Seminari de Dret Local

2008-09

Barcelona

creative commons

Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:

copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:

Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el llicenciador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).

No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.

Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

· Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
· Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular del drets d'autor.
· No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

Acuerdo de Formación Continua en las Administraciones Públicas

Edita
Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a. 08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

Disseny i maquetació
www.lacuinagràfica.com

Sumari

1a sessió 17/10/08

2a sessió 14/11/08

3a sessió 19/12/08

4a sessió 16/01/09

5a sessió 20/02/08

6a sessió 20/03/09

7a sessió 17/04/08

8a sessió 15/05/09

9a sessió 12/06/08

Introducció

El Seminari de Dret Local és una iniciativa conjunta de la Federació de Municipis de Catalunya, l'Ajuntament de Barcelona, la Diputació de Barcelona, l'Escola d'Administració Pública de Catalunya i la Mancomunitat de Municipis de l'Àrea Metropolitana de Barcelona. El seu objectiu és proporcionar als juristes de les administracions locals catalanes l'oportunitat d'estar al dia i aprofundir en els coneixements propis de la seva responsabilitat.

En aquest sentit, el seminari proposa abordar dos aspectes. En primer lloc, es planteja l'anàlisi dels temes generals del Dret administratiu i del Dret local. Aquesta anàlisi, que hom pretén fer des de la perspectiva municipal i amb un plantejament de l'estat actual de la qüestió, s'encarrega als juristes i pensadors més significatius en cada tema.

En segon lloc, el Seminari de Dret Local es planteja el tractament de les novetats legals o jurisprudencials que es van produint durant l'any. En aquesta línia, per a aquest curs es preveuen tres seminaris d'especialització: un sobre règim jurídic i serveis, un altre sobre urbanisme i medi ambient, i un tercer sobre jurisprudència.

Així mateix, a cada sessió s'inclou una introducció que presentarà les novetats jurídiques més rellevants que s'hagin produït en el darrer mes.

La documentació del curs es podrà trobar al web del Seminari de Dret Local, on es podran consultar els materials dels cursos anteriors no publicats, els d'aquest curs i les bases de dades de jurisprudència, doctrina i legislació d'interès per al món local.

El seminari ja té vint edicions i aquesta propera serà la vint-i-unena. Les institucions que promovem aquesta iniciativa volem agrair la confiança que els usuaris ens heu demostrat, una confiança que ha portat aquesta iniciativa molt més lluny del que ens platejàvem al principi.

Les coses han canviat en aquest llarg període i és per això que en aquesta edició del seminari ens proposem utilitzar la web i les comunicacions virtuals com una eina determinant per al futur. En aquest sentit, us demanem que la utilitzeu no únicament per descarregar la informació i les novetats de cada sessió, sinó també per comunicar-vos amb els ponents i per fer les observacions que creieu oportunes sobre l'organització i sobre les ponències i temes de debat.

Ponències

1a sessió
17/10/08

L'aplicació del dret comunitari per les administracions públiques.
Ricardo Alonso García, catedràtic de Dret Administratiu i Comunitari de la Universitat Complutense de Madrid.

La jurisprudència comunitària en l'àmbit local.
Dimitry Berberoff Ayuda, lletrat del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees i magistrat de la sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Aspectes rellevants a tenir en compte en la modificació de les ordenances fiscals de 2009.
Àngela Acin Ferrer, gerent de l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona.

La reforma de la legislació catalana de residus: Lleis 8 i 9/2008.
Joan Perdigó i Solà, advocat.

“La aplicación del Derecho Comunitario por las Administraciones Públicas”

Ricardo Alonso García

Catedrático de la Universidad Complutense

Federació de Municipis de Catalunya

Seminari de Dret Local

17 / 10 / 2008

Según la cláusula de cooperación leal plasmada en el artículo 10 TCE,

> “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.
>
> Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”.

Como es sabido, dicha cláusula alcanza a todos los poderes del Estado, entendidos dichos poderes en términos tanto horizontales (legislativo, ejecutivo y judicial) como verticales (Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales).

Se va analizar dicha cláusula en conexión con los dos principales principios rectores de las relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos nacionales, a saber, la eficacia (en su vertiente tanto aplicativa como interpretativa) y la primacía, completados con el principio de seguridad jurídica.

* * *

En lo concerniente a la eficacia del Derecho Comunitario, la única referencia que encontramos al respecto en el TCE es la que aparece en la definición de los reglamentos sentada en el artículo 249. Dicho precepto, en su segundo párrafo, dispone que

> "El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro".

A dicha previsión explícita, presente ya en la versión del TCE de 1957, vendría a añadirse, en términos negativos, la del artículo 34 TUE tras la reforma del Tratado Ámsterdam (1997); precepto éste que al definir las decisiones marco y las decisiones en cuanto instrumentos de intervención de la Unión Europea en el marco del tercer pilar (cooperación policial y judicial en materia penal), establece expresamente que dichos instrumentos "no tendrán eficacia directa" (apartado 2 *b* y *c*).

A la luz del entonces artículo 189, era evidente de que, con independencia del sistema de cada Estado miembro ante el Derecho Internacional (monista, dualista o mixto), el propio TCE imponía la eficacia directa en relación con determinados instrumentos de intervención (los reglamentos), en manos de unas instituciones creadas a los efectos, como recogía el Preámbulo del Tratado, de "sentar las bases de unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos".

Nada disponía el Tratado, sin embargo, en relación con la eficacia de sus propios preceptos o de otros instrumentos de intervención también mencionados y definidos en el actual artículo 249.

Sería en 1963, en el *asunto Van Gend & Loos*, cuando el TJCE, tras calificar el ordenamiento jurídico comunitario como "propio" y "autónomo" respecto del ordenamiento jurídico internacional y de los ordenamientos jurídicos nacionales, declararía su aptitud para ser directamente aplicado en los Estados miembros.

Tras proclamar la posibilidad de los ciudadanos de invocar internamente el Derecho Comunitario en relación con el Tratado constitutivo, la jurisprudencia del TJCE se concentraría a partir de ese momento en la eficacia de las directivas, a las que, pese a tener como exclusivos destinatarios los Estados miembros, también reconocería su aptitud, una vez finalizado el plazo de ejecución, para poder ser directamente aplicadas en supuestos de falta de ejecución o de ejecución incorrecta, siempre y cuando su contenido fuese incondicional y suficientemente claro y preciso.

Un análisis detenido de su jurisprudencia parece indicar, no obstante, que el TJCE introdujo en el terreno de las directivas una matización esencial respecto de su posición mantenida con relación a las disposiciones del Tratado y de los reglamentos, matización consistente en partir de la premisa de que el efecto aplicativo, en el caso de las directivas, sería el resultado de una situación patológica, consistente en un incumplimiento por parte de los Estados miembros de su obligación de ejecutarlas correctamente en su Derecho interno dentro del plazo fijado.

La eficacia directa de las directivas surge, pues, como un remedio provisional ante una situación patológica que cesa una vez que el Estado miembro procede a ejecutarlas correctamente, dado que producida tal correcta ejecución, es el Derecho nacional, y no la directiva, el que se aplica directamente en los litigios internos. De hecho, existe jurisprudencia consolidada del TJCE en el sentido de que la eficacia directa solo constituye una "garantía mínima" frente a la anómala situación provocada por el incumplimiento por los Estados miembros de su obligación de ejecutar correctamente las directivas en el plazo fijado; situación que no se corrige hasta que efectivamente tiene lugar tal ejecución, ésta sí plenamente aplicable a los particulares ("cuando la directiva es ejecutada correctamente, sus efectos alcanzan a los individuos a través de las medidas de ejecución adoptadas por el Estado en cuestión": *asunto Felicitas Rickmers, 1982*).

Esta construcción conceptual, íntimamente vinculada al incumplimiento por los Estados miembros de su deber de ejecución, fue rodeada al tiempo de un trasfondo sancionador, traducido en la limitación de su operatividad al marco de las relaciones verticales (esto es, entre los poderes públicos y los particulares), y en sentido unilateral (esto es, serían los particulares los que podrían invocar la directa aplicación de las directivas frente a los poderes públicos), y no a la inversa, pues siendo éstos (los "Estados" en sentido amplio del término) los responsables de la situación patológica origen de la entrada en juego de la eficacia directa, no podrían pretender recurrir al remedio frente a la enfermedad por ellos provocada y cuya curación, a través de una correcta ejecución, dependería de ellos mismos (*asuntos Pretore di Salò* y *Kolpinghuis Nijmegen*, ambos de *1987*, confirmando tal doctrina el *asunto Berlusconi e.a., 2005*).

Ligado dicho trasfondo sancionador al efecto vinculante y útil de las directivas que deriva del artículo 249 TCE (*asunto Van Duyn, 1974*) en relación con el deber de cooperación leal de los Estados miembros para con la Comunidad establecido en el artículo 10 TCE (*asunto Moormann, 1988*), que, junto a la entrada en juego de principios generales del derecho (*estoppel*, *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, o *non venire contra factum proprium*), impide que "un Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho comunitario" (*asunto Faccini Dori, 1994*), ello ha traído consigo una curiosa doctrina del TJCE en torno al propio concepto comunitario de "Estado": en unos casos, se ha considerado "Estado", con la correspondiente aptitud para poder invocar en su contra una directiva, empresas en las que existe una participación o un control estatal (*asunto Foster, 1990*), mientras que en otros se ha considerado "particular" una colectividad territorial, con la correspondiente aptitud para poder invocar una directiva en contra el Estado en sentido estricto (*asuntos Comune di Carpaneto Piacentino, 1989*), habiendo insistido varios Abogados Generales a este respecto, por un lado, en lo absurdo que resulta en muchas ocasiones hacer sufrir las consecuencias del incumplimiento estatal a organismos que absolutamente nada tienen que ver con dicho incumplimiento y, por otro lado, en el riesgo de distorsiones no sólo entre los Estados miembros, sino dentro de los propios Estados, como consecuencia de la aplicación de un régimen distinto en función del mayor o menor grado de privatización interna del sector sobre el que incidan las directivas (cfr. conclusiones de los Abogados Generales en los *asuntos Marshall II, 1993*; *Vaneetveld, 1994*; y *Faccini Dori,* antes citado).

Volviendo sobre el trasfondo sancionador, sucede que fue ganando peso en la doctrina del TJCE hasta el punto de convertirse en el principal fundamento de la eficacia directa de las directivas, como demuestra la exclusión de ésta en el contexto de las relaciones horizontales o *inter privatos*: en la medida en que sería solamente el propio autor de la infracción el que debería sufrir las consecuencias de la misma, no cabría la directa aplicación de las directivas en los litigios horizontales

Con otras palabras, al ser el trasfondo sancionador el fundamento básico de la eficacia directa de las directivas, ésta se excluye en el contexto de las relaciones privadas, donde, por definición, no hay comportamiento que sancionar al no ser los sujetos de la relación responsables del comportamiento infractor consistente en la falta de ejecución (o ejecución incorrecta) en el tiempo debido. Si dicho trasfondo sancionador, por el contrario, actuara no tanto como fundamento básico, sino como límite a una aplicabilidad directa más vinculada a la condición de las directivas en cuanto normas jurídicas, la consecuencia sería que éstas desplegarían sus efectos tanto en las relaciones horizontales como verticales, excluida la posibilidad (y aquí estaría el límite) de que el infractor se beneficiara de su infracción.

Sea como fuere, lo cierto es que, tras haber apuntado la referida negación de la eficacia horizontal de las directivas en el *asunto Marshall (1986)*, y pese al clima en contrario entre los Abogados Generales, el TJCEl la confirmaría abiertamente en el *asunto Faccini Dori*.

