la de en qué supuestos es admisible válidamente tal reglamento.”

– “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo así la sentencia de 28 de enero de 1997 afirma que ‘(...) Los reglamentos independientes, (...) regulan materias no comprendidas en el ámbito de la reserva de ley de ahí que la doctrina científica más cualificada enseñe que los reglamentos independientes tienen como límites los derivados de su propia naturaleza; por ello, este tipo de reglamentos no pueden modificar ni derogar el contenido de una ley, ni el contenido de otros reglamentos de mayor jerarquía. Ni tampoco los reglamentos independientes pueden limitar derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas’.”

Para concluir que el artículo 26 no vulnera el ordenamiento jurídico, sostiene que, en materia de suscripción obligatoria de seguros en actividades, las corporaciones locales actúan dentro de las competencias en materia de protección de dominio público local y de garantía de la seguridad en lugares públicos y “(...) Por tanto y en la medida que no existe reserva de Ley en esta materia no se limitan derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas y el artículo 84 de la de la LBRL, reguladora de las Bases del Régimen Lo-

cal, otorga potestad reglamentaria a las Corporaciones Locales, no infringiéndose el principio de jerarquía normativa no existe motivo para anular dicho precepto, ni siquiera en lo referido a la exigencia de que el seguro se contrate sin franquicia, pues los artículos que cita el recurrente hacen referencia a la libertad de pactos entre asegurador y asegurado, pero no afecta a las obligaciones que pueden establecer en el ejercicio de sus competencias las administraciones públicas, prueba de ello es que en los supuestos en los que la Ley exige para el ejercicio de determinadas actividades la cobertura de un seguro obligatorio, las mismas excluyen la existencia de dichas franquicias.”

Por ello debe desestimarse el recurso contencioso-administrativo respecto al citado artículo 26.

Respecto del artículo 27 de la Ordenanza

El artículo 27 de la Ordenanza de diseño y gestión de obras en la vía pública del Ayuntamiento de Madrid establece la obligación de “depositar en la Tesorería Municipal aval o su equivalente metálico, por un importe igual al coste de reposición de la vía o espacio público municipal a su estado original, incluyendo la vegetación (arbolado, zona verde, etc.), para responder de las obligaciones derivadas de la ejecución de las obras correspondientes, en lo que se refiere al cumplimiento de las prescripciones contenidas en la presente ordenanza y a las condiciones y plazo de ejecución establecidos en la licencia.”

El TSJ afirma que: “(...) recurrente no indica por qué dicho precepto resulta contrario a derecho, debiendo señalarse que el supuesto se encuadra en el ejercicio de las acciones en defensa de los bienes de dominio público. En el caso presente la fianza trata de garantizar la reposición de los bienes a su estado original siendo garantía de la indemnidad del patrimonio público municipal.”

El recurso contencioso-administrativo es desestimado.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La regla o título de imputación de una infracción para que afecte al garante (en este caso padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras de menores de edad que han cometido infracciones administrativas), derivada del artículo 130 LRJPAC, está sujeta a la reserva de norma con rango de ley, de manera que se ha de estar al régimen legal vigente, que sigue sin autorizar, por vía de ordenanza municipal, una imputación genérica a aquellos

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª. Recurso contencioso-administrativo núm. 330/2006

Fecha: Sentencia núm. 1156/2009 de 23 de noviembre

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín José Ortiz Blasco

Demandante: Associació en defensa dels drets de les dones en situació d'exclusió i marginació social (GENERA), Secretariat d'entitats de Sants, Hostafrancs i la Bordeta, Associació de veïns Clot-Camp de l'Arpa, y Grup Igia Abordaje y Prevención de las Drogodependencias

Demandado: Ayuntamiento de Barcelona

Disposiciones analizadas: 130, 139 y 140 LRJPAC

Doctrina: La Ordenanza impugnada (de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona), no infringe la reserva formal y material de ley orgánica a los efectos de poder restringir derechos fundamentales, ya que en la misma no se afronta una regulación de desarrollo directo y esencial de algunos derechos fundamentales, sino solo de aspectos accesorios de los mismos, y ello en cuanto inciden en materias de competencia municipal.

La regla o título de imputación, que afecte al garante (en este caso padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras de menores de edad que han cometido infracciones administrativas), derivada del artículo 130.3.2 LRJPAC, está sujeta a la reserva de norma con rango de ley, de manera que solo se responde por la acción u omisión de un tercero, en el ámbito sancionador administrativo, en los términos del precepto, “cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”. Los artículos 139 a 141 LBRL no incluyen la posibilidad de modificar las reglas o títulos de imputación, como materia distinta a la configuración de tipos y sanciones. Así pues, debe estarse en cuanto a la responsabilidad de los garantes, al régimen legal derivado del artículo 130.3.2 de la Ley 30/92, que sigue sin autorizar, por vía de ordenanza municipal, una imputación genérica a aquellos.

Una ordenanza solo puede prever como medida correctora que sustituya a la sanción pecuniaria a un menor, los trabajos en beneficio de la comunidad, siempre que conste el consentimiento del menor, y se motive adecuadamente por qué se aplica la medida y el plazo de duración de la misma.

El régimen legal vigente no castiga penalmente el impago de multas administrativas, y el impago en la forma establecida en la Ordenanza no puede considerarse delito de resistencia o desobediencia a la autoridad

Supuesto de hecho

El recurso contencioso-administrativo impugna la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona (OC), aprobada definitivamente por el Consejo Plenario del Ayuntamiento de Barcelona en sesión celebrada el 23 de diciembre de 2005 (Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 24 de enero de 2006).

El TSJ de Cataluña estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

Fundamentos de Derecho

El TSJ aborda primero el marco constitucional y legal en el que debe ejercer la potestad normativa local en materia de infracciones y sanciones y la legislación especial aplicable al municipio de Barcelona.

Entre los diferentes aspectos que aborda la sentencia destacaremos los que nos parecen más relevantes:

a) La presunta vulneración de la Ordenanza del principio de legalidad en materia sancionadora, proclamado en el artículo 25.1 de la Constitución

La parte actora sostiene que los artículos 139 y 140 LBRL, no brindan la cobertura legal necesaria para la tipificación de infracciones mediante ordenanzas locales o, dicho de otro modo, que los criterios de antijuridicidad que establecen esos preceptos no satisfacen la reserva de ley exigida en la Constitución, de modo que seguirá siendo necesario que la ley sectorial, estatal o autonómica, consigne los criterios mínimos de antijuridicidad. En su opinión, la LBRL por su carácter básico señala unos criterios necesariamente amplios que deben completarse.

El TSJ no acepta este razonamiento y establece que:

“De una parte, (...) la LBRL fija los aspectos nucleares de la antijuridicidad que deben respetar los reglamentos locales en la determinación de infracciones, a saber, la convivencia y el uso de servicios, bienes y espacios públicos de interés local como bienes jurídicos protegidos, y que el ataque a tales

bienes debe producirse por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones; y a ello se atiene la Ordenanza impugnada (con independencia ahora del examen pormenorizado de cada uno de los artículos impugnados).

“Por otro lado, la redacción del artículo 140 LBRL tiene la suficiente concreción, tanto en lo que se refiere a la perturbación de la convivencia como a la obstrucción o impedimento de un servicio o de un espacio público, o al deterioro de equipamientos, instalaciones o elementos de un servicio o de un espacio público. Baste su lectura para corroborar esta apreciación.

“Y, en tercer lugar, no debe olvidarse que la ordenación de las relaciones de convivencia de interés local tienen una naturaleza transversal, que abarca multitud de supuestos y que da lugar a una regulación muy compleja para determinar cuáles son las conductas que perturban, menoscaban o inciden en la convivencia ciudadana, que puede ser muy diferentes en los distintos municipios.”

b) La exigencia a los organizadores de actos celebrados en los espacios públicos de que depositen una fianza o suscriban una póliza de seguro para responder de los daños y perjuicios que puedan causarse

La legalidad de este precepto desde la perspectiva del derecho fundamental de reunión, el TSJ la examinó en una sentencia anterior, de 26 de marzo de 2009, en la que se dijo “respecto del apartado primero, en el cual se impone la prestación de una fianza o contratación de una póliza de seguro por los organizadores de actos públicos, como garantía de los daños que éstos puedan producir, no se refiere al ejercicio del derecho fundamental de reunión ni manifestación, ya que permite el ejercicio de los mismos, sino que permite al Ayuntamiento de Barcelona que, cuando lo considere pertinente, acuerde la necesidad de afianzar o asegurar los menoscabos que se puedan producir” y “(...) en todo caso, podrán ser objeto de impugnación los actos concretos en los que se considere que se producen extralimitaciones en el ejercicio de esta potestad discrecional municipal.”

En consecuencia, y por las mismas razones entonces expresadas, procede desestimar la impugnación en cuanto se refiere a los citados artículos 4.3 y 14.1 de la Ordenanza.

c) Alegación relativa a la vulneración del principio de tipicidad por no haberse determinado las conductas previstas en diversos preceptos de la Ordenanza con el necesario grado de certeza, abusándose de la figura de los conceptos jurídicos indeterminados y aplicándose una analogía *in peius*

El TSJ, con cita de su sentencia de 26 de marzo de 2009, señala que: "(...) en el ejercicio de la potestad normativa sancionadora se permite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no convierten a la potestad sancionadora en discrecional, sino que ésta conserva su carácter reglado y se encuentra sujeta al pleno control jurisdiccional. Los límites de su empleo son la realización de la 'máxima precisión posible' y la posibilidad de concreción mediante 'criterios lógicos, técnicos o de experiencia' (SSTC 219/1989, de 21 de diciembre, 69/1989, de 20 de abril y 137/1997, de 21 de junio)."

Por ello en la Ordenanza impugnada "(...) no se aprecia la invocada vulneración del principio de tipicidad, habida cuenta que en los mismos se describen las conductas a que aquéllos se refieren con el suficiente grado de concreción, de modo que podrán ser individualizados en cada caso concreto mediante la aplicación de máximas de experiencia, o de criterios lógicos o técnicos, como es lo propio cuando se utiliza la figura de los conceptos jurídicos indeterminados. Como se ha expuesto, la utilización de estos conceptos no es incompatible con el respeto al principio de tipicidad. En todo caso, de producirse una aplicación desviada, ello podrá ser objeto de los recursos procedentes en cada supuesto concreto, sin que pueda presumirse, como hace la actora, que vaya necesariamente a tener lugar una interpretación y aplicación incoherente o ilógica de la norma cuestionada."

d) Alegación de la vulneración del principio de proporcionalidad por considerarse excesivas las sanciones impuestas por la comisión de determinadas infracciones, en alguno de los preceptos de la Ordenanza

El TSJ recuerda que: "(...) el ejercicio de la potestad reglamentaria es discrecional, ello como correlato a la finalidad organizativa *ad extra* que suponen las disposiciones generales de la Administración, respondiendo a la elección de una determinada finalidad de interés general."

Reproduce la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000 cuando argumenta que "una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta, pero aun así la motivación, por la que se hace explícita las razones de la ordenación, es garantía de

la propia legalidad, ya que, incluso, la razonabilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria."

En el caso concreto el motivo de la desestimación de la pretensión se fundamenta en que la parte actora se limita a manifestar su discrepancia con el importe de las sanciones que se prevén en la Ordenanza respecto de determinadas infracciones, sin aportar una mayor justificación, para entender acreditada la vulneración del principio de proporcionalidad que se invoca. Por ello el TSJ concluye que: "(...), no cabe sustituir la decisión de la Corporación demandada por el mero criterio subjetivo de los recurrentes."

e) La nulidad del artículo 17.2 de la Ordenanza, por vulneración del principio de culpabilidad, en cuanto se imputa la comisión de infracciones, definidas como comportamientos de menosprecio o discriminatorios, a todos los miembros de grupos que se encontraran en el lugar de los hechos aunque participaran pasivamente

El artículo 17.2 de la Ordenanza dispone que:

"Sin perjuicio de la legislación penal, tendrán la consideración de infracciones muy graves, que se sancionarán con multa de 1.500,01 a 3.000 euros, las conductas descritas en los apartados 2 y 3 del artículo precedente. Si dichas conductas fueran realizadas por grupos de personas, se imputará la comisión de la infracción a todos los miembros de estos grupos que se encontraran en el lugar de los hechos y participaran, activa o pasivamente, en la realización de las conductas antijurídicas previstas en el artículo anterior."