Bien es cierto, conviene advertir, que cuando el TJCE se pronuncia en *Faccini Dori*, el propio Tribunal ya había abierto vías a través de las cuales suavizar tanto las insuficiencias que para una plena operatividad del Derecho comunitario implicaba la negación de la eficacia aplicativa horizontal de las directivas como la sensación de indefensión que dicha negación traía consigo en el contexto de litigios *inter privatos,* al hacer pagar a los particulares que hubieran confiado en ellas (que parecerían ser dignos, como destacó el Abogado General en el mismo asunto *Faccini Dori*, de mayor protección que quienes confiaron en la infracción del Estado) la falta de ejecución o ejecución incorrecta por los poderes públicos nacionales.

Me refiero a la eficacia interpretativa de las directivas a la hora de iluminar la aplicación de la legislación nacional (principio de interpretación conforme, sobre el que volveremos), y al principio de responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares como consecuencia de los daños y perjuicios derivados de sus infracciones del Derecho comunitario.

A tales mitigaciones de la negación en términos absolutos de la operatividad horizontal de las directivas, hay que añadir también modulaciones posteriores ligadas a la posibilidad de *oponerse*, sin más, a la aplicación de legislación nacional contraria a aquéllas, con independencia de que tal pretensión en términos puramente reaccionales o revisores se sostenga en un litigio que enfrente a un particular con al poder público u otro particular.

En efecto, la doctrina del TJCE sobre la eficacia directa arranca, como vimos, íntimamente ligada a la *precisión e incondicionalidad* de su contenido a la hora de configurar *derechos en favor de los particulares* (en algunas decisiones el TJCE se refirió también a la "claridad" de las directivas, como había hecho en *Van Gend & Loos* al proclamar la aplicabilidad directa del Tratado, en cuanto carácter necesario de su contenido para admitir su eficacia aplicativa –p.e, *asunto Auer, 1983-*; tal referencia, sin embargo, acabó, por puro sentido común, por desaparecer -aunque, como veremos, ha reaparecido en el diferente contexto de la responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario a los efectos de la calificación de la infracción como "suficientemente caracterizada"-, ya que la labor del juez consiste, precisamente, en interpretar las posibles "oscuridades" de las normas, como por lo demás establecía ya en el siglo antepasado nuestro Código Civil de 1888, cuyo artículo 6, párrafo primero, inspirado en el Código Civil napoleónico de 1804, disponía que "el tribunal que rehúse fallar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad").

Una variante de esta doctrina consistente en centrar la eficacia aplicativa exclusivamente en su aptitud para generar derechos en favor de los particulares (cuyo punto de partida se sitúa, en el caso de las directivas, en el ya citado *asunto Van Duyn*), vendrá dada por el *asunto Becker (1982)*: "cuando las disposiciones de una directiva", sostendría el TJCE, "son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas a falta de medidas de ejecución dentro del plazo, en contra de toda disposición nacional no conforme con la directiva o incluso en cuanto sean idóneas para definir derechos que los particulares están en condiciones de hacer valer frente al Estado".

Así pues, queda claro, a partir de *Becker*, que se admite la aplicabilidad no sólo de las disposiciones de una directiva cuando generan derechos subjetivos (en el sentido estricto del término) en favor de los particulares, sino en general, de cualquier disposición de una directiva,

generadora o no de derechos subjetivos, que el particular tenga interés en invocar frente a inejecuciones o ejecuciones incorrectas.

No obstante lo cual, el TJCE siguió poniendo especial acento en la necesidad de que la directiva fuera "incondicional y suficientemente precisa", caracteres estos referidos a disposiciones "no sujetas a ninguna condición ni subordinadas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros" –incondicionalidad- y que impongan "una obligación en términos inequívocos" -precisión- (*asunto Difesa della Cava,1994*).

Sucede, sin embargo, que el hecho de que la directiva sea incondicional y precisa, y susceptible por ello de aplicación pese al incumplimiento estatal en la medida en que la norma nacional en nada podría variar el contenido de la comunitaria al no dejar ésta margen alguno de apreciación en su ejecución, no conlleva que cuando existe tal margen, la directiva no pueda ser operativa; a mayor abundamiento, la situación más conforme con la letra del artículo 249 CE sería precisamente la de una directiva que, dejando margen de apreciación a los Estados miembros en cuanto a su ejecución, desplegara su eficacia cuando éstos sobrepasaran tal margen.

De hecho, tal eficacia, de naturaleza puramente *reaccional*, había sido ya apuntada por el propio TJCE a mitad de la década de los setenta, en un asunto cuya doctrina permanecería arrinconada precisamente debido a su insistencia paralela en la ausencia de margen de apreciación como requisito para admitir la operatividad de una directiva como consecuencia de incumplimientos en su ejecución. Concretamente, el Tribunal admitió en el *asunto VNO (1977)* la posibilidad de invocación por un particular de "la disposición de una directiva ante el tribunal nacional en orden a que éste determine si las autoridades nacionales competentes, al ejercitar la elección que les corresponde en cuanto a las formas y medios de ejecutar la directiva, se han mantenido dentro de los límites de la discrecionalidad [i.e., del margen de apreciación] establecidos por la directiva".

Habría que esperar, sin embargo, casi veinte años, para ver cómo el TJCE resucitaba la referida doctrina en el *asunto Kraaijeveld (1996)*: "Por lo que se refiere al derecho de un particular a invocar una Directiva y a la facultad del Juez nacional de tomarla en consideración, el TJCE ya ha declarado que sería incompatible con el efecto imperativo que el artículo 189 [actual 249] reconoce a la Directiva excluir, en principio, que la obligación que ésta impone pueda ser invocada por los particulares". "En particular", continuó el TJCE, "en los casos en los que, a través de una Directiva, las autoridades comunitarias hayan obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto quedaría debilitado si se impidiera al justiciable invocarlo ante los Tribunales y si los órganos jurisdiccionales nacionales no pudieran tomarlo en consideración, como elemento del Derecho Comunitario, para verificar si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la Directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva (véase la sentencia *VNO*)". "La circunstancia de que en el presente caso", concluyó, "los Estados miembros dispongan de un margen de apreciación no excluye, sin embargo, la posibilidad de efectuar un control jurisdiccional, a fin de verificar si las autoridades nacionales han sobrepasado dicho margen de apreciación".

A la analizada modulación del rechazo de la eficacia horizontal de las directivas (consistente en la posibilidad abierta al particular de invocar la directiva en términos puramente reaccionales frente al poder público u otro particular), hay que añadir la aparición en escena de supuestos en los que

un particular solicita la aplicación de una Directiva frente a una autoridad pública, a resultas de la cual deriva un perjuicio (o "daño colateral") para un tercero.

El terreno tradicional de tales efectos horizontales de la eficacia aplicativa vertical ha sido el de la contratación pública, en el que la vulneración de las Directivas comunitarias reguladoras de la materia, invocable en contra del organismo público adjudicador, puede tener evidentes consecuencias perjudiciales sobre el adjudicatario (p.e., *asuntos Fratelli Constanzo, 1989*; *Furlanis, 1995*; *Hera, 1997*).

Pero la riqueza de la práctica ha comenzado a mostrarnos nuevos terrenos propicios para este tipo de efectos.

Es el caso de la ejecución del Derecho Comunitario medioambiental, y en particular de la ejecución de obligaciones vinculadas al sometimiento de proyectos a evaluaciones de impacto ambiental. Así, el Tribunal ha admitido la invocabilidad por los particulares de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en el marco de impugnaciones contra actividad pública contraria a las exigencias derivadas de la misma; invocabilidad que bien puede traducirse en consecuencias desfavorables para, por ejemplo, los titulares de proyectos autorizados sin la -por hipótesis- obligatoria evaluación de impacto ambiental (*asunto World Wild Fund e.a., 1999*).

Hasta ahora, hemos venido analizando las posibilidades aplicativas de las directivas una vez finalizado el plazo de ejecución. Y ¿qué decir respecto de su eficacia antes de la finalización de dicho plazo?

En 1979, el Tribunal, enfrentado a la cuestión de si una directiva podía servir de fundamento, a partir de su notificación a un Estado miembro, de la confianza legítima de un particular que había actuado conforme a sus disposiciones antes de la expiración del plazo de ejecución por ella establecido y ser así invocada en cuanto parámetro de validez de la normativa nacional, sostuvo que, en tanto no hubiese vencido el plazo fijado, "los Estados miembros quedan libre en la materia" y la directiva "no puede generar, en favor de un particular que se haya atenido a sus disposiciones antes de expirar el plazo de adaptación previsto para el Estado miembro, ningún efecto que pueda ser tenido en cuenta por los órganos jurisdiccionales nacionales" (*asunto Ratti*).

Tal doctrina, sin embargo, quedaría relativizada a partir del *asunto Inter-Environnement Wallonie (1997)*, en el que el Tribunal, partiendo de la premisa de que "habida cuenta de que este plazo [fijado por la Directiva para su ejecución] tiene por objeto, en particular, proporcionar a los Estados miembros el tiempo necesario para adoptar las medidas de adaptación de su Derecho interno, no puede reprochárseles la no adaptación de su ordenamiento jurídico a la Directiva antes de expirar dicho plazo", puntualizó justo a continuación que "también es cierto, sin embargo, que durante el plazo de adaptación del Derecho interno los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que, al expirar dicho plazo, se haya alcanzado el resultado prescrito por la Directiva". Y concluyó: "si bien los Estados miembros no están obligados a adoptar tales medidas antes de expirar el plazo de adaptación del Derecho interno, de la aplicación del artículo 5 [actual 10], en relación con el 189 [actual 249] del Tratado, así como de la propia Directiva, se deduce que durante dicho plazo deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva" (obligación de abstención que surge en el momento, especifica el Tribunal, de la publicación o notificación de la Directiva a los Estados miembros), correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional "apreciar si

estas circunstancias concurren en el caso de las disposiciones nacionales cuya legalidad debe examinar".

Así pues, si el Estado se abstiene de actuar por completo, no cabrá invocar la Directiva en términos plenamente aplicativos o puramente reaccionales mientras no haya finalizado el plazo de ejecución (tal y como confirmaría el *asunto Reiser Internationale Transporte, 2004*). Si, por el contrario, el Estado actúa, queda en manos de los jueces nacionales la más que sutil labor de apreciar, en el marco de la acción correspondiente, si la intervención en cuestión puede "llegar a comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva"; y ello, conforme puntualizaría el Tribunal en el *asunto Mangold (2005)* invocando como respaldo el menos contundente *asunto ATRAL (2003)*, sin importar que dicha intervención "tenga o no por objeto la adaptación del Derecho interno a [la] directiva".

En tal labor de apreciación, según el TJCE, el juez nacional debería, "en particular, examinar si las disposiciones controvertidas se presentan como una adaptación completa del Derecho interno a la Directiva, así como los efectos concretos de la aplicación de las disposiciones que no se ajustan a ésta y su vigencia en el tiempo", a cuyos efectos apunta el Tribunal los siguientes criterios a título de ejemplo: 1) "si las disposiciones controvertidas se presentan como la adaptación definitiva y completa del Derecho interno a la Directiva, su incompatibilidad con ésta podría hacer presumir que el resultado en ella prescrito no se alcanzará en los plazos señalados si, además, es imposible su modificación dentro del plazo"; 2) "a la inversa, el órgano jurisdiccional nacional podría tener en cuenta la facultad de que dispone un Estado miembro para adoptar disposiciones provisionales o dar ejecución a la Directiva por etapas", en cuyo caso "la incompatibilidad de las disposiciones transitorias del Derecho nacional con la Directiva o la no adaptación del ordenamiento jurídico interno a determinadas disposiciones de la Directiva no comprometería necesariamente el resultado prescrito por ésta".

A modo de conclusión, podría sostenerse que, tratándose del propio Tratado y de los reglamentos, la eficacia directa es, en su caso, el "estado normal de las cosas"; de ahí la plena operatividad del principio cuando el contenido de dichas normas así lo permita, independientemente de las partes en litigio (particular / poder público). Por el contrario, en el caso de las directivas, su eficacia directa es consecuencia de un "estado anormal o patológico". Y habida cuenta de que el origen de la anormalidad o patología se encuentra en el comportamiento del poder público en el sentido amplio de la expresión, es el propio poder público, en cuyas manos está el remedio, el que, en tanto no ponga en marcha dicho remedio, ha de sufrir las consecuencias de la enfermedad en cuestión, asumiendo como "remedio mínimo" o "provisional" la operatividad en su contra de las directivas (técnica ésta a la que en su caso podrán acompañar acciones de responsabilidad ejercitadas por los particulares ante los tribunales nacionales por los daños y perjuicios que la patología les haya podido ocasionar, así como acciones por incumplimiento ejercitadas por la Comisión u otros Estados miembros ante el TJCE, susceptibles de desembocar, también en su caso, en imposiciones de sumas a tanto alzado y/o multas coercitivas).

* * *

Cuando la norma comunitaria es por su propia naturaleza, como en el caso de los reglamentos, directamente aplicable, la presencia en el ordenamiento jurídico interno de normas incompatibles en nada altera la situación de aquélla. Con otras palabras, no es necesario recurrir al principio de primacía para hacer efectivo un hipotético desplazamiento de la norma interna en favor de la

(prevalente) comunitaria; basta, simplemente, con aplicar esta última al caso en su condición de norma directamente aplicable.

En relación con las directivas, en cambio y como hemos visto, la eficacia directa presupone la existencia de una patología consistente en la ausencia de normativa interna, o en la presencia de normativa interna incompatible. Pues bien, en este último supuesto, la resolución del conflicto normativo en favor de la directiva pasa por la entrada en juego del principio de primacía, el cual provocará el desplazamiento de disposición interna con ella incompatible, abriendo a su vez las puertas a la aplicación de la directiva en términos sustitutivos o puramente reaccionales en función de su contenido (preciso e incondicional, o limitado a establecer un "margen de apreciación"). Con otras palabras, en presencia de Derecho interno vinculado al radio de acción de una directiva, tal Derecho interno será, en principio, el directamente aplicable; no obstante, el Derecho interno resultará desplazado en virtud del principio de primacía en caso de constatarse su contradicción con la prevalente norma comunitaria, la cual desplegará el efecto de sustitución o de exclusión que reclame su propio contenido (la doctrina francesa, apegada al carácter meramente revisor de jurisdicción contenciosa, con un recurso por *excès de pouvoir* objetivado, dirigido a la pura preservación de la legalidad y, por ende, a la pura anulación de la actividad contraria a la misma, suele referirse a la "invocabilidad de exclusión" en relación con los efectos exclusivamente reaccionales de las directivas, diferenciándola de la "invocabilidad de sustitución", que busca la plena aplicación de la directiva en lugar del Derecho nacional con ella incompatible).

Y es en este terreno del desplazamiento de las normas nacionales incompatibles con normas comunitarias que no son, por su propia naturaleza, directamente aplicables, donde surgen toda una serie de problemas, aun por resolver, en torno al papel que al respecto deben desempeñar las Administraciones Públicas.

En efecto, según declaró el TJCE en el *asunto Fratelli Costanzo (1989)*, "cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, *todos los órganos de la administración pública*, incluso los no integrados en la administración central, como puede ser el caso de un municipio, están obligados aplicar dichas disposiciones", inaplicando, llegado el caso, "aquellas disposiciones de Derecho nacional que [las] infrinjan".

Dicha doctrina, en tales términos absolutos, parece chocar frontalmente con el principio con la separación de poderes, al no ya habilitar, sino obligar a la Administración a, por hipótesis, dejar de aplicar leyes internas por supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario. Obligación que resulta agravada por el hecho, advertido en sus Conclusiones por el Abogado General Lenz, de que, en el supuesto de que el órgano administrativo tenga dudas acerca de la contradicción misma entre la ley nacional y la norma comunitaria, no podrá obtener vía prejudicial ayuda del TJCE al respecto, al estar excluida la "administración", como regla general (en todo caso en su faceta "activa"), del concepto de "órgano jurisdiccional" a los efectos de activar el artículo 234 TCE.

De ahí que convenga matizar tal regla general, ciñendo la mencionada obligación a los supuestos en que la contradicción determinante de la inaplicación de la ley por la administración bien sea una una contradicción clara y manifiesta (siguiendo la máxima *in claris non fit interpretatio*, aplicable en el propio contexto del artículo 234 para suavizar la obligación de los órganos jursidiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno de

plantear cuestiones prejudiciales de interpretación: *asunto CILFIT, 1982*), bien sea una contradicción ya constatada por el juez comunitario o nacional.

Otra cuestión vinculada al alcance del principio de primacía sobre la que también planean dudas es la concerniente a si, más allá de la inaplicación con efectos *inter partes*, cabría, con efectos *erga omnes*, la anulación judicial de las normas internas contrarias a Derecho Comunitario, o su revisión de oficio por la propia Administración.

Descartada tales posibilidades, en lo que al ordenamiento jurídico español se refiere, en el caso de normas con fuerza de ley (excluidas, obviamente, de la revisión de oficio, y circunscrita su anulación judicial al ámbito competencial del Tribunal Constitucional por motivos de *inconstitucionalidad*, lo que no podría ser, a día de hoy, el caso, al seguir sosteniendo el Tribunal Constitucional que la pura contradicción entre ley y Derecho Comunitario no se traduce en un problema de inconstitucionalidad, sino de pura anticomunitariedad cuya resolución compete al juez ordinario en términos de inaplicación), el problema, circunscrito al ámbito reglamentario, parece que debería abordarse a la luz de las posibilidades que al respecto pudiera ofrecer el propio ordenamiento español, pero teniendo en todo caso en cuenta que el Derecho Comunitario, si bien no impone, tampoco impide, antes al contrario, la entrada en juego de procedimientos nacionales tendentes a depurar con efectos *erga omnes* el Derecho interno con él incompatible.

En efecto, recordemos que el punto de partida del Derecho comunitario respecto de la primacía es la remisión a los Derechos nacionales más allá de la inaplicación del Derecho interno incompatible con el comunitario. Tal remisión, asumida en 1978 en el *asunto Simmenthal* ("el Juez nacional…está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas –comunitarias- dejando, si procede, *inaplicadas*, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional"), sería confirmada veinte años después por el TJCE en el *asunto IN.CO.GE (1998)*: "de la sentencia Simmenthal no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma de Derecho nacional posterior produzca el efecto de determinar la inexistencia de ésta", de modo que, "ante semejante situación, el Juez nacional está obligado, en cambio, a descartar la aplicación de esa norma, en la inteligencia de que esta obligación no limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar, entre los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico interno, aquellos que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales reconocidos por el Derecho comunitario".

El *asunto IN.CO.GE* aclara, no obstante y como adelanté, algo respecto de *Simmenthal*: el Derecho comunitario no impide, antes al contrario, la entrada en juego de procedimientos judiciales nacionales que desemboquen en la anulación de Derecho interno por contrario al comunitario en la medida en que "resulten apropiados para salvaguardar los derechos individuales" por este último reconocidos. Es más, si conectado con el principio de equivalencia (y el de seguridad jurídica, sobre el que volveremos), en virtud del cual las acciones ante los tribunales nacionales basadas en Derecho comunitario no deben someterse a reglas menos favorables que las que presiden las acciones basadas en puro Derecho interno (*asuntos Rewe* y *Comet,* ambos de *1976*), parece que, en tanto el Derecho interno permita la impugnación directa y, en su caso, anulación de normas por contrarias a otras igualmente internas de rango superior, tal posibilidad debería extenderse al ámbito de contradicción con las normas comunitarias, sin más cortapisas que las derivadas del principio comunitario de atribución de competencias y de su correlativo constitucional en la mayor parte de los Estados

miembros, que contemplan la integración en términos de cesión *limitada* de competencias (lo que circunscribe la posibilidad de depuración judicial a aquellas normas internas que no tengan un radio de acción extracomunitario).

No pareció verlo así el Tribunal Constitucional español en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, sobre el Tratado por el que establece una Constitución para Europa.

La "primacía", se nos dice en dicha Declaración, se desenvuelve en el orden de "la aplicación de normas válidas", sustentándose "en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones" (ello a diferencia de la "supremacía", principio concerniente al orden de "los procedimientos de normación" y que determina la "invalidez" de las normas que contradigan lo dispuesto imperativamente en otras "de carácter jerárquico superior").

Entendida en estos términos la primacía comunitaria, y asumido por el TC que en tales términos se desarrollan, globalmente, las relaciones entre el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico español, la conclusión no puede ser más sencilla: en ningún caso aquél puede conllevar la invalidez de éste en caso de contradicción, sino a lo sumo su desplazamiento o inaplicación.

Creo, sin embargo, que la referida distinción entre primacía y supremacía no deja de ser un *obiter dictum* innecesario y perturbador, que no responde a la lógica de las relaciones entre ordenamientos globalmente considerados, sino específicamente de las relaciones del ordenamiento europeo con una concreta fuente interna como es la ley; esto es, no creo que estuviera en la mente del juez constitucional ni el propio texto constitucional (a cuya relación con el ordenamiento europeo había dedicado toda su argumentación inmediatamente anterior), ni las normas reglamentarias (hasta entonces enjuiciadas y anuladas por nuestra jurisdicción contencioso-administrativa en caso de contradicción con el Derecho comunitario, al margen de cualquier elucubración en torno a la primacía y la supremacía).

Así, al menos, parece haberlo entendido el Consejo de Estado en su *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, evacuado a petición del Gobierno el 14 de febrero de 2008 y en el que ensalza la recién mencionada doctrina de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo favorable a la anulación con efectos *erga omnes* de los reglamentos contrarios al Derecho comunitario.

También aborda el Informe el problema de la depuración de leyes anticomunitarias; y tras recordar su propuesta contenida en su *Informe sobre la reforma constitucional* de 16 de febrero de 2006, en el sentido de centralizar la competencia al respecto bien en el Tribunal Constitucional, bien en el Supremo, se decanta el Consejo de Estado en favor de aquél, a través de una reforma de su Ley Orgánica previendo una suerte de "cuestión de anticomunitariedad", de "planteamiento obligatorio si por sentencia firme se inaplicase una norma legal por contraria a Derecho comunitario" ("pero sin que tuviese incidencia alguna sobre la sentencia origen de la cuestión, dada su firmeza, una hipotética resolución del Tribunal Constitucional en sentido contrario, esto es, favorable a la validez de la norma con fuerza de ley").

Asimismo, aborda el Informe los problemas que plantea el antes referido y cuestionado poder-deber de la Administración de inaplicar normas contrarias al ordenamiento jurídico

comunitario, así como la complejidad que presenta la revisión de oficio de actos firmes contrarios a Derecho europeo.