A su vez los apartados 1 a 3 del artículo 16 establecen que:

"Artículo 16. Normas de conducta

"1. Queda prohibida en el espacio público toda conducta de menosprecio a la dignidad de las personas, así como cualquier comportamiento discriminatorio, sea de contenido xenófobo, racista, sexista u homófobo, o de cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de hecho, por escrito o de palabra, mediante insultos, burlas, molestias intencionadas, coacción psíquica o física, agresiones u otras conductas vejatorias.

"2. Quedan especialmente prohibidas las conductas anteriormente descritas cuando tengan como objeto o se dirijan contra personas mayores, menores y personas con discapacidades.

"3. En concreto, se prohíben las actitudes de acoso entre menores en el espacio público. Serán especialmente perseguidas las conductas de agresión o asedio a menores realizadas por grupos de personas que actúen en el espacio urbano."

El TSJ reitera su doctrina de la sentencia de 26 de marzo de 2009, y concluye que:

"Respecto al artículo 17.2, en el mismo se regula el régimen de sanciones correspondientes a los 'Atentados contra la dignidad de las personas' (Capítulo Primero del Título I),

y en su segundo inciso se refiere a las conductas realizadas por ‘grupos de personas’, imputando la realización del comportamiento prohibido a aquellos que se encontrasen en el lugar de los hechos y participasen activa o pasivamente en alguno de los comportamientos antijurídicos discriminatorios y vejatorios descritos en el artículo 16.

“La inclusión del comportamiento discriminatorio pasivo colisiona con el principio de culpabilidad que rige en materia sancionadora, previsto en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al exigirse que el responsable de las infracciones administrativas sea autor.

“El comportamiento pasivo respecto de las conductas previstas en el artículo 16 no puede subsumirse en la noción de autor, como aquél que realiza la conducta prohibida por la norma, por sí mismo o utilizando a otros sujetos, sino que entraría en un título de responsabilidad de comisión por omisión que sin embargo carece de anclaje en una previa tipificación como comportamiento humano prohibido la omisión por el garante del específico deber de cuidado para evitar que se produzcan comportamientos discriminatorios.”

Por ello el TSJ afirma que se debe anular la expresión “pasivamente” contenida en el segundo inciso del artículo 17.2 de la Ordenanza.

f) La ilegalidad de la advertencia de que el ciudadano que no resida habitualmente en territorio español puede incurrir en responsabilidad penal, en el supuesto de que no se proceda al ingreso de la cantidad correspondiente a la multa por la infracción cometida penal

El artículo 83 de la Ordenanza, en lo que queremos destacar, establece:

“1. (...) 3. Cuando la persona infractora no acredite su residencia habitual en territorio español, el agente que formule la denuncia le ofrecerá la posibilidad de hacer inmediatamente efectiva la sanción, en los términos previstos en el apartado 1. Si la sanción no fuera satisfecha, el órgano competente, mediante acuerdo motivado, adoptará inmediatamente como medida cautelar el ingreso de una cantidad económica que represente el mínimo de la sanción económica prevista y, cuando la Ordenanza no fije el importe mínimo de la misma, el importe mínimo que se aplicará en estos casos será del setenta y cinco por ciento de su máximo. Esta medida provisional será notificada con carácter urgente a la dirección en la que aquella persona esté alojada en la ciudad o en la localidad correspondiente. En el supuesto de que no se proceda al ingreso de esta cantidad, se le advertirá, si procede, que podría incurrir en responsabilidad penal.

“4. En el caso de que las personas denunciadas no residentes en el término municipal de Barcelona sean extranjeras y no satisfagan la sanción en los términos descritos en el apartado anterior, una vez que haya finalizado el procedimiento mediante resolución, se comunicará a la embajada o consulado correspondiente y a la Delegación del Gobierno la infracción, la identidad de la persona infractora y la sanción que recaiga, a los efectos oportunos.

“5. (...)”

El TSJ afirma que en cuanto al alegato de que la Ordenanza puede inducir a los servidores públicos a incurrir en un delito de amenazas por el hecho de disponer el precepto que en el supuesto de que no se proceda al ingreso de la cantidad correspondiente a la multa por la infracción cometida se advertirá al ciudadano que no resida habitualmente en territorio español, si procede, que puede incurrir en responsabilidad penal, si bien: “(...) no parece que esa advertencia pueda ser considerada como amenaza alguna, sí resulta manifiesta su ilicitud toda vez que el régimen legal vigente no castiga penalmente el impago de multas administrativas, y no parece que el impago en la forma establecida en la Ordenanza pueda considerarse delito de resistencia o desobediencia a la autoridad (artículo 556 Código Penal).”

El TSJ afirma que: “no puede conceptuarse como amenaza alguna el hecho de que, cuando las personas denunciadas no residentes en el término municipal de Barcelona sean extranjeras y no satisfagan las sanciones, se dé cuenta, una vez finalizado el procedimiento mediante resolución, a la embajada o consulado correspondiente y a la Delegación del Gobierno de la infracción, la identidad de la persona infractora y la sanción que recaiga a los efectos oportunos, que pueden ser de muy variada índole de acuerdo con la infracción cometida (así, por ejemplo, a efectos del otorgamiento o no de la autorización de residencia).”

g) Alegación relativa a que determinados preceptos de la Ordenanza afectan o limitan libertades individuales sin la necesaria cobertura de una norma con rango de ley formal

Los actores invocan la falta de cobertura legal, en sus vertientes formal y material, para que la Ordenanza, en términos globales, pueda restringir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de acuerdo con la jurisprudencia recaída acerca del principio constitucional de reserva de ley y de conformidad con la reserva de ley orgánica.

El Tribunal razona la desestimación de la pretensión, tomando como punto de partida la jurisprudencia constitucional que delimita el alcance objetivo de las leyes orgánicas y la posibilidad de desarrollo reglamentario:

“Como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1991, de 13 mayo, (...) el art. 81.1 de la Constitución (...) (excluye de su ámbito objetivo) aquellas otras (normas) que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites [SSTC 160/1987, 161/1987, 57/1989 (...)] (y es) constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico remita al Reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas al mismo.”

Por el TSJ se afirma que “(...) más allá de su carácter reglamentario, una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias

de esos derechos fundamentales, y sobre todo los concernientes a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a las que se dirige, donde la esfera protectora del derecho fundamental no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales.

“(…) no puede compartirse la tesis alegada por la actora acerca de que la ordenanza impugnada infringe la reserva formal y material de ley orgánica a los efectos de poder restringir derechos fundamentales, ya que en la misma no se afronta una regulación de desarrollo directo y esencial de algunos derechos fundamentales, sino sólo de aspectos accesorios de los mismos, y ello en cuanto inciden en materias de competencia municipal.

“Cabe añadir a lo entonces expuesto que los preceptos a que se refiere este apartado regulan claramente supuestos incardinables dentro del concepto de relaciones de vecindad y convivencia en el ámbito municipal, o bien se refieren al uso de equipamientos, instalaciones y espacios públicos, de modo que aquéllos encuentran indudablemente cobertura en los artículos 139 y 140 de la LBRL.”

h) Alegación relativa a que la Ordenanza vulnera los criterios de antijuridicidad del artículo 140 de la LBRL. Más concretamente, se alega que esta última Ley solo admite que las ordenanzas municipales tipifiquen infracciones de resultado, en tanto que las disposiciones impugnadas reflejan conductas de mero riesgo que, por ello, carecen de la necesaria cobertura legal. También se sostiene que la Ordenanza protege no solo los bienes e instalaciones públicos, sino también los privados, para lo que carecería de la necesaria habilitación normativa

El TSJ recuerda que los criterios de antijuridicidad que deben ser observados por las entidades locales se encuentran recogidos específicamente en el artículo 139 de la LBRL, y no en el artículo 140, que contiene los criterios de clasificación de las infracciones a las ordenanzas locales. Asimismo señala que, en efecto, no cabe olvidar que el artículo 139 de la LBRL permite a las entidades locales tipificar infracciones y establecer sanciones “para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local”, en la línea de las tradicionales ordenanzas municipales de policía y buen gobierno.

El TSJ señala que “(…) las conductas tipificadas como infracción afectan de algún modo a las relaciones de convivencia en el ámbito local, o bien se refieren al uso de los servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos”, y “(…) los supuestos de hecho que contemplan los preceptos discutidos comportan sin duda una perturbación de la tranquilidad o del ejercicio de los derechos legítimos de otras personas o actividades, o bien en el uso de los servicios o espacios públicos, la cual podrá ser calificada de muy grave, grave o leve, en función de la intensidad de la referida perturbación.” El TSJ las considera incardinables en el artículo 139 LBRL.

A título de ejemplo referimos a algunas de las conductas tipificadas: la práctica de juegos en el espacio público con

instrumentos que pongan en peligro la integridad física de terceros o la integridad de bienes, servicios o instalaciones (artículo 31.2), el ofrecimiento de bienes y servicios a quienes se hallen en el interior de los vehículos, como la limpieza de parabrisas, así como, en general, las actividades que obstruyan el tráfico rodado mediante las conductas previstas en el artículo 35 o el ofrecimiento o aceptación de servicios sexuales retribuidos en el espacio público (artículo 39).

En cuanto a los preceptos de la Ordenanza que se refieren a los bienes privados, el TSJ señala que “(…) el artículo 139 de la LBRL permite a las Entidades locales tipificar infracciones y establecer sanciones ‘para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local’, en la línea de las tradicionales Ordenanzas municipales de Policía y Buen Gobierno” y que desde esta perspectiva “(…) no puede negarse la competencia de las Corporaciones locales para regular aquellas actividades realizadas en el espacio público que incidan negativamente respecto de otros usuarios del mismo, y ello no sólo respecto de las personas sino también de sus bienes. En consecuencia, lo relevante no es la titularidad pública o privada de dichos bienes, sino la conducta realizada en el espacio público que compromete ‘las relaciones de convivencia de interés local’, en los términos previstos en el artículo 139 de la LBRL. Igual ocurre con la realización de pintadas visibles desde el espacio público, aunque se realicen sobre las paredes de inmuebles privados (artículo 20 de la Ordenanza), puesto que el bien jurídico protegido no es en este caso la propiedad privada, sino el mantenimiento de los espacios públicos en las debidas condiciones de ornato.”

i) La legalidad de la tipificación como infracción del ejercicio de la mendicidad con menores o personas discapacitadas

El artículo 35.3 de la Ordenanza prohíbe la mendicidad ejercida por menores o aquella que se realice, directa o indirectamente, con menores o personas con discapacidades. Este precepto deja a salvo lo dispuesto en el artículo 232 del Código Penal y según el TSJ “(…) encuentra su amparo en el artículo 139 de la LBRL desde la perspectiva que no puede negarse la competencia de las Corporaciones locales para regular aquellas actividades realizadas en el espacio público que incidan negativamente respecto de otros usuarios del mismo. El bien jurídico protegido no resulta coincidente en el caso de la norma penal antes citada y en el del precepto reglamentario cuestionado, de modo que no cabe apreciar la nulidad denunciada respecto de éste último.”

j) La legalidad de contemplar la posibilidad de sustitución de las sanciones pecuniarias, de acuerdo con la legislación, por sesiones de atención individualizada con los servicios sociales o por cursos de información y ayuda

El artículo 36.2 de la Ordenanza contempla la posibilidad de sustitución de las sanciones pecuniarias procedentes, de acuerdo con la legislación, por sesiones de atención individualizada

con los servicios sociales o por cursos en los que se informará a las personas afectadas de las posibilidades de que las instituciones públicas y privadas les ofrezcan apoyo y asistencia social, así como que se les prestará la ayuda que sea necesaria.