En relación con la primera cuestión, tras exponer las dificultades que encierra una asunción sin matices de la *doctrina Fratelli Costanzo* (entre otras razones, como correctamente advierte, ante la dificultad, cuando no imposibilidad, de activar la cuestión prejudicial) y subrayar que "conviene fijar la atención en la mejora de las tareas de incorporación y de depuración, y no tanto en la potestad de la Administración para inaplicar disposiciones internas cuando dichas tareas no han sido ejecutadas correctamente", el Consejo de Estado propone, creo que acertadamente, condicionar el ejercicio de dicha potestad al previo dictamen favorable del propio Consejo (u órgano equivalente autonómico), abriendo las puertas a un posible diálogo vía prejudicial con Luxemburgo (diálogo que, en cambio, no sería posible, frente a lo que erróneamente cree el Consejo, en el marco de la "infrautilizada técnica de la revisión de oficio de disposiciones de carácter general" prevista en el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo, habida cuenta de la criticada exclusión de la "acción de nulidad" que permitía la Ley de 1958, lo que a su vez conlleva la exclusión de siquiera cualquier indicio de un litigio, necesario en el planteamiento de la cuestión prejudicial).

Y en lo concerniente a la revisión de oficio de los actos firmes contrarios a Derecho europeo, el Consejo de Estado estima conveniente distinguir "los casos en los que vulneración del Derecho comunitario ha sido atribuida a un determinado acto administrativo de aquéllos en los que la declaración de disconformidad ha afectado a una previsión normativa interna, con base en la cual se dictaron actos que adquirieron firmeza con anterioridad a dicha declaración". Respecto de los primeros, y ante la inexistencia de un mecanismo específico de alcance general que permita la revisión de actos favorables que no incurran en nulidad de pleno derecho, el Consejo, en la línea ya manifestada en sus Memorias anuales, propone una previsión revocatoria de actos firmes por imposición de una decisión o sentencia comunitaria; en cuanto a los segundos, por el contrario, no considera oportuno la creación de un cauce específico revocatorio al respecto, considerando suficiente, en aras de la seguridad jurídica, continuar restringiendo la revisión a los supuestos de nulidad de pleno derecho *ex* artículo 62.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

* * *

Junto con los principios de eficacia directa y primacía, el TJCE fue configurando en la década de los ochenta, el principio de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho Comunitario; principio éste en constante evolución, particularmente en el ámbito de las directivas. Así, desde el *asunto Von Colson y Kamann (1984)*, el TJCE ha ido expandiendo su radio de acción al Derecho nacional preexistente (*Marleasing, 1990*) considerado en su conjunto (y no sólo al dictado en ejecución de las directiva en cuestión: *asunto Pfeiffer, 2004*), admitiendo su entrada en juego antes de la finalización del plazo de ejecución incluso el Estado legislador se abstiene de actuar por completo (*Adeneler, 2006*).

Como características del principio de interpretación conforme, cabría destacar las siguientes:

1) Se trata de un principio comunitario, acuñado por el intérprete supremo del propio ordenamiento jurídico comunitario (el TJCE), con vocación de ser manejado de manera análoga por todos los operadores jurídicos nacionales, y muy particularmente por los jueces y tribunales internos. Por mucho que en algunos Estados miembros, como sucede con los principios comunitarios de primacía y eficacia directa, se intente encontrar una cláusula

interna, constitucional o legal, que ampare el principio de interpretación conforme, lo cierto es que se trata de un principio autónomo que deriva del propio ordenamiento jurídico comunitario. O con palabras del TJCE, se trata de un principio que "es inherente al régimen del Tratado".

2) Es un principio que, en sentido estricto, sólo es predicable respecto de instrumentos comunitarios jurídicamente vinculantes (de todos ellos: con relación al Tratado, cfr. *asunto Murphy, 1988*, o más recientemente, *asunto ITC, 2007*; con relación a reglamentos que en determinados casos requieran medidas nacionales de desarrollo o complemento, cfr. *asunto Rolex, 2004*). Así, pese a la similitud del lenguaje empleado por el TJCE, no es la misma la fuerza interpretativa que despliegan las normas comunitarias vinculantes que la que despliegan las normas comunitarias no vinculantes. Mientras que las normas vinculantes obligan al juez nacional "a hacer todo lo posible" por encontrar una lectura de la normas internas conforme a aquéllas, las normas no vinculantes (*soft law*) sólo imponen al juez nacional a "tenerlas en cuenta" a la hora de interpretar el Derecho interno. En efecto, negada la obligación de aplicar directamente una *recomendación* como consecuencia de su naturaleza no vinculante, el Tribunal sostuvo en el *asunto Grimaldi (1989)* que ello, sin embargo, no podía conducir a considerar las recomendaciones "como carentes en absoluto de efectos jurídicos", afirmando a continuación que "los tribunales nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante".

Asumido que la doctrina *Grimaldi* resulta en principio aplicable a otras variantes de *soft law*, adviértase la diferencia de matiz entre el alcance interpretativo de éste y el del *hard law*, que se traduce en una imposición a los jueces y tribunales de nacionales de buscar una interpretación de las normas nacionales conforme a las comunitarias, de modo que siendo dicha interpretación posible, no puede ser descartada por el juez nacional al aplicar el Derecho interno; *Grimaldi*, sin embargo, se limita a imponer al juez nacional la obligación de no obviar la existencia de la recomendación, lo que nos sitúa no en el terreno de la obligada interpretación conforme (tanto de su búsqueda como, si encontrada, de su plena operatividad), sino cuanto más en el de la motivación sobre su posible descarte a la hora de aplicar el Derecho interno.

3) En el terreno de las normas comunitarias vinculantes, el principio de interpretación conforme varía en intensidad en función de la naturaleza de la norma en cuestión. Así, aunque como se ha señalado, se trata de un principio "inherente al régimen del Tratado", vinculado al "principio de cooperación leal" del artículo 10 TCE y al "efecto útil" de la competencia prejudicial (Pues "dicha competencia se vería privada de la esencia de su efecto útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar [los instrumentos jurídicos comunitarios] a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros": cfr. *mutas mutandis* el *asunto Pupino, 2005,* en relación con las decisiones marco del tercer pilar), el TJCE agudiza sus fundamentos y sus consecuencias en el particular terreno de las directivas, apoyándose específicamente en el "efecto útil" del párrafo tercero del artículo 249 TCE (pues el "carácter vinculante" que en él se atribuye a las directivas, "en el sentido de que éstas «obligarán» a los Estados miembros «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»", quedaría debilitado si no se admitiera que dicho carácter vinculante "supone

para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional", alcanzando así el resultado perseguido por la directiva y ateniéndose así al artículo 249 TCE: cfr. de nuevo, *mutas mutandis*, el *asunto Pupino*).

Tal reforzamiento de la interpretación conforme en el terreno de las directivas encuentra probablemente su razón de ser en la posibilidad de que tales normas no sean directamente aplicables al litigio de llegar a constatarse una incompatibilidad, debido bien a la falta de "precisión e incondicionalidad" de su contenido, bien a la negación por el TJCE de su eficacia directa horizontal (en litigios *inter privatos*) y vertical inversa (en litigios entre el poder público y el administrado, en los que aquél pretende una directa aplicación de la directiva frente a éste): cfr. *asunto Adeneler*, en el que el TJCE declaró que "procede subrayar que esta obligación [de interpretación conforme], que se deriva de los artículos 10 CE, párrafo segundo, y 249 CE, párrafo tercero, así como de la propia directiva de que se trate, *se impone especialmente en el caso de que alguna disposición de la directiva carezca de efecto directo*, bien porque la disposición pertinente no sea lo bastante clara, precisa e incondicional como para producir tal efecto, bien porque el litigio se desarrolle exclusivamente entre particulares". Y es que no debe olvidarse que descartada en tales supuestos la directa aplicación de la directiva (asumidos los matices que el TJCE ha ido introduciendo en su doctrina de la eficacia directa cuando ésta presenta una vertiente puramente "reaccional", i.e., un efecto de pura "exclusión" de la legislación nacional incompatible, sin llegar al extremo de su "sustitución" por la directiva), es precisamente la interpretación conforme la única vía que permitiría la "armonización" europea de la legislación nacional (pues al margen de dicha "armonización" se situaría la vía de la responsabilidad del Estado frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados de la ejecución incorrecta del Derecho Comunitario). Tal aproximación resultaría, por lo demás, familiar a la de los tribunales británicos en relación con la *Human Rights Act* (*HRA 1998*), en cuyo contexto, la imposibilidad de una interpretación conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos no conduce a una directa aplicación de éste en detrimento de la legislación nacional contraria, sino tan sólo a una "declaración de incompatibilidad" de dicha legislación (lo que ha llevado a los tribunales británicos, como veremos, a intensificar al máximo las posibilidades que ofrece dicha interpretación conforme).

4) La "interpretación conforme" tiene una clara vocación de homogeneidad en el sentido de principio manejado de manera análoga por los operadores jurídicos de todos los Estados miembros, más allá del margen para la diversidad, como veremos, más aparente que real, permitido por el TJCE (recordemos que en Von Colson y Kamann, el TJCE sentó la obligación del juez nacional de "dar a la legislación nacional adoptada en ejecución de la Directiva, *en la medida en que así lo permita su Derecho nacional*, una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho Comunitario"). Por otro lado, puede advertirse una tendencia a superar los matices que algunas altas jurisdicciones nacionales introdujeron en su momento, *motu proprio*, en cuanto a la intensidad de la interpretación conforme en función de la naturaleza de la propia norma jurídica interna a interpretar, concretamente en relación con los textos constitucionales, o cuanto menos de partes de los mismos considerados como el "núcleo duro" de la soberanía nacional.

Es el caso, por ejemplo, del Tribunal Constitucional español, que parece haber asumido que la obligación de interpretación conforme alcanzaría incluso a los valores y principios esenciales de nuestro texto constitucional, progresivamente cubiertos, siguiendo la evolución de la Unión Europea, por la obligación de una lectura *pro communitate*. Así, en su Declaración 1/2004, de

13 de diciembre, tras constatar la creciente asunción explícita, como fundamento propio de la Unión, de los mismos valores y principios que presiden los ordenamientos constitucionales nacionales, sobre todo a partir del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Tribunal Constitucional consideró que éste vendría a "consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían *llegar a hacerse irreconocibles* tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal" (situando así el límite del esfuerzo interpretativo *pro communitate* en las lecturas *contra constitutionem*, que son las que convertirían en "irreconocibles" las referidas zonas del texto constitucional especialmente soberanas).

En una línea similar parece moverse el Tribunal Constitucional polaco en su decisión de 11 de mayo de 2005 (sobre el Tratado de Adhesión de Polonia a la Unión Europea), en la que, tras comenzar proclamando que "las disposiciones de la Constitución, siendo ésta la norma suprema en la que se manifiesta la voluntad de la Nación, no podrían perder su naturaleza vinculante o ver modificado su contenido por el mero hecho de su *incompatibilidad insuperable* con disposiciones comunitarias", puntualizaría más adelante: "El principio de interpretación del Derecho interno de manera 'conforme con el Derecho europeo', tal y como resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tiene sus límites. En ningún caso podría conducir a resultados contradictorios con *el texto explícito de las disposiciones constitucionales o resultar irreconciliable con las garantías mínimas plasmadas en la Constitución*".

El Tribunal Constitucional checo, por su parte, declararía en su decisión sobre la euro-orden de 3 de mayo de 2006: "El artículo 1.2 de la Constitución de la República Checa, junto con el principio de cooperación plasmado en el artículo 10 del Tratado CE, sienta las bases del principio constitucional según el cual el Derecho interno, incluida la Constitución, debe interpretarse de manera conforme con los principios de la integración europea y la cooperación entre las autoridades comunitarias y nacionales. En presencia de diversas interpretaciones posibles de la Constitución, incluida la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales, debe optarse por aquella que respalde el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la República Checa en relación con su condición de miembro de la Unión Europea".

5) Se trata, en fin, de un principio con vocación expansiva, como ha demostrado su extensión al terreno del tercer pilar (*asunto Pupino*).

En el terreno de las directivas, que es donde el principio ha recibido un mayor tratamiento por parte del TJCE, existen aún interrogantes por resolver tanto en el plano teórico como en el de su aplicación práctica, al caso concreto.

El punto de partida debe ser la presencia de una directiva y de normativa interna a interpretar conforme a aquélla; pues si no hay norma interna, no hay nada que interpretar conforme a la directiva, y el discurso se debe plantear, en su caso, en términos de eficacia directa. La afirmación es obvia, pero lo cierto es que existen algunos pronunciamientos del TJCE que han introducido confusión al respecto. Valga como ejemplo sus referencias al hecho de que, habida cuenta de la especial naturaleza jurídica de las directivas y de los límites derivados de los principios generales del derecho, "el requisito de interpretación conforme no puede llevar a que una directiva cree, por sí misma e independientemente de una ley interna de adaptación, obligaciones para los particulares o determine o agrave la responsabilidad penal de quienes

contravengan sus disposiciones" (recientemente, *asunto Kofoed, 2007*). Es evidente que si no hay norma interna que interpretar, es ésta ausencia la que determina conceptualmente la imposibilidad de recurrir al principio de interpretación conforme, y no los límites derivados de la naturaleza de las directivas (en el contexto de su eficacia no interpretativa, sino directa) o de los principios generales del derecho… Ello en el bien entendido de que el juez nacional, como hemos visto, debe tomar en consideración "el conjunto de normas del Derecho nacional" (*asunto Pfeiffer*), incluso preexistente (*asunto Marleasing*), y no sólo la legislación adoptada para ejecutar la directiva de que se trate, por lo que el principio de interpretación conforme sí podría, en tal contexto, servir para cubrir de manera integradora supuestos de laguna legal.

Sentado lo cual, la presencia de una directiva exige su toma en consideración antes de proceder a interpretar el Derecho nacional. Con otras palabras, no se trata de interpretar el texto nacional aisladamente y, en caso de duda, acudir a la lectura del texto europeo. Se trata de interpretar el texto nacional, desde el comienzo, de conformidad con la directiva (y no sólo con ésta, pues como ha recordado recientemente el TJCE en el *asunto Promusicae, 2008*, "en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico a estas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con dichas Directivas, sino también procurar que la interpretación de éstas que tomen como base no entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad").

Situados en tal punto de partida, podría ya entrar en juego el "espíritu CILFIT" (reafirmado en el *asunto Intermodal Transports, 2005*) así como los propios métodos comunitarios de interpretación. Y en tal contexto, hay que advertir que la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario presenta sus especialidades, como la variedad de versiones lingüísticas oficiales a tener en cuenta o la intensificación del recurso al Derecho Comparado.

En todo caso, puede suceder y de hecho sucede que las dudas acerca del alcance de la directiva surjan precisamente al cotejarla con la legislación nacional. Será entonces, y no antes, cuando entre en juego en su caso la cuestión prejudicial.

Pero debe quedar claro, se insiste, que la lectura de la legislación interna debe estar presidida, desde el comienzo, por el principio de interpretación conforme desde una perspectiva apriorísitica (en el sentido de que predetermina el manejo de los principios nacionales de interpretación) y, además, transversal (en el sentido de que impone un manejo de los principios nacionales de interpretación que mejor sirvan, en el caso concreto, al principio comunitario de interpretación conforme).

Volvamos de nuevo sobre la doctrina del TJCE. El juez nacional está obligado a "hacer todo lo posible" en la búsqueda de una interpretación conforme con el Derecho Comunitario, manejando sus métodos de interpretación ("en la medida en que así lo permita su Derecho nacional": *Von Colson y Kamann*; cfr. asimismo *Pfeiffer*). En principio, pues, hay margen de maniobra ("margen de apreciación" que le conceda su Derecho nacional es la expresión empleada por el TJCE en *Frigerio Luigi & C, 2007*), habida cuenta de la remisión del TJCE a los métodos nacionales de interpretación. Tal margen de maniobra, no obstante, es menor de lo que parece, dado que el manejo de los métodos nacionales de interpretación está subordinado a la consecución de una interpretación conforme. Probablemente el TJCE estuviera asumiendo de antemano, al remitir a los métodos nacionales de interpretación, la

flexibilidad con la que los jueces y tribunales nacionales suelen manejar dichos métodos (como también el TJCE maneja con flexibilidad sus propios métodos comunitarios de interpretación…), lo que facilitaría su subordinación a la búsqueda de una interpretación conforme con la directiva. Con ese y no otro objetivo hay que manejar los métodos nacionales de interpretación, que desde un comienzo pueden resultar alterados por el alcance del principio comunitario de interpretación conforme.

Valga como ejemplo el valor de los trabajos preparatorios en la interpretación de las normas internas. Pueden tener mucha importancia en la metodología interpretativa de un ordenamiento nacional. Pero dicha importancia está ya relativizada en *Marleasing*, al extender el principio de interpretación conforme, como vimos, al Derecho nacional preexistente. Más aún en *Pfeiffer*, al extenderlo, según adelanté, a todo el Derecho nacional, y no sólo a las normas dictadas en ejecución de las directivas:

> "Si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho interno a la directiva de que se trate, no se limita, sin embrago, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración todo el Derecho nacional [i.e., "el conjunto del Derecho nacional"] para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la directiva".

Pero sucede, además, que incluso poco antes de dictar la *sentencia Pfeiffer*, el TJCE había llegado a afirmar expresamente en el *asunto Björnekulla (2004)*, que

> "cuando un órgano jurisdiccional nacional tiene que interpretar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva de que se trate, está obligado a hacer todo lo posible por interpretarlo a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así al artículo 249 CE, párrafo tercero (…..), *y ello a pesar de los elementos de interpretación en sentido contrario que pudieran resultar de los trabajos preparatorios de la norma nacional*".

Subordinación, pues, de los métodos nacionales de interpretación a la búsqueda de una interpretación conforme con la directiva, que alcanza también, como es lógico, al método gramatical o textual, que puede resultar no ya modulado, sino desplazado por otro método nacional de interpretación en el marco de la mencionada búsqueda de una lectura conforme con la norma comunitaria.

Así, frente a frecuentes afirmaciones en el sentido de que sólo podría forzarse la lectura de la norma interna en caso de que aquélla presentara alguna ambigüedad (identificando así con una interpretación contraria a la pura letra de la ley el límite del *contra legem* que el TJCE reconoce a la interpretación conforme), lo cierto es que lo que en principio parecería no admitir dobles lecturas a la luz del puro texto del precepto a interpretar, podría sin embargo llegar a admitir lecturas distintas si interpretado dicho texto en su contexto, o a la luz de los trabajos preparatorios de la norma nacional o del espíritu de ésta, presidido siempre tal esfuerzo hermenéutico, se insiste, por la búsqueda de una interpretación conforme.

Puede aquí traerse a colación la decisión de la *House of Lords* de 21 de junio de 2004, en el *asunto Ghaidan*, aclarando antes al respecto que, pese a tratarse de una decisión dictada en el marco de la antes mencionada *HRA 1998*, tal norma, y concretamente su artículo 3 (1) (según

el cual "la legislación primaria y su subordinada deberá ser interpretada y aplicada, en la medida de lo posible, de manera conforme con los derechos del Convenio"), se inspiró en la doctrina del TJCE sobre la interpretación conforme de las directivas (como afirma en su opinión Lord Rodger of Earlsferry: "Cuando el Parlamento estableció que, «en la medida de lo posible», la legislación debía interpretarse y aplicarse de manera conforme con los derechos del Convenio, se estaba refiriendo, cuanto menos, a los más amplios poderes de interpretación de la legislación hasta entonces ejercidos por los tribunales hasta 1998. En particular, el Parlamento habría sido consciente de lo que habían venido haciendo los tribunales en orden a cumplir con su obligación, al interpretar la legislación interna, de –citando Marleasing- «hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere la directiva»"; de hecho, la fórmula "en la medida de lo posible" es interpretada de una manera mucho más intensa por los tribunales británicos que por los tribunales neozelandeses y australianos, que cuentan con una fórmula parecida, respectivamente, en la *New Zeland Bill of Rights Act 1990* y en la *Human Rights Act 2004*).

Bien esclarecedora resulta la opinión de Lord Nichols of Birkenhead, que precede a la de sus colegas:

> "Una interpretación defendible de la expresión «posible» sería aquella según la cual el artículo 3 se limita a exigir a los tribunales que resuelvan ambigüedades. Cuando las palabras bajo consideración admiten cabalmente más de un significado, debe prevalecer el que impone el Convenio. Debería darse a las palabras el significado más conforme con los derechos del Convenio.
>
> Tal interpretación del artículo 3 otorgaría al precepto un alcance relativamente limitado. Y no es ésta la visión que ha prevalecido. Se acepta ahora de manera generalizada que la aplicación del artículo 3 no depende de la presencia de ambigüedades en la legislación a interpretar. Aun si el significado de la legislación, construido de acuerdo con los principios ordinarios de interpretación, no admite dudas, el artículo 3 puede, no obstante, exigir que se dé a dicha legislación un significado distinto.
>
> De ello se deriva que la obligación interpretativa impuesta por el artículo 3 tiene una naturaleza que va más allá de lo usual. El artículo 3 puede llegar a exigir del juez que se aparte de lo que, de no existir dicha obligación, podría considerarse como significado inequívoco de la legislación".

A similar conclusión llega Lord Steyn:

> "Es necesario establecer lo que el artículo 3, y en particular la expresión «posible», no significa. En primer lugar, el artículo 3 (1) se aplica incluso en ausencia de ambigüedad en el lenguaje, en el sentido de susceptible de dos lecturas *posibles*. La expresión «posible» figura en el artículo 3 con un sentido diferente y mucho más enérgico. En segundo lugar, el artículo 3 (1) impone una obligación más fuerte y radical que aquella consistente en adoptar una interpretación teleológica a la luz del Convenio. En tercer lugar, los redactores de la ley tuvieron ante sí el modelo de la Bill of Rights Act neozelandesa, que impone que la interpretación adoptada sea razonable. Y el Parlamento rechazó específicamente el modelo legislativo consistente en exigir una interpretación razonable". "Por el contrario", continúa, "los redactores recurrieron a la obligación análoga impuesta a los tribunales nacionales por el Derecho Comunitario".

En definitiva, aun en ausencia de ambigüedades (puede también aquí recordarse que el Libro Blanco *Rights Brought Home: The Human Rights Hill*, que acompañó a la Ley durante su tramitación, describe la cláusula del artículo 3 como una regla de interpretación que "va más allá de la regla actual que habilita a los tribunales a tener en cuenta el Convenio a los efectos de resolver cualquier ambigüedad de una disposición legislativa"), la obligación de interpretación conforme puede llegar a imponer, como también explica Lord Millett, lecturas "anormales" (esto es, lecturas que, pese a resultar "extrañas o poco razonables, sean no obstante intelectualmente defendibles"), que no podrían alcanzarse recurriendo a los estándares ordinarios de interpretación.