El TSJ valida el precepto porque "(...) A diferencia de lo que ocurre en otros apartados de la Ordenanza, en este caso existe una remisión expresa a lo que disponga la legislación aplicable, a la que habrá que estar en cada caso, por lo que no cabe apreciar infracción del ordenamiento jurídico en este punto."

k) La prohibición de venta ambulante

El artículo 50 de la Ordenanza establece que:

"1. Está prohibida la venta ambulante en el espacio público de cualquier tipo de alimentos, bebidas y otros productos, salvo autorizaciones específicas. En todo caso, la licencia o autorización deberá ser perfectamente visible.

"2. Queda prohibido colaborar en el espacio público con los vendedores ambulantes no autorizados, con acciones como facilitar el género o vigilar y alertar sobre la presencia de los agentes de la autoridad.

"3. Se prohíbe la compra o adquisición en el espacio público de alimentos, bebidas y otros productos procedentes de la venta ambulante no autorizada."

La defensa de las entidades recurrentes invoca el artículo 140 LBRL, ya que al amparo del apartado c) solo podrán tipificarse como infracción las conductas que perturben el uso de un espacio público, de modo que la infracción tipificada habría debido requerir que se ocasionase una efectiva perturbación en el uso de un espacio público, y trae a colación como ejemplo que el simple hecho de vender en la calle "kleenex" u otros productos similares no perturba el uso del espacio público, ni tampoco el hecho de comprarlos, ni facilitar el género.

El TSJ argumenta lo contrario y establece que:

"No se puede compartir esta argumentación. Es evidente que las conductas que se describen afectan al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable [artículo 140.1.a) LBRL], siendo uno de los objetivos de la Ordenanza, como ya se ha señalado, el uso racional y ordenado de la vía pública. (...) Resulta atinada la observación de la defensa de la Administración demandada cuando alude al objetivo del precepto que resulta muy preciso: garantizar que los ciudadanos puedan deambular por las vías públicas sin que estas se conviertan en una suerte de 'zoco' ilícito en el que de forma desordenada y sin ningún tipo de autorización municipal se venden toda serie de bienes o, en su caso, prolifera la implantación del fenómeno del 'top-manta'. No puede concebirse una ciudad en la que cualquier persona, sin haber obtenido la autorización correspondiente, se dedica a la venta ambulante de productos que en algunos casos pueden suponer un riesgo para la salud por falta de los pertinentes controles sanitarios o de homologación con incidencia en los derechos de los consumidores y usuarios, y que, en todo caso,

perjudica a los comerciantes que ejercen la actividad propia de la profesión de manera lícita. No cabe hablar de una analogía prohibida por la utilización de la expresión 'otros productos' porque la misma está referida a cualquier producto que es objeto de la venta ambulante, debiendo entenderse que cuando la Ordenanza menciona expresamente los alimentos y las bebidas lo hace a título de ejemplo por la trascendencia que tales productos pueden tener para la salud. Resulta ilusorio pretender que la Ordenanza enumere todos los objetos que pueden ser objeto de la venta ambulante y de ahí la utilización de la expresión 'otros productos'."

Por consiguiente, debe mantenerse en su integridad el resto de preceptos incluidos en el Capítulo VIII, dedicado al "comercio ambulante no autorizado de alimentos, bebidas y otros productos", que se refieren al régimen de sanciones (artículo 51) y a intervenciones específicas (artículo 52).

l) La responsabilidad de los padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras como responsables directos y solidarios de las infracciones cometidas por los menores de edad, siempre que, por su parte, conste dolo, culpa o negligencia, incluida la simple observancia

Se trata, indica el TSJ, de una cuestión ciertamente controvertida. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hace referencia a su propia doctrina establecida en la sentencia 883/2006, al resolver la cuestión de ilegalidad 1/2005, y reproduce sus fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto, de los que procedemos a transcribir la parte que nos parece de mayor interés:

"TERCERO. Con arreglo al art. 130.3, LRJPAC: 'Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.'

"El precepto (...), establece pues la posibilidad de responder, por quien ostente la condición de garante de un tercero, de las acciones y omisiones de este último, constitutivas de una infracción administrativa, y ello, entiende parte de la doctrina, sin quiebra del principio de culpabilidad, por cuanto 'no se exige responsabilidad al garante por la infracción cometida por el autor material, a quien debía vigilar, sino por su propia participación en los hechos (de modo que) la infracción ha sido posible porque él ha incumplido la obligación legal de prevenirla (y por tanto) su conducta omisiva le hace cooperador necesario' (A. de Palma del Teso); si bien, otra doctrina sostiene en definitiva que 'se es infractor por haber realizado el tipo y se es responsable porque así lo declara la ley', que 'la autoría o imputación de la infracción exige culpabilidad, pero no así la imputación de responsabilidad realizada ex lege', y que 'los responsables por imperativo legal que no son jurídicamente autores de la infracción no se encuentran protegidos por el principio de la exigencia de culpabilidad' (A. Nieto).

“En cualquier caso, sí resulta pacífico que la regla o título de imputación, afectante al garante, derivada del art. 130.3.2 LRJPAC, está sujeta a la reserva de norma con rango de ley, de manera que sólo se responde por la acción u omisión de un tercero, en el ámbito sancionador administrativo, en los términos del precepto, ‘cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores’ (al respecto, S. de esta Sala y Sección nº 52/2006, de 12 de enero, rec. 1229/2002, FJ 3º; S. de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla-La Mancha de 30-12-2004, rec. 219/2001, FJ 6º).

“QUINTO. (...) (respecto de la) la ilegalidad del precepto cuestionado (de una ordenanza municipal de Gavà) el resultado sería el mismo si la Ordenanza hubiera sido aprobada, no en 1998, sino una vez modificados, por Ley 57/2003, de 16 de diciembre, los artículos 139 a 141 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (...)”

“La nueva redacción de dichos preceptos constituye el trasunto legislativo de la doctrina jurisprudencial (STC 132/2001, de 8 de junio); STS, Sala 3ª, de 29 de septiembre de 2003, rec. 5167/98), (...) Sin embargo, salta a la vista que la nueva regulación, limitada a los ámbitos en que no exista normativa sectorial específica, (...), no incluye la posibilidad de modificar las reglas o títulos de imputación, como materia distinta a la configuración de tipos y sanciones.

“Así pues, debe estarse en cuanto a la responsabilidad de los garantes, al régimen legal derivado del art. 130.3.2 de la Ley 30/92, que sigue sin autorizar, por vía de Ordenanza municipal, una imputación genérica a aquéllos (...)”

“En el mismo sentido se han pronunciado las SSTSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 5 y 15 de diciembre de 2006, al examinar la conformidad o no a derecho de la Ordenanza Municipal sobre Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actuaciones Antisociales, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid el 13 de abril del 2004 (...)”

El TSJ reitera la validez de los argumentos explicados y señala que no existen nuevos datos que alteren la doctrina sentada, procediendo, en consecuencia, la anulación de los artículos de la OC en que se establece la responsabilidad directa y solidaria de los padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras de las infracciones cometidas por los menores de edad, siempre que, por su parte, conste dolo, culpa o negligencia, incluida la simple observancia.

m) Un Ayuntamiento no puede imponer a un ciudadano la sanción de realizar un trabajo que no desea o asistir a un curso al que no quiere asistir y que, de forma indirecta, afecta a su derecho a la libertad (la Ordenanza establece una serie de medidas correctoras sustitutivas de las sanciones pecuniarias, no tan solo los trabajos en beneficio de la comunidad aceptados por este, cuando las personas infractoras sean menores)

El TSJ recuerda la regulación del Código Penal, que entre las penas “menos graves” contempla “los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días” (artículo 33.3 k), y como

pena leve, prevé “los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días” (artículo 33.4 h). En el artículo 39 i) se califica a esta pena como “privativa de derechos”. Y en el artículo 49 se regulan los límites y condiciones para el cumplimiento de la misma, al decir que “los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas...”

El TSJ establece que solo pueden admitirse como medida correctora que sustituya a la sanción pecuniaria los trabajos en beneficio de la comunidad, siempre que conste el consentimiento del menor, y se motive adecuadamente por qué se aplica, la medida y el plazo de duración de la misma. Lo razona del siguiente modo:

“Ciertamente, la Ordenanza, con un espíritu plausible, establece una serie de medidas correctoras sustitutivas de las sanciones pecuniarias cuando las personas infractoras sean menores, pero es evidente que de las medidas correctoras tan solo los trabajos en beneficio de la comunidad está prevista para imponerse a los menores en una norma con rango de Ley Orgánica como es la que regula la responsabilidad penal de los menores –Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero– que la denomina prestaciones en beneficio de la comunidad y cuyo contenido resulta ser que la persona sometida a ella, previo su consentimiento, debe realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad (artículo 7.1.k).

“Por consiguiente, tan sólo los trabajos en beneficio de la comunidad, previstos en el Código Penal como una pena privativa de derechos, y en la Ley que regula la responsabilidad de los menores como una de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores, puede admitirse como medida correctora que sustituya a la sanción pecuniaria, siempre que conste el consentimiento del menor, y se motive adecuadamente por qué se aplica, la medida y el plazo de duración de la misma que no podrá exceder, en ningún caso, de los límites previstos en las leyes citadas, y no el elenco que se menciona en el artículo 84.2 de la Ordenanza, que carece de cobertura legal.

“También carece de la necesaria cobertura legal la previsión, contenida en el artículo 93.3 de la Ordenanza, de imponer con carácter obligatorio las medidas alternativas a la sanción, con excepción de los trabajos en beneficio de la comunidad.”

Por todo ello el TSJ decide “Estimar en parte el presente recurso contencioso-administrativo, y, en consecuencia, declarar la nulidad del artículo 4.2, la expresión ‘pasivamente’ del artículo 17.2, los artículos 20.4, 46.5, 62.4, el inciso ‘en el supuesto de que no se proceda al ingreso de esta cantidad, se le advertirá, si procede, que podría incurrir en responsabilidad penal’ del artículo 83.3, los artículos 84.2 salvo la referencia a

trabajos para la comunidad, 84.4, 84.9, 93.1 salvo la referencia a trabajos para la comunidad, 93.2, y 93.3 salvo la referencia a trabajos en beneficio de la comunidad, de la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana

en el espacio público de Barcelona, aprobada definitivamente por el Consejo Plenario del Ayuntamiento de Barcelona en sesión celebrada el 23 de diciembre de 2005 (Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 24 de enero de 2006)."

3. Contratación administrativa

Tribunal Supremo. Los pliegos de condiciones son *lex inter partes* y ha de estarse siempre a lo que se consigne en ellos respecto del cumplimiento de los mismos, teniendo en cuenta, en todo caso, la aplicación supletoria de las normas del Código Civil.

La interpretación de las cláusulas del contrato debe ser literal si los términos del contrato son claros y, en caso de duda, interpretación en favor del contratante, ya que la oscuridad de las cláusulas no puede favorecer a quien la ha ocasionado

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Recurso de casación núm. 5947/2007

Fecha: Sentencia de 29 de septiembre de 2009

Ponente: Excm. Sra. Celsa Pico Lorenzo

Demandante: Empresa adjudicataria de un contrato de obra pública

Demandado: Comunidad Autónoma de La Rioja

Disposiciones analizadas: 1.281 y 1.288 del Código Civil

Doctrina: Los pliegos de condiciones son *lex inter partes* y ha de estarse siempre a lo que se consigne en ellos respecto del cumplimiento de los mismos, teniendo en cuenta, en todo caso, la aplicación supletoria de las normas del Código Civil.