Existiría en todo caso, en expresión de Lord Steyn, "un Rubicón que los tribunales no pueden cruzar", que no sería otro que transformar la función judicial en una función legislativa. Y al respecto, resulta convincente el descarte por Lord Rodger of Earlsferry de previsiones del tipo de la recogida por la Constitución de Belice, que refiriéndose a la legislación preexistente, impone la obligación de interpretarla "con tantas modificaciones, adaptaciones, matizaciones y excepciones como sean necesarias para conformarla con la Constitución". Según Lord Rodger of Earlsferry, "el lenguaje de tal precepto parece que va más allá que el del artículo 3 de la HRA 1998, especialmente al establecer que las leyes existentes (en el momento de la entrada en vigor de la Constitución) deben interpretarse con tantas modificaciones, etc., «como sean *necesarias*» para conformarlas a la Constitución".

Volviendo sobre el principio comunitario de interpretación conforme (cuya vinculación con la *HRA 1998* es a su vez destacada en el contexto del tercer pilar de la Unión Europea por la misma *House of Lords* en su decisión de 28 de febrero de 2007, en el *asunto Dabas*), debe sostenerse que *impone* una revisión de la metodología hermenéutica interna en la búsqueda de una interpretación conforme. Metodología que, más allá de la homogeneidad que representa dicha imposición, resultará variable en el sentido de que el juez nacional tendrá que optar, en función del caso concreto, por el principio interno de interpretación más adecuado para alcanzar una lectura de su Derecho conforme con el Derecho Comunitario.

De ahí que el límite del *contra legem* al que expresamente se refiere el TJCE a partir del *asunto Pupino* se encuentre, creo, en lecturas de la legislación nacional no tanto contrarias a las que deriven del texto, o del contexto, o de los trabajos preparatorios… (puesto que según hemos visto, el principio comunitario de interpretación conforme incluye, llegado el caso, el desplazamiento de un principio nacional de interpretación en favor de otro –el que precisamente desemboque en una interpretación "más conforme" con la norma europea-), como ajenas a la metodología misma interpretativa, transformando al intérprete en legislador. Ese es precisamente el sentido que en mi opinión debe darse a la afirmación del TJCE de que "el principio de interpretación conforme requiere, por tanto, que *el órgano jurisdiccional remitente haga todo lo que esté dentro de sus competencias*, tomando en consideración el conjunto de normas del Derecho nacional, para garantizar la plena efectividad de la Directiva" (asunto Pfeiffer). Y ello teniendo en cuenta que el esfuerzo del juez nacional en la búsqueda de una interpretación conforme deberá traducirse en una motivación adecuada al respecto, so riesgo, de lo contrario, no ya de sobrepasar el principio de separación de poderes, sino de incurrir simple y llanamente en arbitrariedad.

La intensidad en dicho esfuerzo interpretativo, por lo demás, tiene sus consecuencias no sólo en la intensidad de la motivación exigible al juez nacional (i.e., a mayor esfuerzo interpretativo, mayor intensidad en la motivación), sino en la conexión del principio de interpretación

conforme con otro principio capital que preside las relaciones entre el ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos internos, como es el de seguridad jurídica.

En efecto, en la medida en que mayor sea el esfuerzo interpretativo para la consecución de una interpretación conforme, más se alejará la normativa interna así interpretada de las exigencias que el TJCE deriva del principio de seguridad jurídica, en el sentido de imponer que los particulares estén, de manera real y efectiva, en situación de conocer la plenitud de los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario, y de prevalerse de ellos, en su caso, ante los órganos jurisdicciones nacionales. De ahí, por ejemplo, que el TJCE, en *asunto Steenhorst-Neerings (1993)*, tras declarar que nada se oponía a que a través de una aplicación judicial constante se evitara una discriminación entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social *que parecía desprenderse claramente de la letra de una ley nacional* en contra de lo dispuesto por una Directiva, puntualizara que tal labor judicial permitía "garantizar la plena eficacia [de la Directiva en cuestión] *en tanto el Estado miembro no haya adoptado las medidas legislativas para su plena vigencia*". Así pues, se pueden llegan a considerar "anticomunitarias" normas nacionales que, aun siendo susceptibles de una interpretación conforme tras un intenso esfuerzo hermenéutico del juez nacional, también sean susceptibles, al margen de dicho esfuerzo, de una interpretación contraria al Derecho Comunitario. Con otras palabras, pese a que el "Estado juez" opte por una interpretación conforme en el caso concreto (incluso sobre la base de una "aplicación judicial constante"), el "Estado legislador" puede estar incurriendo en incumplimiento mientras no proceda a una modificación formal de la legislación en cuestión a los efectos de satisfacer plenamente las exigencias del principio de seguridad jurídica; exigencias que, además, se refuerzan especialmente en presencia de directivas que tengan por objeto "la atribución de derechos a los nacionales de otros Estados miembros, puesto que dichos nacionales no están normalmente al corriente [de lo previsto en el ordenamiento jurídico de Estados distintos del suyo]" (*asunto Comisión v. Alemania, 1985*). En ello insistiría el TJCE en el *asunto Comisión v. Países Bajos (2001)*, en el que, tras recordar que las exigencias de la seguridad jurídica se intensificaban "cuando la directiva de que se trata tiene por objeto conferir derechos a los nacionales de los Estados miembros", y más aún a una tipología de nacionales tradicionalmente desprotegida, como era el caso de los consumidores, declaró que "una jurisprudencia nacional, aun cuando se la repute consolidada, que interprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la Directiva, no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de la seguridad jurídica".

Volviendo sobre los límites que el propio TJCE impone a la interpretación conforme, al ya referido rechazo de la interpretación *contra legem* hay que añadir los límites que derivan de otros principios generales del Derecho Comunitario, como, por ejemplo, el principio de legalidad en materia penal (cfr. *asunto Kolpinghuis Nijmegen, 1987*) o, en general, sancionadora, que impide interpretaciones extensivas o analógicas que tengan por efecto determinar o agravar la responsabilidad (no entran en juego, en cambio, los antes mencionados límites concernientes a la eficacia directa de las directivas en función de las partes implicadas en el litigio: cfr. *asunto Kofoed*, ya citado). De ahí que en el *asunto Comisión v. España (2004)* el TJCE, tras deducir "que la normativa española no prohíbe todas las actividades infractoras mencionadas en la Directiva y que las disposiciones invocadas por el Gobierno español son insuficientes para garantizar una adaptación correcta y completa del ordenamiento jurídico español a [determinados preceptos] de la Directiva", declarara que "aunque se interpretara el Derecho penal a la luz de la Directiva, no se podrían colmar las lagunas e insuficiencias puestas de manifiesto por la Comisión sin conculcar los principios de

legalidad y de seguridad jurídica, que impiden castigar comportamientos que no han sido definidos con claridad y calificados expresamente de infracciones por el Código Penal".

Finalicemos este análisis del principio de interpretación conforme advirtiendo que el TJCE (incluidos Abogados Generales) debe moverse con extrema prudencia a la hora, según sus sus palabras, de "proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa comunitaria" (*asunto Promusicae*). Extrema prudencia, por un lado, a la hora de analizar las posibilidades interpretativas que ofrece el Derecho nacional, puesto que dicha labor excede de sus competencias (a lo que debe añadirse, en términos puramente prácticos, que carece probablemente de todos los elementos de juicio nacionales, de hecho y de derecho, para descender al terreno del caso concreto). Y extrema prudencia, también y por otro lado, a la hora de elaborar su fallo, explicando debidamente al juez nacional la frontera entre la interpretación conforme y la aplicación directa, así como las posibilidades de cruzar la misma que ofrecería, o dejaría de ofrecer, el propio Derecho europeo.

Solo así se evitarán pronunciamientos que parecen imponer interpretaciones conformes allí donde no parecen posibles, lo cual, además de constituir, como se ha dicho, un exceso competencial del TJCE al proceder a interpretar el Derecho nacional, introduce confusión en su propia doctrina, sobre todo en la concerniente a aquellas normas jurídicas europeas cuya eficacia directa resulta limitada (directivas) o expresamente negada por el Tratado (decisiones marco). Y se evitarán también, desde una perspectiva de arquitectura judicial, problemas tanto en el estricto plano europeo (con un TJCE cada vez más sobrecargado de asuntos con la adhesión de nuevos Estados miembros, y la proliferación de nuevos instrumentos europeos en el marco de un espacio de libertad, seguridad y justicia cuya apertura total a la vía prejudicial prevé el Tratado de Lisboa), como en el plano nacional (con posibles recelos no sólo hacia excesos competenciales del TJCE, sino hacia actitudes de jueces y tribunales de los Estados miembros tendentes a alimentar tales excesos, forzando el desplazamiento en favor de Luxemburgo, vía prejudicial, del protagonismo que a las respectivas más altas jurisdicciones nacionales corresponde desempeñar en cuanto intérpretes supremos del propio Derecho interno).

* * *

Puesto que nos acabamos de referir a las exigencias que el principio de seguridad jurídica puede llegar a imponer en términos de complemento de la interpretación conforme, concluyamos con unas reflexiones acerca de la labor de incorporación de la normativa europea en el ámbito interno desde la perspectiva, asimismo, de la seguridad jurídica.

En el *asunto Comisión v. Países Bajos (1986)*, el TJCE destacó que la posibilidad de los particulares de invocar ante los tribunales nacionales el Derecho comunitario no constituía, textualmente, más que "una garantía mínima", de manera que era necesario, con carácter previo, que aquéllos estuviesen en condiciones de hacer efectiva tal posibilidad.

Ello implica, pues, que previamente a cualquier debate en torno a la eficacia o no de una norma comunitaria (incluida su vertiente de parámetro de interpretación) y al desplazamiento que el Derecho nacional pueda llegar a sufrir en favor del comunitario en virtud del principio de primacía, es necesario que los ciudadanos comunitarios (y, en general, todos los operadores jurídicos, incluidas autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales) se encuentren en

condiciones de conocer con claridad la situación existente en cada caso entre ambos ordenamientos, eliminando al respecto, en virtud del principio de seguridad jurídica, cualquier incertidumbre en cuanto al Derecho aplicable.

No basta, pues, con una integración *de hecho*; es necesaria, además, la integración *de Derecho* (*asunto Comisión v. Países Bajos, 1990*).

Partiendo de tal premisa, el principio de seguridad jurídica ofrece dos variantes de naturaleza formal, referidas a la obligación de eliminar situaciones de incertidumbre provocadas por la existencia de Derecho interno incompatible con el comunitario, y a la obligación de integrar el ordenamiento comunitario en el interno de una manera lo suficientemente clara y pública como para permitir su pleno conocimiento por los operadores jurídicos, sobre todo por los ciudadanos potencialmente titulares de derechos otorgados por el ordenamiento comunitario. Pasemos a analizarlas.

En el *asunto Comisión v. Francia (1974)*, el TJCE afirmó que "si bien la situación jurídica objetiva es clara en el sentido de que el artículo 48 del Tratado y el Reglamento 1612/68 [relativo a la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad] son directamente aplicables en el territorio de la República Francesa, no es menos cierto que el mantenimiento, en estas condiciones [incompatibles con la normativa comunitaria recién citada], del texto del Código de Trabajo Marítimo, da lugar a una situación de hecho ambigua manteniendo, para los sujetos de Derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades que tienen de invocar el Derecho comunitario", incertidumbre que "no puede verse más que reforzada por el carácter interno y verbal de las instrucciones puramente administrativas que descartarían la aplicación de la ley nacional".

Queda claro, pues, que para el TJCE, la existencia de Derecho interno incompatible con el comunitario genera por sí misma una situación de incertidumbre contraria al principio de seguridad jurídica que debe presidir las relaciones entre ambos ordenamientos, susceptible de provocar un recurso por incumplimiento.