La interpretación de las cláusulas del contrato debe ser literal si los términos del contrato son claros y, en caso de duda, interpretación en favor del contratante, ya que la oscuridad de las cláusulas no puede favorecer a quien la ha ocasionado.

Si el pliego no establece criterios en caso de modificación de proyecto original debe entenderse que no obstante la omisión procede el cobro del modificado de proyecto y de los nuevos trabajos de dirección de obra inicialmente no planificados como consecuencia del nuevo proyecto modificado

La Administración considera que, de acuerdo con esta cláusula, todos los honorarios de la dirección facultativa deben establecerse respecto del precio final que resulta por la aplicación al presupuesto de ejecución material y la superficie construida real del proyecto aprobado por el INSALUD; de los coeficientes señalados en el Anexo I del Pliego ["Los honorarios H se obtendrán en función del presupuesto de ejecución material (PEM) y de la superficie construida, con arreglo a la siguiente fórmula: $H = C \times PEM (100) + IVA$ "], y de la baja de licitación resultante entre el presupuesto total y la oferta económica del adjudicatario (Anexo II).

El problema se centra en: a) que el artículo 6.3 del Pliego de cláusulas administrativas no prevé el precio de eventuales modificados futuros, ya que se refiere al proyecto aprobado (el inicial); b) no prevé esta cláusula, ni tampoco las otras, cómo deben cobrarse las modificaciones del proyecto, y por consiguiente tampoco prevén los nuevos trabajos de la dirección facultativa inicialmente no planificados y por tanto no proyectados (que son el objeto de la discusión).

La sentencia recurrida concluye que cuando un proyecto es modificado, como sucede en este caso, la dirección facultativa realiza un nuevo trabajo, y a tenor de ello debe hacerse el cálculo de los honorarios.

El TS desestima el recurso de casación.

Supuesto de hecho

La Comunidad Autónoma de La Rioja interpuso recurso de casación contra la sentencia de 26 de octubre de 2007, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Esta sentencia estimó el recurso interpuesto por la Unión Temporal de Empresas adjudicataria de un contrato de obras, contra la resolución dictada por la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja de 23 de marzo de 2006, en virtud de la cual se desestimó la petición para el pago de una factura, correspondiente al modificado número 2 del proyecto de obras del Hospital San Pedro de Logroño.

La Administración demandada y, en su día, el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja núm. 9/06, consideran que la resolución impugnada debe fundamentarse en la aplicación del artículo 6.3 del Pliego de condiciones.

Fundamentos de Derecho

El único motivo de recurso se apoya en el artículo 88.1.d) LICA para atribuir a la sentencia lesión de los artículos 49 y 54 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, TRLCAP.

Señala la recurrente en casación el carácter vinculante del pliego y su primacía respecto al resto de documentos, incluyendo el de formalización del contrato. Invoca asimismo quebranto de la jurisprudencia en cuanto que los pliegos constituyen la ley del contrato, SSTs de 25 de julio de 1989, 13 de marzo de 1982, 12 de marzo de 1999. Tras ello critica la sentencia que no aplica el contenido de los pliegos de

cláusulas administrativas particulares para el cálculo de los honorarios.

El TS deniega el recurso de casación por los motivos siguientes:

– De acuerdo con “(...) la Sentencia de 27 de mayo de 2009, recurso de casación 4580/2006, en que recordábamos otra anterior de 4 de abril de 2007, recurso de casación 923/2004, respecto a que constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la función hermenéutica corresponde a los órganos de instancia, sin que sea posible corregir sus resultados, en sede casacional, salvo que se haya alcanzado una interpretación que sea manifiestamente ilógica, arbitraria e ilegal, en coherencia con reiterada jurisprudencia de este Tribunal.”

– “(...) las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado” (Sentencia de 15 de febrero de 2000 de la Sala Tercera, recurso de casación 1073/94).

– “(...) el Pliego de Condiciones es la ley del contrato (...)” y “(...) el artículo 3.1 del Título Preliminar Código Civil prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el

sentido propio de las palabras y el artículo 1.281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas.”

– “(...) En el caso de autos procedió la Sala a interpretar analógicamente el art. 6.3 del Pliego de cláusulas administrativas particulares al no establecer criterios respecto al cambio en el proyecto inicial y, tampoco la previsión de nuevos trabajos de dirección facultativa inicialmente no planificados como consecuencia de un nuevo proyecto modificado. Concluyó el Tribunal de La Rioja que cuando un proyecto es modificado la dirección facultativa realiza un nuevo trabajo. Y con arreglo a la jurisprudencia precedente, no resulta que la interpretación llevada a cabo por la Sala de instancia, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en un juicio de estricto razonamiento jurídico, sea irrazonable y permita a esta Sala en sede casacional, anular o casar la sentencia recurrida.

“Por un lado, atiende a una interpretación analógica de la cláusula contenida en los Pliegos lo que resulta lógico y coherente con arreglo a las normas de interpretación. Y, por otro, su hermenéutica atiende a favorecer, dada la omisión, a la parte que no redactó el contrato, lo que respeta la jurisprudencia de esta Sala.”

El TS desestima el recurso de casación.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La manifestación de la voluntad de los licitadores de constituirse en Sociedad Civil Privada, y no en UTE, impide que tengan la capacidad de obrar para contratar y conlleva la nulidad del acuerdo de la adjudicación de un contrato de asesoramiento, representación y defensa jurídica de un Ayuntamiento, por vulnerar el artículo 24.2 del Reglamento general de la Ley de contratos y el pliego, que exige que los licitadores que deseen concurrir unidos, no tan solo deben asumir el compromiso formal de constituirse en Unión Temporal de Empresas, sino también hacer constar la voluntad de participación en ella, por parte de cada uno de sus integrantes

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de apelación núm. 1683/2007

Fecha: Sentencia núm. 1177/2009 de 26 de noviembre

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García Pons

Demandante: Pricewaterhousecoopers Jurídico y Fiscal, S.L., (LANDWELL)

Demandado: Ayuntamiento de Badalona

Disposiciones analizadas: Artículo 24.2 del Reglamento general de la Ley de contratos

Doctrina: La manifestación de la voluntad de los licitadores de constituirse en Sociedad Civil Privada, y no en UTE, impide que tengan la capacidad de obrar para contratar y conlleva la nulidad del acuerdo de la adjudicación de un contrato de asesoramiento, representación y defensa jurídica de un Ayuntamiento, por vulnerar el artículo 24.2 del Reglamento general de la Ley de contratos y el pliego, que exige que los licitadores que deseen concurrir unidos, no tan solo deben asumir el compromiso formal de constituirse en Unión Temporal de Empresas, sino también hacer constar la voluntad de participación en ella, por parte de cada uno de sus integrantes

Supuesto de hecho

El objeto del presente recurso de apelación es la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Barcelona, que decidió desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil Pricewaterhousecoopers Jurídico y Fiscal, S.L.,

(LANDWELL), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Badalona, de fecha 13 de septiembre de 2005, por el que se decidió adjudicar solidariamente a Cecilia, Luz, Valentina con, y Milagrosa 3, mediante concurso, procedimiento abierto y tramitación ordinaria, el contrato de consultoría y asistencia para el asesoramiento, representación y

defensa jurídica del Ayuntamiento y sus organismos autónomos en los pleitos de naturaleza contencioso-administrativa y penal, por un precio de adjudicación de seiscientos cuarenta mil euros (640.000 €) IVA incluido, por el período de dos años.

La representación de la mercantil LANDWELL que participó en el concurso argumenta la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de adjudicación del contrato ex artículo 62, letra b) del TRLCAP, porque la oferta que resultó adjudicataria no reunía ni la capacidad de obrar ni la solvencia exigida para contratar con la Administración.

El TSJ estima parcialmente el recurso y anula el Acuerdo de adjudicación del contrato.

Fundamentos de Derecho

La Sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Tercero afirma que:

“Sostiene la demandante que el acto es nulo de pleno derecho, porque la oferta que resultó adjudicataria del concurso no reunía ni la capacidad de obrar ni la solvencia exigida para contratar con la Administración, pues no se había presentado válidamente la oferta, con infracción de lo previsto en el artículo 24.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos, porque no se incorporó en la oferta una declaración en la que asuman el compromiso de constituirse en UTE caso de resultar adjudicatarios del contrato.

“Al respecto, llama la atención que los defectos de forma que denuncia la actora no guardan consonancia con la documentación que ella misma presentó a la Administración en la que se refiere unas veces a ‘Landwell’, otras a ‘PricewaterhouseCoopers, Jurídico y Fiscal S.L.’, y en ocasiones a ‘Landwell-PricewaterhouseCoopers, Jurídico y Fiscal S.L.’; tampoco aportó dato alguno dirigido a precisar la relación entre ambas compañías; máxime cuando reconoce en conclusiones que no existe ninguna compañía registrada bajo la denominación ‘Landwell-PricewaterhouseCoopers, Jurídico y Fiscal S.L.’

“De otro lado, no debe perderse de vista que la nulidad debe aplicarse con criterio restrictivo y con especial moderación y cautela, tal como ha recogido con reiteración la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuando de irregularidades

puramente formales pretendíase una consecuencia de nulidad absoluta e incluso la simple anulabilidad.

“Al respecto, en consonancia con el artículo 24 citado como infringido, el Pliego de condiciones señala que los licitadores podrán presentar sus ofertas de forma conjunta, y en este último caso, mediante el compromiso de constituir una UTE en caso de que resulten adjudicatarias. Y, precisa, que ‘A tal efecto, las empresas que tengan la intención de constituir una UTE, deberán presentar una sola oferta, en la que indiquen los nombres, circunstancias y participación de sus miembros’. Y estos requisitos se cumplen en la oferta de las que resultaron adjudicatarias, lo que impide que la alegada nulidad pueda prosperar.”

El artículo 24.2 del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, preceptúa que “Para que en la fase previa a la adjudicación sea eficaz la unión temporal frente a la Administración será necesario que los empresarios que deseen concurrir integrados en ella indiquen los nombres y circunstancias de los que la constituyan, la participación de cada uno de ellos y que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal, caso de resultar adjudicatarios.”

El TSJ estima el recurso y revoca la sentencia con el argumento siguiente: “Así, pues, de lo dispuesto en el artículo 24.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos y en la cláusula 1.h) del Pliego del concurso dimana la exigencia para los licitadores que deseen concurrir unidos, no tan sólo de asumir el compromiso formal de constituirse en Unión Temporal de Empresas, sino también la exigencia de hacer constar la participación en ella de cada uno de sus integrantes, circunstancias que no concurren en el presente caso en las adjudicatarias, según es de constatar en el expediente administrativo, en el sólo consta la manifestación de las adjudicatarias de constituirse en Sociedad Civil Privada, no en UTE, por lo que este Tribunal interpreta que no se da cumplimiento al contenido mínimo de lo normativamente establecido, y no resulta por ello a posteriori subsanable.”

El TSJ estima parcialmente el recurso y anula el Acuerdo de adjudicación del contrato.

4. Administración local (régimen jurídico y organización)

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. No puede considerarse un error que pueda ser rectificado, la votación nominal de una regidora, en relación con una moción de censura, con la palabra No, que es corregida por indicación del portavoz de su grupo, y luego rectificadora por la regidora con un Sí posterior a esa corrección. No cabe calificarlo de lapsus linguae. Otra cosa hubiera sido si, emitido el No y sin solución de continuidad ni intervención externa de clase alguna, hubiera rectificado inmediatamente

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª). Recurso de apelación núm. 991/2009

Fecha: Sentencia núm. 1936/2009 de 28 de octubre

Ponente: Ilma. Sra. Inés Huerta Garicano

Demandante: Grupo municipal

Demandado: Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares

Disposiciones analizadas: Artículos 23 CE y 98 y 101 ROF

Doctrina: No puede considerarse un error que pueda ser rectificado, la votación nominal de una regidora, en relación con una moción de censura, con la palabra No, que es corregida por indicación del portavoz de su grupo, y luego rectificada por la regidora con un Sí posterior a esa corrección. No cabe calificarlo de *lapsus linguae*. Otra cosa hubiera sido sí, emitido el No y sin solución de continuidad ni intervención externa de clase alguna, hubiera rectificado inmediatamente.