Ello con independencia de la naturaleza directamente aplicable o no de la disposición comunitaria vulnerada por el Derecho interno; así se desprende del *asunto Comisión v. Italia (1986)*, en el que el TJCE destacó que "el mantenimiento sin cambios en la legislación de un Estado miembro de un texto incompatible con una disposición del Tratado, *aun directamente aplicable* en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, da lugar a una situación de hecho ambigua, manteniendo a los sujetos de Derecho afectados en un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades que tienen de acudir al Derecho comunitario", situación que constituye "una infracción de las obligaciones derivadas del Tratado".

Lo dicho teniendo siempre en cuenta que la *aplicación* del Derecho comunitario, necesite (caso de las directivas, aplicables no obstante en caso de incorrecciones en su ejecución en los términos vistos) o no ser integrado normativamente en el Derecho interno, no exige la previa eliminación de la incompatibilidad jurídica. Con otras palabras, el principio de seguridad jurídica lo que hace es favorecer las posibilidades aplicativas del Derecho comunitario, sin llegar a constituir una *condictio sine qua non* para esa efectiva aplicación.

El tema crucial que a partir de aquí se plantea es el de cómo llevar a cabo la eliminación de la incompatibilidad entre ordenamientos y, con ello, de la situación de incertidumbre jurídica.

Pues bien, en el recién citado asunto *Comisión v. Italia*, el TJCE afirmó que tal situación "no puede ser definitivamente eliminada más que mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deban ser modificadas" (a lo que cabrá añadir, en su caso, la depuración judicial con efectos *erga omnes*). Ello teniendo en cuenta, como puntualizaría el TJCE en el *asunto ICI (1998)*, que "en el caso de que una misma disposición [nacional] debiera dejar de aplicarse en una situación comprendida dentro de ámbito del Derecho comunitario aun cuando pueda aplicarse a una situación que no entre en dicho ámbito, correspondería al órgano competente del Estado de que se trate suprimir tal inseguridad jurídica en la medida en que pueda lesionar los derechos que se deriven de normas comunitarias".

Por lo que respecta a la obligación de integrar el ordenamiento comunitario en el interno de una manera lo suficientemente clara y pública como para permitir su pleno conocimiento por los operadores jurídicos, hay que comenzar recordando, en relación con las directivas, que éstas exigen ejecución normativa interna con independencia del carácter más o menos concreto de su contenido (salvo, lógicamente, que el ordenamiento interno sea de antemano conforme a la directiva).

Ello implica, pues, que por muy detalladas que sean, es necesaria su incorporación en Derecho interno, aunque en tal caso, más que de ejecución normativa, debiera hablarse de mera transposición, pues el contenido de ésta se limitaría a reproducir el de la norma comunitaria (a diferencia, pues, de los reglamentos, cuyo contenido, de ser completo, no sólo no exige, sino que incluso excluye medidas internas de recepción).

Con palabras del Abogado General en el *asunto Comisión v. Italia (1978)*, "la seguridad jurídica exige que las directivas técnicas -*id est*, las más detalladas- sean transformadas en Derecho interno para llegar al conocimiento de todos los afectados y ser efectivamente aplicadas por todas las autoridades".

Partiendo de tal premisa, la libertad de elección de los Estados miembros en cuanto a la forma a través de la cual proceder a la ejecución normativa (ejecución exigida, se reitera, respecto de las directivas en todo caso, y respecto de los reglamentos sólo cuando éstos exijan desarrollo, a los que resulta aplicable en tales supuestos la doctrina sentada con relación a aquéllas que se expone a continuación), ha sido modulada por el TJCE, sentando primero con carácter general la necesidad de que el instrumento escogido responda plenamente "a las exigencias de claridad y certidumbre de las situaciones queridas por la directiva" (*asunto Comisión v. Bélgica, 1980*), y concretando después (según fórmula consagrada también en el ámbito de la incompatibilidad entre ordenamientos comunitario e interno), que "las simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a voluntad de la administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no podrían ser consideradas como ejecución válida de la obligación que incumbe a los Estados miembros destinatarios de las directivas en virtud del artículo 189 [actual 249]" (entre otros muchos, *asunto Comisión v. Italia, 1988*).

Dejando a un lado la afirmación de que la práctica administrativa es por definición "modificable a voluntad de la Administración", lo que desde luego está lejos de ser cierto no ya en casos como el español, que exige motivación basada en criterios objetivos, respetuosa con la seguridad jurídica y el principio de igualdad, sino en el propio nivel comunitario, en el que el TJCE se ha pronunciado en similares términos en relación con las instituciones europeas (p.e., *asuntos Louwage v. Comisión, 1974* y *Christos Michael v. Comisión, 1983*), incluso cuando actúan en calidad de "legislador" (*asunto Comisión v. Parlamento Europeo y Consejo, 2003*, en el que el TJCE,

refiriéndose a la obligación de motivación del Parlamento y del Consejo en el marco de la en su momento analizada “comitología”, recordó que “aunque un acto adoptado por una institución comunitaria no establezca una norma jurídica, que en cualquier caso dicha institución estaría obligada a respetar, sino que se limite a enunciar una norma de conducta que indique la práctica que ha de seguirse, la institución en cuestión no puede separarse de dicha norma sin exponer los motivos que la han llevado a ello”), interesa destacar que es el limitado alcance de tales prácticas (pues sólo cubren la actividad con participación administrativa) y, sobre todo, la *ausencia de publicidad*, los caracteres que determinan su falta de idoneidad como instrumento para proceder a una correcta integración normativa del Derecho comunitario en el Derecho interno.

La jurisprudencia comunitaria en el ámbit local (Esquema)

Dimitry Berberoff Ayuda
Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cataluña

1.- El derecho comunitario y las entidades locales

-Dificultad de integrar y patrocinar un concepto comunitario de entidad local.

-Falta de una legitimación general de las entidades locales para acudir al Tribunal de Justicia.

-A los efectos artículos 226 y siguientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (recursos de incumplimiento) la noción de Estado debe entenderse en un sentido muy amplio: la responsabilidad única de un Estado miembro se declara incluso, cuando la vulneración del Derecho comunitaria se haya suscitado a causa del acto de una autoridad local.

-La sentencia del TJCE de 3 de julio de 1974. [1]

-La sentencia del TJCE 10 de marzo de 1987. [2]

-La sentencia del TJCE de 22 de junio de 1989. [3]

-El Tratado de Lisboa

2.-Sobre el principio de subsidiariedad

Artículo 2 TUE y artículo 5 del Tratado de Roma

Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. [4]

Artículo 1

1 Casagrande (9/74, Rec., p. 773).

2 Comisión/Italia (199/85, Rec., p. 1039).

3 FRATELLI COSTANZO SPA CONTRA COMUNE DI MILANO Y IMPRESA ING. LODIGIANI SPA (103/88, Rec., p. 1839).

4 Protocolo que deberá ir anejo a los Tratados

Cada institución deberá velar de manera permanente por el respeto de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad definidos en el artículo 3 ter del Tratado de la Unión Europea.

Artículo 2
Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta.

Artículo 3
A los efectos del presente Protocolo, se entenderá por «proyecto de acto legislativo» las propuestas de la Comisión, las iniciativas de un grupo de Estados miembros, las iniciativas del Parlamento Europeo, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo.

Artículo 4
La Comisión transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales al mismo tiempo que al legislador de la Unión. El Parlamento Europeo transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales.
El Consejo transmitirá los proyectos de actos legislativos que tengan su origen en un grupo de Estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de Inversiones, así como los proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales.
El Parlamento Europeo transmitirá sus resoluciones legislativas y el Consejo sus posiciones a los Parlamentos nacionales inmediatamente después de su adopción.

Artículo 5
Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.
Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos.
Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar.

Artículo 6
Todo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos Parlamentos podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio

de subsidiariedad. Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas.
Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en un grupo de Estados miembros, el Presidente del Consejo transmitirá el dictamen a los Gobiernos de esos Estados miembros.
Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, el Presidente del Consejo transmitirá el dictamen a la institución u órgano de que se trate.

Artículo 7
1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, así como, en su caso, el grupo de Estados miembros, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos, tendrán en cuenta los dictámenes motivados dirigidos por los Parlamentos nacionales o cualquiera de las cámaras de un Parlamento nacional.
Cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos, repartidos en función del sistema parlamentario nacional. En un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto.
2. Cuando los dictámenes motivados que indiquen que un proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, el proyecto deberá volverse a estudiar. Este umbral se reducirá a un cuarto cuando se trate de un proyecto de acto legislativo presentado sobre la base del artículo 61 I del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia.
Tras este nuevo estudio, la Comisión o, en su caso, el grupo de Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos, podrá decidir mantener el proyecto, modificarlo o retirarlo. Esta decisión deberá motivarse.
3. Además, en el marco del procedimiento legislativo ordinario, cuando los dictámenes motivados que indiquen que una propuesta de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, la propuesta deberá volverse a estudiar. Tras este nuevo estudio, la Comisión podrá decidir mantener, modificar, o retirar la propuesta.
Si decide mantenerla, la Comisión deberá justificar, mediante dictamen motivado, por qué considera que la propuesta de que se trate respeta el principio de subsidiariedad. Dicho dictamen motivado, así como los de los Parlamentos nacionales, deberán ser transmitidos al legislador de la Unión, para que los tenga en cuenta en el procedimiento:
a) antes de que concluya la primera lectura, el legislador (Parlamento Europeo y Consejo) estudiará la compatibilidad de la propuesta legislativa con el principio de subsidiariedad, atendiendo de forma particular a las motivaciones presentadas y compartidas por la mayoría de los Parlamentos nacionales y al dictamen motivado de la Comisión;
b) si, por mayoría del 55 % de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo, el legislador considera que la propuesta no es compatible con el principio de subsidiariedad, se desestimará la propuesta legislativa.

Artículo 8

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 230 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo.
De conformidad con los procedimientos establecidos en dicho artículo, el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta.

Artículo 9
La Comisión presentará al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Parlamentos nacionales un informe anual sobre la aplicación del artículo 3 ter del Tratado de la Unión Europea. Este informe anual deberá remitirse asimismo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

3.- La expansión del derecho comunitario en la gestión local

Algunos ejemplos puntuales

-Financiación de los servicios públicos: asunto Altmark : [5] sentencia de 24 de julio de 2003.

-Cánones sobre infraestructuras de telecomunicaciones: Asunto Mobistar SA: [6] sentencia de 8 de septiembre de 2005

-Protección de datos

4.- El medioambiente

A) **La tutela municipal del medio ambiente en la sociedad actual**

La conciliación de las exigencias del principio de subsidiariedad con la proyección *quasi* universal de los problemas medioambientales

B) **La distribución competencial en materia medioambiental**

C) Mecanismos preventivos medioambientales

-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

-La Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997.

5 C- 280/00, Rec.2003,p.I-7747

6 Asuntos 544/03 y 545/03

-La Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre de 1996 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación.

-La Sentencia 906/2006 de 2 de noviembre, de la Sección 3ª del TSJ de Cataluña.

La Directiva 2001/42:

-Disposiciones transitorias.

-El momento en que la evaluación deviene obligatoria: la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2008. [7]

-La sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 2008. [8]

-El Ayuntamiento como Administración competente para la evaluación ambiental estratégica

- Concurrencia y jerarquía de planes o programas.

-La Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 septiembre 2004. [9]

-La Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2006. [10]

- La correspondencia entre la incidencia ambiental y el desarrollo del proyecto: la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 2006 [11]

-La responsabilidad por daños medioambientales como cláusula de cierre del sistema.