Son nominales aquellas votaciones que se realizan mediante llamamiento por orden alfabético de apellidos, y siempre en último lugar el presidente de la corporación, y en las que cada miembro de la corporación, al ser llamado, responde en voz alta “sí”, “no” o “me abstengo”.

Supuesto de hecho

El recurso contencioso-administrativo especial de protección de los derechos fundamentales –por vulneración del artículo 23.1 CE– tiene por objeto el resultado proclamado en el Pleno del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares, en el que se deliberó y votó la moción de censura presentada por los concejales del PIPH, PSOE e IU contra el alcalde.

En el Acta de la sesión y en el CD con la grabación de la votación, consta que el presidente de la Mesa, al iniciar la votación, dijo clara y textualmente: “Votan a favor de la Moción de censura...”, y fue nombrando por orden alfabético a los concejales, siendo la sexta que votaba Dña. Guadalupe, que contestó NO, distinguiéndose perfectamente en la grabación aportada una voz (que, al parecer, era del presidente y portavoz de su partido) que decía “ha dicho Sí”, e inmediatamente, con audible nerviosismo, la Sra. Susana dijo “perdón, sí, sí, sí, sí, sí, perdón.”

Ese voto negativo impide que prospere la moción de censura. Contra ese acuerdo el portavoz del grupo municipal del PSOE interpuso recurso en vía administrativa y jurisdiccional. El recurso jurisdiccional se estima en primera instancia.

El TSJ en apelación revoca la sentencia y confirma que el voto negativo de Dña. Guadalupe impide que prospere la moción de censura.

Fundamentos de Derecho

El TSJ establece que “(...) el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE es un derecho de configuración legal, por lo que para apreciar si hubo o no lesión de tal derecho habrá que examinar las normas jurídicas de aplicación y éstas son, como bien se recoge en el recurso de apelación, los arts. 98 y 101 del ROF. Su art. 98 dispone: ‘2. Antes de comenzar la votación el Alcalde o Presidente planteará clara y concisamente los términos de la misma y la forma de emitir el voto. 3. Una vez iniciada la votación no puede interrumpirse por ningún motivo...’ y el art. 101 recoge: ‘...Son nominales aquellas votaciones que se realizan mediante llamamiento por orden alfabético de

apellidos y siempre en último lugar el Presidente y en la que cada miembro de la Corporación, al ser llamado, responde en voz alta ‘sí’, ‘no’ o ‘me abstengo’...”

El TSJ señala que consta claramente en el CD con la grabación de la votación que: “(...) hubo una intromisión, una vez votó No, Doña Susana, en la que se dice claramente ‘ha dicho Sí’ (extremo, importante a nuestro juicio, que se silencia en la Sentencia apelada) y, luego, deviene la nerviosa rectificación. Esa irrupción, indebida, es la que, a juicio de esta Sala y Sección, invalida la rectificación e impide calificarlo, como hace la Sentencia apelada, de ‘lapsus linguae’. Otra cosa hubiera sido, si emitido el No y sin solución de continuidad, ni intervención externa de clase alguna, hubiera rectificado inmediatamente, circunstancia esencial que, a nuestro juicio, aquí no concurre.

“Errores –o no– como el de autos, no es el primero, ni será el último, que en las votaciones se producen y que han de ser asumidos en aras, precisamente, de la seguridad jurídica en las votaciones. Algunos de éstos son conocidos –como los expuestos en el escrito de apelación–, en ocasiones, como la de autos, con efectos trascendentes en el resultado y otros no, pero es deber y responsabilidad de los votantes mantener la suficiente atención (tampoco es pedir mucho) para expresar el sentido del voto, sentido que, en este caso, se cambió una vez el Presidente y Portavoz de su Partido, de forma absolutamente audible, dijo ‘ha dicho Sí’.”

El TSJ estima el recurso.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. No pueden excluirse del Orden del día del Pleno extraordinario aquellos puntos relativos a materias cuya competencia corresponde al Pleno de la Corporación Local, pero sí aquellos que no reúnen tal característica

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª).
Recurso contencioso-administrativo núm. 339/2009

Fecha: Sentencia núm. 292/2009 de 25 de septiembre

Ponente: Ilmo. Sr. D. José de Belmont y Mora

Demandante: Concejales municipales

Demandado: Ayuntamiento de Sanet y Negral

Disposiciones analizadas: Artículo 46.2 LBRL

Doctrina: No pueden excluirse del Orden del día del Pleno extraordinario aquellos puntos relativos a materias cuya competencia corresponde al Pleno de la Corporación Local, pero sí aquellos que no reúnen tal característica

Supuesto de hecho

El objeto del recurso es el acuerdo adoptado por el alcalde del Ayuntamiento de Sanet y Negral por el que convocó Pleno extraordinario en virtud de la solicitud formulada por dos concejales de la Corporación Local y se fijó el Orden del día del mismo, suprimiendo determinados puntos y modificando el contenido de los otros.

La sentencia de instancia estima en parte el recurso planteado y considera adecuada la exclusión de uno de los puntos del Orden del día, por considerar que no se puede exigir al alcalde que delegue en el Pleno materias de su competencia, así como la redacción de los restantes puntos incluidos en la convocatoria, en tanto que se permite el debate sobre los mismos y, en su caso, la petición de votación sobre los mismos.

Recurrida la sentencia en apelación, el TSJ desestima el recurso.

Fundamentos de Derecho

El TSJ indica que la cuestión a resolver “es determinar cuáles son las facultades del Alcalde respecto del orden del día en Plenos extraordinarios solicitados por concejales de la Corporación.”

El apartado a) del artículo 46.2 LBRL, según redacción dada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, establece que “... el Pleno celebra sesión extraordinaria cuando así lo decida el Presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación, sin que ningún concejal pueda solicitar más de tres anualmente. En este último caso, la celebración del mismo no podrá demorarse por más de quince días hábiles desde que fuera solicitada, no pudiendo incorporarse el asunto al orden del día de un Pleno ordinario o de otro extraordinario con más asuntos si no lo autorizan expresamente los solicitantes de la convocatoria.”

El TSJ considera que: “(...) de dicho precepto no se desprende la imposibilidad de excluir puntos del Orden del Día solicitado para un Pleno Extraordinario por el adecuado

número de miembros de la Corporación, al hacer referencia el mismo tan solo a la inclusión de otros asuntos.”

Esa posibilidad, señala el Tribunal, es una interpretación más acorde con las facultades que al alcalde confiere el artículo 78.2 del Reglamento de organización y funcionamiento de las entidades locales, a tenor del cual “Son sesiones extraordinarias aquellas que convoque el Alcalde o Presidente con tal carácter, por iniciativa propia o a solicitud de la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación. Tal solicitud habrá de hacerse por escrito en el que se razone el asunto o asuntos que la motiven, firmado personalmente por todos los que la suscriben.”

El TSJ para sustentar que la relación de asuntos incluidos en el escrito de petición de la convocatoria de pleno en sesión extraordinaria, no enerva la facultad del alcalde o presidente para determinar los puntos del Orden del día, cita la jurisprudencia siguiente:

“(...) Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de diciembre de 2002 tiene declarado que el Alcalde está facultado para rechazar los asuntos que se propongan por los miembros de la Corporación en virtud de causas debidamente razonadas y ajustadas al ordenamiento jurídico. Ello nos lleva asimismo a rechazar la postura del Ayuntamiento apelante de que la potestad de redactar el orden del día corresponde al Alcalde, de tal manera que en ningún caso puede un Juez declarar la procedencia o improcedencia de la exclusión de un determinado punto del orden del día; la obligación de motivar dicha exclusión no implica tan solo la argumentación de la exclusión, sino que como acabamos de indicar, exige la adecuación a derecho de tal decisión.

“(...) Como declara la sentencia de la Sala del Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 13 de marzo de 2003, ‘Lleva razón la Corporación Local demandada cuando dispone que es el Alcalde el órgano encargado para determinar los puntos del orden del día, pudiendo dictar resolución motivada para excluir un asunto, pero, esta facultad no puede servir para evitar la convocatoria de un Pleno a instancia de los Concejales legitimados o para excluir del orden del día un asunto cuya exclusión está motivada por la competencia de control del Pleno, dejando vacío de contenido el artículo 46-2 de la Ley 7/85 y artículo 23 de la Constitución Española, no siendo entonces una decisión conforme al ordenamiento jurídico.’.”

El TSJ concluye “(...) que no son excluibles del orden del día del Pleno extraordinario aquellos puntos relativos a materias cuya competencia corresponde al Pleno de la Corporación Local, pero sí aquellos que no reúnen tal característica, cual ocurre con el punto 2º de la solicitud del actor, al venir referido a una decisión —el de la delegación de competencias del Alcalde— que queda obviamente reservada al mismo.”

Por todo ello se desestima el recurso de apelación.

5. Urbanismo y medio ambiente

Tribunal Supremo. No puede denegarse la aprobación definitiva de un plan urbanístico, concluida la fase procedimental municipal y encontrándose en la fase de aprobación definitiva del planeamiento, por el solo hecho de un cambio de composición política en la entidad local que solicita la no aprobación del plan, sin un respaldo técnico

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 4606/2005

Fecha: Sentencia de 15 de diciembre de 2009

Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

Demandante: Particular

Demandado: Diputación Foral de Guipúzcoa

Doctrina: No puede denegarse la aprobación definitiva de un plan urbanístico, concluida la fase procedimental municipal y encontrándose en la fase de aprobación definitiva del planeamiento, por el solo hecho de un cambio de composición política en la entidad local que solicita la no aprobación del plan, sin un respaldo técnico

Supuesto de hecho

Se impugna en el recurso de casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que desestimó el recurso formulado por D. Desiderio contra los acuerdos adoptados por el Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Guipúzcoa, en su sesión de 2 de diciembre de 2003, por los que se deniega la aprobación definitiva de tres instrumentos de planeamiento. Estos instrumentos de planeamiento tienen por objeto la reclasificación de una superficie de 34.406 m², clasificada como suelo no urbanizable de uso rural común y uso rural de protección de recursos naturales y del paisaje, desconectados del área urbana de Mendaro, posibilitando la construcción de 178 nuevas viviendas, la Modificación puntual de las NNSS y el Plan Parcial, y la reclasificación como suelo urbanizable de todos los suelos intermedios, posibilitando la nueva construcción de 840 viviendas sobre las 759 existentes en dicho momento en el municipio de Mendaro con una población de 1.600 habitantes.

En el momento en que tales instrumentos de planeamiento se hallaban en fase de aprobación definitiva ante la Diputación Foral de Guipúzcoa, tras las elecciones municipales de mayo de 2003, se produce un cambio de la corporación municipal, resultando que la nueva corporación disiente de los objetivos y soluciones propuestas por la anterior, solicitando de la Diputación Foral de Guipúzcoa que no otorgue la aprobación definitiva, a lo cual accede la Diputación Foral en los acuerdos recurridos.

El TS revoca la sentencia y anula los acuerdos de denegación de la aprobación definitiva.

Fundamentos de Derecho

La sentencia recurrida establece que:

“(…) La potestad de ordenación urbanística es concurrente o compartida entre la Administración municipal y, en el ámbito del País Vasco, las Diputaciones Forales, correspondiendo al municipio la competencia de ordenación con las más amplias facultades discrecionales, o de configuración de la ciudad, que caracterizan la potestad de planeamiento en defensa de los intereses municipales, intereses que por su carácter local sólo a él le corresponde encarnar en virtud de la garantía institucional de la autonomía local y de la legitimidad democrática que le asiste. La Administración Foral ostenta competencia para efectuar un control jurídico sobre el instrumento de planeamiento, sin que le esté dado fiscalizar los aspectos discrecionales, como no sea en defensa de intereses supramunicipales que a ella le compete defender.

“Si en el seno del procedimiento administrativo ordinario los interesados tienen la facultad de ponerle fin mediante un acto de contrario imperio mediante el desistimiento de la solicitud o la renuncia de derechos, no se ve razón alguna para no aceptar que en el seno del procedimiento especial de elaboración de las disposiciones de planeamiento, quien tiene la competencia para su dictado no pueda, en virtud de un acto de contrario imperio fundado en un cambio de criterio acerca de la oportunidad y acierto de la solución técnica planteada en los instrumentos en fase de elaboración, abortar su nacimiento al mundo del derecho evitando así adversas consecuencias de su entrada en vigor y la necesidad de su revisión en virtud del *ius variandi*, (...)”

“A juicio de la Sala es contrario a la autonomía local, a la potestad de ordenación urbanística del municipio y al *ius variandi* inherente a su ejercicio, y carece por ello de sentido, defender que, desde que recae la aprobación provisional, opera un desapoderamiento del municipio, de forma y manera que la aprobación definitiva devenga en acto debido y el Ente Foral haya de resolver en el marco de sus propias competencias, ciñéndose al control jurídico y al control de los elementos discrecionales relativos a intereses supramunicipales, ignorando un hecho de tanta relevancia cual es la voluntad de desistimiento del ente municipal o su disenso con la ordenación sometida a aprobación definitiva. Puesto que incumbe al ente municipal la ordenación urbanística necesaria en defensa del interés general de ámbito local, toda aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento tiene que tener como premisa necesaria una ordenación que responda al interés general de acuerdo con la comprensión que del mismo tenga la corporación municipal llamada constitucionalmente a encarnarlo.

“Ciertamente un supuesto como el de autos en el que se produce un cambio radical en la composición del Ayuntamiento como consecuencia de un nuevo proceso electoral, justifica sobradamente la adopción de un nuevo modelo de ciudad y el desistimiento del procedimiento de elaboración de los correspondientes instrumentos de planeamiento, y aun cuando en el caso de autos no se haya formalizado como tal desistimiento sino interesando de la Diputación Foral de Gipuzkoa la denegación de la aprobación definitiva, es manifiesto que la resolución que así lo acuerda es conforme a derecho y no incide en los vicios denunciados por la parte actora, lo que conduce a la desestimación del recurso.”

Contra esa sentencia interpuso la recurrente recurso de casación en el que esgrime tres motivos de impugnación articulados, todos ellos, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

El TSJ procede a la estimación del recurso contencioso-administrativo en base a lo siguiente:

“(…) 1º. El respaldo democrático que los Acuerdos municipales de solicitud de desaprobación, y de la propia Administración Foral acogiendo tales solicitudes, supone, sin duda, un importante argumento en defensa de los mismos Acuerdos, pues, en suma, tal sistema de elección de los integrantes o componentes de las Entidades locales resulta un mecanismo adecuado para la determinación de cuáles sean, en cada momento, los intereses generales de la población; sin embargo, también en un sistema democrático, el respeto al principio de legalidad es un elemento determinante y esencial para el propio funcionamiento del mismo (...). Nadie discute que es el municipio el ámbito del que debe partir la idea o el diseño de la propia ciudad, mas ello ha de canalizarse a través el procedimiento establecido al efecto; procedimiento en el que, desde una perspectiva de legalidad sectorial, han intervenido los diferentes organismos –de las diversas Administraciones– que gestionan otros intereses generales que pudieran no coincidir con los del propio municipio.

“(…) En el ejercicio de la potestad de planeamiento estamos, pues, en presencia de una competencia compartida entre los Ayuntamientos y la Diputación Foral, pues, si bien corresponde a los primeros la formulación de los planes y su aprobación provisional e inicial, a la segunda –a la que se remite el expediente– le corresponde la aprobación definitiva. Sin embargo, tal competencia bifásica no implica que exista una separación radical y que las competencias que se ejercitan en el momento de la aprobación definitiva sean exclusivamente de control de la legalidad de la previa actuación aprobatoria municipal, de simple revisión o fiscalización. Por el contrario, cuenta la Diputación Foral con competencias propias (sistemas generales supramunicipales) y con capacidad normativa para la ordenación de las materias de su competencia que, en muchas ocasiones, vienen determinadas por un planeamiento de índole superior cual es el integrado, en el País Vasco, por las Directrices de Ordenación del Territorio (DOT) y los Planes Territoriales tanto Parciales (PTP) como Sectoriales (PTS), y al que, obviamente, debe adaptarse el planeamiento municipal.

“3º. (...) no es cierto que toda la actuación municipal en el ámbito del planeamiento sea discrecional, ni tampoco que la Administración Foral –en este caso actuante– carezca de potestades para el control, desde una perspectiva de legalidad ordinaria, de los expresados elementos discrecionales; e, igualmente es cierto que, en el ámbito de la autonomía local que le es propio, las Entidades locales pueden iniciar procesos de modificación del planeamiento sin limitación alguna; pero lo que aquí se discute –y se niega– es que, concluida la fase procedimental municipal, y encontrándose en la fase de aprobación definitiva del planeamiento, que se sitúa en otro orden competencial y cuenta con una dimensión distinta de la inicial, pueda incidirse, extemporáneamente, en este ámbito de decisión, y además, sin un respaldo técnico y por el solo hecho –respetable, por supuesto– de un cambio de composición política en la Entidad local.

“4º. Tampoco nos sirve el argumento de la viabilidad del desistimiento, pues no nos encontramos ante el ejercicio de un auténtico desistimiento por parte del Ayuntamiento, pues lo que en el Acuerdo municipal se solicita es que los expedientes de aprobación de la Modificación y Revisión de las Normas Subsidiarias, así como del Plan Parcial de referencia, concluyan con la denegación de su aprobación, no obstante lo inicialmente y provisionalmente propuesto y aprobado.

“Pero es que, incluso, aunque se entendiera –como parece hacer la Sala de instancia– que nos encontramos en presencia de un desistimiento tácito o implícito, debemos, igualmente, afirmar que el Ayuntamiento carece –como hemos expresado ya– de competencia para ello al no encontrarnos en un procedimiento en el que quien formula el desistimiento es titular de un interés particular, ya que, por el contrario, lo que el Ayuntamiento gestiona en el ejercicio de la potestad de planeamiento son intereses públicos cuya disponibilidad se encuentra restringida. El Ayuntamiento no es, pues, procedimentalmente libre desde el momento de la aprobación provisional del expediente y de su coetánea remisión a la Administración Foral, careciendo, por ello –desde tal momento– de la potestad de desistir en relación con la tramitación concluida. Esto es, carece de la potestad de renunciar a sus supuestos derechos que, en realidad, son intereses públicos, y, mucho menos, carece de la potestad de hacerlo sin la previa notificación de tal posibilidad a los terceros interesados que, por su parte, como dispone el artículo 91.2 de la LRJPA, se encuentran habilitados para solicitar la continuación del procedimiento iniciado, en el término de diez días a contar desde la notificación de la posible adopción del acuerdo de desistimiento. Posibilidades habrá, si se considera oportuno, para el ejercicio de la acción de lesividad.

“5º. Debe destacarse, por otra parte, la carencia de informes pertinentes legalmente exigidos, de carácter técnico urbanístico –que hubieran avalado el rechazo de las provisionales propuestas municipales–, como se comprueba con el examen del texto de los Acuerdos que antes hemos transcrito, lo cual implica que, la decisión adoptada por la Diputación Foral lo fue sin haberse evaluado técnicamente los instrumentos

provisionalmente aprobados y, en consecuencia, basada exclusivamente en la previa solicitud municipal de dene-gación de aprobación. Ello, sin duda, implica y supone una actuación al margen del procedimiento técnico establecido y, en consecuencia, contraria al principio de seguridad jurídica. Si bien se observa, solo en el expediente correspondiente a la Modificación de las Normas Subsidiarias de Mendaro fue solicitado el preceptivo informe vinculante de la Comisión de Ordenación del Territorio (favorable, por otra parte, a la modificación inicialmente propuesta).

“6º. Y es que, el mencionado cambio político –con todo lo que ello conlleva desde la perspectiva democrática que toda elección municipal implica– no puede, sin más, dejar sin efecto todo lo técnico y procedimentalmente desarrollado en el ejercicio de una potestad administrativa siquiera sea discrecional, ya que, si acaso, permite poner en funcionamiento el ejercicio de instrumentos jurídicos para dejar sin efecto lo

ya competencialmente aprobado, mas no, desde una perspectiva de seguridad jurídica, y sin el más mínimo aval técnico contradictorio, decidir unilateralmente la no aprobación de lo procedimentalmente concluido. Y lo mismo ocurre con la Administración competente para la aprobación definitiva, la cual no puede –como ha acontecido– sin los avales técnicos precisos y las motivaciones pertinentes, plegarse, sin más, al cambio de voluntad municipal aun cuando –como decía-mos– tal decisión venga exclusivamente respaldada por un cambio político tras unas elecciones municipales; y es que la gestión pública y técnica del urbanismo implica el ejercicio de una potestad administrativa discrecional que no conoce de vaivenes políticos, aun democráticamente avalados, y que está sujeta –como garantía de acierto– a un predeterminado cauce procedimental que vincula en su actuación a las Admi-nistraciones con competencia en la materia.”

El TS estima el recurso de casación.

E) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. La actuación de un personaje político en orden a una actuación en materia urbanística que se considera irregular, debe encuadrarse en una confrontación política, en la que no puede apreciarse la producción de una intromisión ilegítima en el honor, pues estimar en tales casos sería tanto como amordazar la polémica política e impedir el alertar o denunciar lo que un partido estima abusivo o irregular en la actuación o gestión del otro

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Re-curso de casación núm. 725/2005

Sentencia: Núm. 760/2009

Fecha: 10 de noviembre de 2009

Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz

Demandante: Particular

Demandada: Particular

Disposiciones analizadas: Artículo 18.1 CE

Doctrina: La actuación de un personaje político en orden a una actuación en materia urbanística que se considera irregular, debe encuadrarse en una confrontación política, en la que no puede apreciarse la producción de una intromisión ilegítima en el honor, pues estimar en tales casos sería tanto como amordazar la polémica política e impedir el alertar o denunciar lo que un partido estima abusivo o irregular en la actuación o gestión del otro.

El actor interpuso demanda en el Juzgado de Primera Instancia número dos de Jaén sobre protección civil del derecho al honor, contra D. Eloy, con la pretensión de que se dictara sentencia declarando: “A) Que el demandado por las manifestaciones realiza-das a los medios de comunicación que han sido relatadas en los hechos de esta demanda, ha cometido con cualquiera o todas de ellas, una intromisión ilegítima al honor. B) Que ha causado graves daños morales que deben ser indemnizados por el mismo y en su consecuencia. C) Que se condene al demandado: 1. A indemnizar a mi representado en la suma de cinco millones de pesetas. 2. A insertar en los medios de comunicación la parte dispositiva de la sentencia a su costa. 3. Al pago de las costas procesales.”

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Jaén desestimó la pretensión ejercitada, en sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Jaén

Supuesto de hecho

Los hechos se remontan al momento en el que el deman-dado, portavoz del grupo del partido de la oposición en el consistorio de Jaén, realiza una serie de afirmaciones apa-recidas en prensa y televisión local, que explican la cuestión debatida “de pelotazo en 46 días, y han metido las manos en el cajón y se han pillado los dedos”, en relación al actor que, como concejal de Urbanismo y gerente de la empresa municipal de la vivienda del Ayuntamiento de Jaén, era a su vez administrador único de diversas entidades mercantiles que habían adquirido diferentes inmuebles en la ciudad de Jaén, y, transmitidos posteriormente en un breve espacio de tiempo, habían generado notables beneficios, que die-ron lugar a las declaraciones del demandado en los térmi-nos indicados.

A consecuencia de estos hechos se incoaron diligencias penales, con acusación contra el actor concejal de Urbanismo y gerente de la empresa municipal de la vivienda del Ayun-tamiento de Jaén por parte del Ministerio Fiscal, resultando absuelto en el juicio oral celebrado por el procedimiento del Jurado, por mayoría de cinco votos a cuatro.

Fundamentos de Derecho

El recurso de casación, se fundamenta en la vulneración del artículo 18 CE, por cuanto se argumenta que las expresiones vertidas por el demandado Sr. Eloy ante los medios de comunicación son difamatorias y vejatorias.

El TS afirma que: “(...) En supuestos similares (Sentencias de 8 de julio de 2008, y 9 de julio de 2008) esta Sala ha destacado que la actuación de un personaje político— como es el actor y el demandado— en orden a una actuación en materia urbanística que se considera irregular, debe encuadrarse en una confrontación política, en la que no puede apreciarse la producción de una intromisión ilegítima en el honor, pues estimar en tales casos sería tanto como amordazar la polémica política e impedir el alertar o denunciar lo que un partido estima abusivo o irregular en la actuación o gestión del otro.

“Además la libertad de expresión, como ha reiterado esta Sala en sentencias de 31 de enero de 2008 y 25 de febrero de 2008, siguiendo la doctrina constitucional, no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

“Por tanto, no es que se produzca una vulneración del derecho al honor y que éste cede ante la libertad de expresión sino que se han denunciado unas actuaciones con apariencia irregular al amparo de la libertad de expresión en el seno de una confrontación política de ámbito urbanístico.”

Los argumentos que se emplean en el motivo único del recurso de casación no son admisibles.

El TS en este sentido señala que: “(...) Se alega una falta de veracidad, pero no es así, ya que los hechos narrados en su día fueron objeto de acusación pública y de juicio, por más que posteriormente a la actuación del demandado, se dictara una sentencia absolutoria, siendo además, un asunto de interés general al poseer trascendencia pública tanto en relación con las personas involucradas con proyección pública, como por la materia, que impide que las expresiones o manifestaciones proferidas se puedan considerar como descalificantes a la vista de la doctrina jurisprudencial y constitucional en asuntos de interés general o de relevancia pública, como resume la sentencia de 22 de enero de 2008.”

Ello implica, consecuentemente, que el recurso de casación se rechaza y se confirma la sentencia recurrida.

Tribunal Supremo. Es posible la desafectación tácita de los bienes de dominio público, en cuanto la misma no se excluya legalmente, siendo de notar que no existe objeción esencial alguna —sino más bien lo contrario— por cuanto la imprescriptibilidad deriva conceptualmente de las características del dominio público y no debe extenderse al supuesto en que el bien se ha desafectado, aunque no expresamente

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Recurso de casación núm. 351/2005

Sentencia: Núm. 724/2009

Fecha: 3 de noviembre de 2009

Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz

Demandante: Particular

Demandada: Particular

Disposiciones analizadas: Artículo 18.1 CE

Doctrina: Es posible la desafectación tácita de los bienes de dominio público, en cuanto la misma no se excluya legalmente, siendo de notar que no existe objeción esencial alguna —sino más bien lo contrario— por cuanto la imprescriptibilidad deriva conceptualmente de las características del dominio público y no debe extenderse al supuesto en que el bien se ha desafectado, aunque no expresamente.

(Hay que advertir el redactado del artículo 69.2 LPAA, vigente: “Salvo en los supuestos previstos en esta Ley, la desafectación deberá realizarse siempre de forma expresa”)

una serie de fincas, de 23 de enero de 1987, por “Compañía de Ferrocarril Central de Aragón”, a “Explotaciones Agropecuarias e Industriales GLAM, S.A.”; y de las transmisiones y los derechos reales constituidos sobre las mismas tras dicho contrato, fue desestimada la demanda en ambas instancias.

La actora postula la nulidad de la escritura de compraventa de 23 de enero de 1987, y de los derechos reales constituidos posteriormente sobre las fincas y las transmisiones siguientes, por falta de objeto (artículos 1.261 y 1.271 del Código Civil), pues se trata de bienes de dominio público y por tanto son inalienables.

De todas las fincas objeto del litigio, fueron adquiridas por expropiación treinta y dos de ellas y por compraventa las seis restantes, por la codemandada Compañía de Ferrocarril Central de Aragón, para la construcción del ferrocarril de Camino Real a Zaragoza, obra que terminó en 1933 y a la que tales fincas no se destinaron a ella, sino que fueron arrendadas para fines agrícolas. Por la Ley de 24 de enero de 1941 de ordenación ferroviaria y transporte por carretera, se produjo el rescate a favor del Estado de las líneas ferroviarias de ancho normal, hasta entonces explotadas por compañías concesionarias entre las que se encontraba la mencionada; esta Ley constituyó la entidad demandante RENFE. El Estado pasó a ser propietario de las fincas objeto de rescate, nunca

Supuesto de hecho

Instada acción por “Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles” (RENFE) de nulidad del contrato de compraventa de

fueron utilizadas para el servicio público ferroviario, fueron arrendadas para fines agrícolas.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Fundamentos de Derecho

El motivo primero del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 339 del Código Civil en relación con el artículo 132 de la Constitución Española y con una larga serie de preceptos pertenecientes al ordenamiento administrativo. En el motivo se mantiene, al igual que desde la propia demanda, la naturaleza demanial de las 36 fincas de aquella compraventa de 23 de enero de 1987, por lo que sería nula, por ser los bienes de dominio público inalienables, imprescriptibles e inembargables.

El motivo se desestima porque las fincas no son de dominio público. El TS lo razona del modo siguiente:

“Se trata de treinta y seis, que fueron adquiridas por expropiación treinta y dos de ellas y por compraventa las seis restantes, por la codemandada COMPAÑÍA DE FERROCARRIL CENTRAL DE ARAGÓN, para la construcción del ferrocarril de Camino real a Zaragoza, obra que terminó en 1933 y a la que tales fincas no se destinaron a ella, sino que fueron arrendadas para fines agrícolas. Por la Ley de 24 de enero de 1941 de ordenación ferroviaria y transporte por carretera se produjo el rescate a favor del Estado de las líneas ferroviarias de ancho normal, hasta entonces explotadas por compañías concesionarias entre las que se encontraba la mencionada; esta ley constituyó la entidad demandante RENFE. El Estado pasó a ser propietario de las fincas objeto de rescate, pero las que son objeto de la litis eran terrenos sobrantes, no afectos al servicio ferroviario y siguieron formando parte del patrimonio de la antigua compañía del ferrocarril y permanecieron inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad. Nunca fueron utilizadas para el servicio público ferroviario, fueron arrendadas para fines agrícolas y nunca fueron demaniales. Por ello, no puede decirse que la venta realizada más de medio siglo después fuera nula por ser su objeto inalienable. No se ha infringido ninguna de las normas citadas en el motivo.”

El motivo segundo del recurso de casación se formula por infracción del Estatuto de RENFE, de la Ley del patrimonio del Estado de 1964 y de su Reglamento, normas administrativas que, en principio, son ajenas al recurso de casación del orden jurisdiccional civil. El motivo se desestima porque todo él gira alrededor de negar que se haya producido una desafectación del dominio público de las fincas objeto de la litis.

Aparte de lo expuesto en relación al primer motivo de casación, la Sala del TS afirma que sigue su propia doctrina que expone la sentencia de 25 de mayo de 1995 que ahora se reitera. Dice así en lo que se refiere a la desafectación tácita:

“...la desafectación de que se trata se había producido con anterioridad, no sólo a la vigencia de la Constitución de 1978, sino también a la de la Ley del Patrimonio del Estado, texto articulado de 15 de Abril de 1964, lo que impide su aplicación a una desafectación operada con anterioridad, por lo que el motivo deberá desestimarse. Por otra parte, el precepto constitucional, en cuanto establece que la ley regulará la desafectación de los bienes de dominio público, no elimina, en rigor, la posibilidad de que ésta se produzca tácitamente en cuanto la misma no se excluya legalmente, siendo de notar que no existe objeción esencial alguna –sino más bien lo contrario por cuanto la imprescriptibilidad deriva conceptualmente de las características del dominio público y no debe extenderse al supuesto en que el bien se ha desafectado, aunque no expresamente.”

En definitiva, en opinión del TS, en este caso, anterior en el tiempo a las normas que la recurrente cita como infringidas, se pudo producir una desafectación tácita.

El motivo tercero del recurso de casación se formula también por infracción de normas administrativas: la Ley de 24 de enero de 1941 de ordenación ferroviaria, la Ley de expropiación forzosa y su Reglamento (RCL 1957, 843).

El Tribunal Constitucional señala que “No hay tal infracción y el motivo se desestima. Las fincas nunca fueron propiedad de RENFE ni, por tanto, pueden reclamar una nulidad de contrato que dé lugar como consecuencia a la declaración de su titularidad como bienes de dominio público. Por otra parte, las fincas nunca fueron destinadas a un uso o servicio público (artículo 339.1º del Código civil). Por último, la sociedad codemandada GLAM adquirió de buena fe, a título oneroso, las fincas de la COMPAÑÍA que figuraba como titular registral (artículo 34 de la Ley Hipotecaria), aquella venta fue válida y eficaz y no aparece infracción alguna que, realmente, tampoco concreta, sino que se limita en el desarrollo del motivo a insistir en la posición que mantiene desde la demanda. No debe obviarse que las fincas, desde su adquisición en 1931 y luego su traspaso a RENFE en 1941, nunca estuvieron afectos a la explotación ferroviaria.”

El TS declara no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de “Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles” (RENFE), contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 15 de noviembre de 2004.

F) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. El sentido legal de clandestinidad es el de carencia de la autorización o la licencia exigidas para desarrollar una actividad, precisamente, con objeto de preservar el medio ambiente. Una actividad está bien considerada como clandestina, cuando discurre bajo la apariencia de otra diversa de aquella para la que se había obtenido permiso, terciaria, sí, pero cualitativamente distinta, y, por eso, oculta bajo esa otra constitutiva de una simple apariencia, que es lo que la hace “clandestina” a efectos legales

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Recurso de casación núm. 599/2009

Resolución: Sentencia núm. 1112/2009

Fecha: 16 de noviembre de 2009

Ponente: Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez

Doctrina: El sentido legal de clandestinidad es el de carencia de la autorización o la licencia exigidas para desarrollar una actividad, precisamente, con objeto de preservar el medio ambiente. Una actividad está bien considerada como clandestina, cuando discurre bajo la apariencia de otra diversa de aquella para la que se había obtenido permiso, terciaria, sí, pero cualitativamente distinta, y, por eso, oculta bajo esa otra constitutiva de una simple apariencia, que es lo que la hace “clandestina” a efectos legales.

Los hechos probados acreditan que la actividad de discoteca-*after*, afectó de manera intensa al ambiente, calidad de vida y salud de los perjudicados, que experimentaron tal efecto en sus propios domicilios, de este modo invadidos merced a la perturbadora injerencia del acusado, a la que no pudieron sustraerse. Tales hechos constituyen el ilícito establecido en el artículo 325 del Código Penal, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Supuesto de hecho

D. Camilo, en calidad de propietario y administrador único y gerente de la empresa Otrotravaladina, S.L., suscribió contrato de arrendamiento como arrendataria del local sito en la calle Entenza nº 37 bajos de Barcelona.

Inició en dicho local su actividad de bar musical o discoteca “242”, como mínimo a partir del 9.12.06, obteniendo en fecha 10 de enero de 2007 la transmisión de la licencia municipal ordinaria de apertura de establecimiento para ejercer la actividad de bar.

El horario y actividad real era de discoteca-*after*, de jueves a domingos desde las 6 horas de la mañana a las 13 horas, no ajustándose dicha actividad a la licencia concedida, tratándose, pues, de una actividad clandestina.

La actividad ilegal de discoteca-*after* regentada por el acusado, generó continuas denuncias por continuadas y reiteradas inmisiones.

En fecha 3 de febrero de 2007 –sábado–, la Unitat de Policia Administrativa i Seguretat (U.P.A.S.) de la Guardia Urbana de Barcelona realizó una inspección ocular del local situado en los bajos del nº 37 de la calle Entenza de Barcelona, comprobando:

a) Que el acusado ejercía en el local destinado a bar una ilegal actividad de discoteca, que se desarrollaba de las 22 a las 3 horas de la madrugada (de jueves a sábado) y de las 5 a las 13 horas (de viernes a domingo).

b) Que en el local el acusado había instalado ilegalmente una pista de baile, seis altavoces y un equipo de música de 700 W marca Samson, sin limitador de ruido alguno.

Asimismo, la Policía judicial comprobó la grave afección sonora que las emisiones de ruido procedentes de la música de la discoteca generaban en domicilios privados.

En fechas 4 de febrero de 2007 –domingo– y 9 de febrero de 2007 –viernes–, agentes de la Guardia Urbana (U.P.A.S.) de Barcelona realizaron toma de muestras sismométricas de las inmisiones generadas por la música en los domicilios de los perjudicados y una nueva inspección ocular en el local. Ante la reiteración de los ruidos y la existencia de nuevas denuncias, se hicieron nuevas inspecciones y tomas de muestras sismométricas.

El 27 de abril de 2007 el gerente del Distrito municipal de l'Eixample dictó Resolución, notificada al acusado en fecha 28 de abril de 2007, por la que se acordaba ordenar el cese de la actividad y requerir al acusado la solicitud de la licencia correspondiente para legalizar la actividad, a la que el acusado hizo caso omiso.

Por resolución del gerente del Distrito, en fecha 3 de abril de 2008, se acordó incoar expediente sancionador y se inicia una serie de legalizaciones e incumplimientos sistemáticos. Instruida la causa penal correspondiente, la Audiencia de Barcelona dictó la sentencia, con el fallo siguiente:

“Que debemos absolver y absolvemos a D. Camilo, mayor de edad y sin antecedentes penales de los nueve delitos de lesiones de que venía acusado por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las 9/10 partes. Y debemos condenar y condenamos a D. Camilo, como autor criminalmente responsable de un delito contra el medio ambiente de los artículos 325.1 y 326 a) del Código penal, no concurriendo circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal a las siguientes penas: cuatro años y un día de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de veinticinco meses, con cuota diaria de 20 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas en caso de insolvencia, y a cuatro años de inhabilitación especial para el ejercicio de actividades relacionadas con actividades de bar, espectáculo y lúdico-musicales. No ha lugar a acordar la clausura

temporal del local de autos, pretendida por el Ministerio Fiscal. En concepto de responsabilidad civil, el acusado indemnizará a D. Segismundo, D^a Felisa y José Francisco en la suma de 5.000 euros a cada uno de ellos, por los daños y perjuicios y daños morales causados a los mismos, con responsabilidad civil subsidiaria de la empresa del acusado OTRALETRAVALLADINA S.L., y al pago de las costas procesales causadas en esta instancia en 1/10 parte.”

Contra esta sentencia se formula recurso de casación por el Ministerio Fiscal y el condenado.

Fundamentos de Derecho

En uno de los motivos de casación, el Ministerio Fiscal alega infracción de ley, por inaplicación del artículo 617,1º del Código Penal, al entender que la condena tendría que haberse impuesto asimismo por falta de lesiones, debido a que en la sentencia se dice que los perjudicados por las inmisiones ruidosas sufrieron insomnio, dolores de cabeza y mal humor, si bien no necesitaron tratamiento.

El TS establece que “(...) es claro que la acusación se formuló también por la agresión al bien jurídico de la salud de los afectados; que la sentencia constata que la misma, en efecto, existió; y que, no obstante esto, el precepto del art. 617,1º Cpenal dejó de aplicarse indebidamente; que es por lo que este motivo debe igualmente estimarse.”

Los motivos de casación formulados por el condenado son dos.

Se alega la infracción del artículo 849,1º y 2º Lecrim, por aplicación indebida del artículo 325 Cpenal y por error en la valoración de la prueba. Esto último por entender que la Sala tendría que haber dejado constancia en los hechos de que los valores de las muestras sobre las que se produjeron los informes sonométricos elaborados por los agentes de la Guardia Urbana de Barcelona oscilaron entre valores mínimos y máximos que no se recogen y que el valor final fijado en cada supuesto fue el resultado de aplicar ciertos factores de corrección (K1, K2 y K3); un modo de operar sobre el que técnicos de sonido que informaron a instancia del recurrente no habrían estado conformes.

El TS le da la respuesta siguiente:

“Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba. De otra parte, hay que tener en cuenta que, como regla, los informes periciales carecen de la calidad de documentos (en sentido técnico-procesal) a los efectos del art. 849,2º, por más que puedan acogerse como tales en algún caso, como cuando existiendo una sola pericia o varias coincidentes, el tribunal se hubiera apartado sin motivación razonable del contenido de los mismos [por todas, STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1193) y 30 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9259)].”

El TS afirma que en contra de lo que sostiene el recurrente, la conclusión de las periciales que discute no puede decirse desmentida, sin más, por la de las producidas a su instancia.

“Así, no es que la Audiencia, al construir los hechos probados, se hubiese apartado de manera arbitraria de un resultado de prueba documentado que fuera incuestionable; sino que, por el contrario, el criterio de la sala tiene firme apoyo en los dictámenes periciales de carácter oficial; y, de este modo, lo que hay es una discrepancia del recurrente con lo dictaminado por los agentes, que ajustaron sus estimaciones a la normativa municipal en la materia.

“Pero es que, además, como la propia sala pone de manifiesto, concurren otros elementos de juicio que ella tomó en consideración. Así, los que se desprenden de la directa observación de los agentes que inspeccionaron el local, y que declararon en la vista en el sentido de que la instalación era pésima, no había ningún limitador de sonido, ni protección alguna y vibraban las paredes. Por otro lado, está la evidencia, asimismo recogida en los fundamentos de la resolución, de que, una vez efectuadas las necesarias correcciones en el aislamiento e instalado un nuevo equipo, a partir de abril de 2008, cambió esencialmente la situación, al mantenerse el nivel de ruido dentro de los límites legales, con el resultado también de que cesaron las molestias causadas a los vecinos. Lo que, unido a todo lo que se ha expuesto, confirma con claridad la existencia de las gravísimas deficiencias apuntadas.”

Por tanto, no puede hablarse de error en la apreciación de la prueba, y la impugnación de este fundamento tiene que desestimarse.

De este modo, no cabe duda, señala el TS que: “(...) el supuesto descrito en los hechos probados afectó de manera intensa al ambiente, calidad de vida y salud de los perjudicados, que experimentaron tal efecto en sus propios domicilios, de este modo invadidos merced a la perturbadora injerencia del acusado, a la que no pudieron sustraerse. Es por lo que ninguna objeción cabe hacer a la calificación de los hechos de la sentencia, que responde, además, con inobjetable rigor, a la interpretación del art. 325 Cpenal realizada por esta sala en sentencias que se citan en la de instancia.”

En el segundo motivo de casación alega infracción de Ley, del artículo 849,1º Lecrim, en concreto, del artículo 326 a) Cpenal. El argumento es que la actividad del recurrente en el local de referencia no puede ser considerada clandestina a los efectos de este último precepto, ya que aquel estaba habilitado por la Administración municipal para el desarrollo de una actividad de carácter terciario.

La respuesta del TS es la siguiente:

“Tanto según el Diccionario de la Real Academia Española como en su acepción usual, el término clandestino denota algo que es o está oculto, en el sentido de realizado de espaldas a la ley o a la autoridad, que es lo sucedido en este caso, con la concreta actividad de discoteca, la efectivamente ejercida en el local del que recurre.

“Pero es que, además, el propio legislador, al concebir el precepto del art. 326 a) Cpenal, ha querido ofrecer una interpretación auténtica de aquel concepto, aclarando que, en el contexto normativo de referencia, clandestino es lo que se realiza sin haber obtenido la autorización o la aprobación administrativa requerida para la regular utilización de las instalaciones de que se trate.

“De este modo, no cabe duda, la actividad desarrollada por el recurrente está bien considerada clandestina, porque discurría bajo la apariencia de otra diversa de aquella para la que se había obtenido permiso, terciaria, sí, pero cualitativamente distinta, y, por eso, oculta bajo esa otra constitutiva de una simple apariencia, que es lo que la hizo ‘clandestina’ a efectos legales.

“Esta lectura de la norma cuya aplicación se cuestiona es la que resulta de sentencias de esta sala como la nº 875/2006, de 6 de septiembre, y 70/2005, de 26 de enero, que ponen buen cuidado en subrayar que el sentido legal de clandestinidad es el de carencia de la autorización o la licencia exigidas para desarrollar una actividad, precisamente, con objeto de preservar el medio ambiente.”

El TS estima el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y por ello condena también a Don Camilo como autor de nueve faltas de lesiones a la pena de un mes de multa por cada una de ellas, a razón de 10 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día por cada 100 euros, con imposición de las costas de un juicio de faltas.

CÓDIGO CUENTA BANCARIA															
ENTIDAD				OFICINA				D.C.		N.º CUENTA					

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org

Fundación Democracia y Gobierno Local



:: La Fundación (FDGL)

Presentación
Órganos de Gobierno
Directorio
:: Publicaciones de la FDGL
Cuadernos de Derecho Local
Anuario del Gobierno Local
Monografías
Revista
Democracia y Gobierno Local
Colección
Documentos e Informes (D+I)
Publicaciones on-line

NEW

:: Cursos, seminarios y otras actividades de la FDGL

Próximos
Realizados

NEW

:: Otras actividades de interés

:: Normas de Régimen Local

Presentación y ayuda
Acceso directo

:: Base de ordenanzas locales

Presentación y ayuda
Acceso a la base

:: Base de informes jurídicos

Acceso a la base

:: Enlaces de interés

Acceso a enlaces

:: Agenda

Ver agenda



Próximas Actividades



Diputaciones Diputacions Diputazioak Deputacions • Cabildos Insulares Cabildos Insulars Irlako Kabildo • Consejos Insulares Consells Insulars Irlako Kontseiluak Consellos Insulares • Ayuntamientos Ajuntaments Udalak Concellos



1^{er}

Premio de Derecho Local

Noticia

d *estacada*



• [haga click aquí](#)

Madrid

General Castaños, 4, 2º
28004 Madrid
Tel. 917 020 414
Fax 913 103 499
fund@gobiernolocal.org

Barcelona

Rambla de Catalunya, 126
08008 Barcelona
Tel. 934 022 244
Fax 934 022 292
fund@gobiernolocal.org

• Patronos

- Diputació de Barcelona
- Deputación da Coruña
- Diputación de Alicante
- Diputación de Badajoz
- Diputación de Cáceres
- Diputació de Girona
- Cabildo de Gran Canaria
- Diputación de Granada
- Diputación de Huesca
- Deputación de Lugo
- Consell Insular de Mallorca
- Consell Insular de Menorca
- Deputación de Ourense
- Deputación de Pontevedra
- Diputación de Sevilla
- Cabildo de Tenerife
- Diputación de Toledo
- Diputación de Zaragoza

• Actualidad

15/09/2009



Salgado espera que la reforma de la financiación autonómica se apruebe en próximas semanas...

• [ver más](#)

15/09/2009



La Conferencia de Presidentes será la última semana de octubre...