*conclusiones de 13 de marzo de 2008 y sentencia 24 de junio 2008 [12]

5.- La contratación pública

A) La tensión entre principios y normas

Asunto C-412/04: conclusiones de 8 de noviembre de 2006 y sentencia de 21 de febrero de 2008. [13]

B) La normativa comunitaria

-Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, [14] que fue objeto de una codificación en la Directiva 93/37/CEE. [15]

---

7 C-2/07, Aún no publicada en la recopilación

8 Comisión/Irlanda, C- 215/06, aun no publicada en la recopilación

9 Asunto C-227/2001 Commission / Espagne (Rec.2004,p.I-8253)

10 Asunto C 332/04. Commission / Espagne (Rec.2006,p.I-40* Pub.somm.)

11 Comisión/Reino Unido (C- 508/2003 Rec.2006,p.I-3969)

12 Asunto C-188/07

13 Asunto Comisión/Italia, sentencia aun no publicada en la Recopilación

-En los contratos de suministros la codificación se ordenó, en un primer momento, en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, [16] después modificada por la Directiva 89/440/CEE sobre suministros y por la Directiva 89/665/CEE de recursos respecto de los anteriores contratos de obras y de suministros, así como por la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993. [17]

-Los contratos de servicios y la coordinación de sus procedimientos de adjudicación se contemplaban en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992. [18]

-Para los sectores tradicionales: 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 suministro, de servicios y de obras. [19]

-Para los sectores excluídos: Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004. [20]

Últimas reformas:
-Directiva 2005/51, de 7 de septiembre. [21]
-Directiva 2005/75/CE del 16 de noviembre, que modifica el artículo 78 de la directiva 2004/18 respecto de los umbrales cuantitativos. [22]
-Reglamento (CE) nº 1564/2005, de la Comisión, de 7 de septiembre, sobre formularios normalizados, [23]
-Directiva 2006/97/CE, de 20 de noviembre de adaptación con motivo de la adhesión de Rumania y Bulgaria, [24]
-Directiva 2007/24CE, de 23 de mayo, de derogación expresa de la Directiva 71/304/CEE, [25]
- 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,[26]
-Reglamentos (CE) nº 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre, en el que se fijan los nuevos umbrales a partir de 1 de enero de 2008, [27] y el nº 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007 sobre Vocabulario común de contratos

14 DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9.

15 Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 4).

16 DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29.

17 DO L 199, p. 1.

18 DO L 209, p. 1.

19 DO L 134, p. 114.

20 DO L 134, p. 1.

21 DO L 257, p. 127)

22). (DO L 323, p. 55)

23 DO L 257, p. 1/

24 DO L 363, p. 107

25 DO L 154, p. 22

26 DO L 335, p. 31

27 DO L 317, p. 34

públicos que modifica diversos anexos de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE. [28]

C.- Los casos contra España.

-La Sentencia de 15 de mayo de 2003. [29]
-La Sentencia de 16 de octubre de 2003. [30]
-La Sentencia de 13 de enero de 2005. [31]
-La Sentencia 9 de marzo de 2006. [32]
-La Sentencia de 3 de abril de 2008.[33]

D) Las prestaciones in house providing

-Planteamiento

-Los requisitos.

La sentencia de 18 de noviembre de 1999, Asunto Teckal. [34]

La sentencia de 18 de abril de 2007 [35] y la Sentencia de 18 de diciembre de 2007 .[36]

E) Urbanismo y contratación pública.

Sentencias del Tribunal de Justicia 12 de julio de 2001 *Teatro Scala*, [37] de 18 de enero de 2007 *Société d'équipement du département de la Loire* [38] y de 21 de febrero de 2008, Comisión Italia. [39]

F) Los límites entre las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE

El asunto Aigner: [40] conclusiones de 22 de noviembre de 2007 y sentencia de 10 de abril de 2008

G) La prevención del fraude a través de los principios

El asunto SECAP*:* [41] conclusiones de 27 de noviembre de 2007 y sentencia de 15 de mayo de 2008

---

28 DO L 74, p. 1

29 Comisión/España, C-214/00, Rec.2003, p.I-4667

30 Comisión /España, C-283/00, Rec.2003, p.I-11697

31 Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139

32 Comisión/España, C-323/03 Rec.2006,p.I-2161

33 Comisión/España,C-444/06, aún no publicada.

34 Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121).

35 Asunto Asociación Nacional de Empresas Forestales (C-295/05 Rec.2007, p.I-2999)

36 Asunto Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia C-220/06, aún no publicada la recopilación.

37 Proyecto Scala (C-399/98, Rec. p. I-5409).

38 C- 220/05 (Rec.2007,p.I-385)

39 Comisión/Italia C-412/04, aún no publicada

40 Ing. Aigner, C393/06, aún no publicada

41 SECAP (C-147/06 y C-148/06, aún sin recopilar).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 24 de julio de 2003 *

«Reglamento (CEE) nº 1191/69 ─ Explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías y regional ─ Subvenciones públicas ─ Concepto de ayuda de Estado ─ Compensación que constituye la contrapartida de obligaciones de servicio público»

En el asunto C-280/00,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Altmark Trans GmbH,

Regierungspräsidium Magdeburg

y

Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH,

con intervención de

Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht,

* Lengua de procedimiento: alemán.

una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, tras su modificación) y 77 del Tratado CE (actualmente artículo 73 CE), así como del Reglamento (CEE) nº 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 156, p. 1; EE 08/01, p. 131), en su versión modificada por el Reglamento (CEE) nº 1893/91 del Consejo, de 20 de junio de 1991 (DO L 169, p. 1),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, los Sres. J.-P. Puissochet, M. Wathelet, R. Schintgen y C.W.A. Timmermans (Ponente), Presidentes de Sala, los Sres. C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann y V. Skouris, las Sras. F. Macken y N. Colneric, y los Sres. S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues y A. Rosas, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Léger;
Secretarios: Sra. D. Louterman-Hubeau, jefa de división, y posteriormente Sr. H.A. Rühl, administrador principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de Altmark Trans GmbH, por el Sr. M. Ronellenfitsch, Rechtsanwalt;

- en nombre del Regierungspräsidium Magdeburg, por el Sr. L. -H. Rode, en calidad de agente;

- en nombre de Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, por el Sr. C. Heinze, Rechtsanwalt;

- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. M. Wolfcarius y el Sr. D. Triantafyllou, en calidad de agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Altmark Trans GmbH, representada por el Sr. M. Ronellenfitsch; del Regierungspräsidium Magdeburg, representado por el Sr. L.-H. Rode; de Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, representada por el Sr. C. Heinze, y de la Comisión, representada por la Sra. M. Wolfcarius y el Sr. D. Triantafyllou, expuestas en la vista de 6 de noviembre de 2001;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 19 de marzo de 2002;

visto el auto de reapertura de la fase oral de 18 de junio de 2002;

oídas las observaciones orales de Altmark Trans GmbH, representada por el Sr. M. Ronellenfitsch; del Regierungspräsidium Magdeburg, representado por el Sr. S. Karnop, en calidad de agente; de Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, representada por el Sr. C. Heinze; del Gobierno alemán, representado por el Sr. M. Lumma, en calidad de agente; del Gobierno danés, representado por el Sr. J. Molde, en calidad de agente; del Gobierno español, representado por la Sra. R. Silva de Lapuerta, en calidad de agente; del Gobierno francés, representado por el Sr. F. Million, en calidad de agente; del Gobierno neerlandés, representado por el Sr. N.A.J. Bel, en calidad de agente; del Gobierno del Reino Unido, representado por el Sr. J.E. Collins, en calidad de agente, asistido por la Sra. E. Sharpston, QC, y de la Comisión, representada por el Sr. D. Triantafyllou, expuestas en la vista de 15 de octubre de 2002;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de enero de 2003;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 6 de abril de 2000, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de julio siguiente, el Bundesverwaltungsgericht planteó, con arreglo al artículo 234 CE, una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los artículos 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, tras su modificación) y 77 del Tratado CE (actualmente artículo 73 CE), así como del Reglamento (CEE) nº 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 156, p. 1; EE 08/01, p. 131), en su versión modificada por el Reglamento (CEE) nº 1893/91 del Consejo, de 20 de junio de 1991 (DO L 169, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento nº 1191/69»).

2 Esta cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre Altmark Trans GmbH (en lo sucesivo, «Altmark Trans») y Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (en lo sucesivo, «Nahverkehrsgesellschaft») relativo a la concesión, por el Regierungspräsidium Magdeburg (Gobierno de la región de Magdeburgo; en lo sucesivo, «Regierungspräsidium»), de licencias de servicios regulares de transporte por autocar en el Landkreis Stendal (Alemania) a Altmark Trans y de subvenciones públicas para la ejecución de dichos servicios.

Marco jurídico

Derecho comunitario

3 El artículo 92, apartado 1, del Tratado dispone lo siguiente:

«Salvo 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.»

4 El artículo 74 del Tratado (actualmente artículo 70 CE), comprendido en el título IV de la tercera parte, dedicado a los transportes, dispone que los Estados miembros perseguirán los objetivos del Tratado, en lo que se refiere a la materia regulada por este título, en el marco de una política común de transportes.

5 El artículo 77 del Tratado, que forma parte de dicho título IV, prevé que serán compatibles con el Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público.

6 El Reglamento nº 1191/69 está dividido en seis secciones: la primera está dedicada a las disposiciones generales (artículos 1 y 2); la segunda, a los principios comunes para la supresión o el mantenimiento de las obligaciones de servicio público (artículos 3 a 8); la tercera, a la aplicación a los transportes de viajeros de precios y condiciones de transporte impuestos en interés de una o de varias categorías sociales particulares (artículo 9); la cuarta, a los métodos comunes de compensación (artículos 10 a 13); la quinta, a los contratos de servicio público (artículo 14), y la sexta, a las disposiciones finales (artículos 15 a 20).

7 El artículo 1 de este Reglamento dispone:

«1. El presente Reglamento se aplicará a las empresas de transporte que exploten servicios en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

Los Estados miembros podrán excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento a las empresas cuya actividad se limite exclusivamente a la explotación de servicios urbanos, de cercanías o regionales.

2. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

— “servicios urbanos y de cercanías”: los servicios de transporte que cubran las necesidades de un centro urbano o de una aglomeración y la demanda de transporte entre este centro o aglomeración y su periferia;

— “servicios regionales”: los servicios de transporte destinados a cubrir las necesidades de transporte de una región.

3. Las autoridades competentes de los Estados miembros suprimirán las obligaciones inherentes a la noción de servicio público, definidas en el presente Reglamento e

impuestas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

4. Las autoridades competentes de los Estados miembros a fin de garantizar la prestación de suficientes servicios de transporte, habida cuenta, en particular, de los factores sociales, medioambientales y de ordenación del territorio, o con objeto de ofrecer condiciones tarifarias especiales en favor de determinadas categorías de viajeros, podrán celebrar contratos de servicio público con una empresa de transporte. Las condiciones y modalidades de dichos contratos se establecen en la sección V.

5. Sin embargo, las autoridades competentes de los Estados miembros podrán mantener o imponer las obligaciones de servicio público que se contemplan en el artículo 2 para los servicios urbanos, de cercanías o regionales de transporte de viajeros. Sus condiciones y modalidades, incluidos los métodos de compensación, se establecen en las secciones II, III y IV.

[...]

6. Además, las autoridades competentes de un Estado miembro podrán dejar de aplicar los apartados 3 y 4, en el ámbito de los transportes de viajeros, por lo que respecta a los precios y condiciones de transporte impuestas en el interés de una o varias categorías sociales determinadas.»

8 El artículo 6, apartado 2, del Reglamento nº 1191/69 está redactado en los siguientes términos:

«Las decisiones de mantenimiento o de supresión a plazo de la totalidad o de parte de una obligación de servicio público preverán, para las cargas resultantes, la concesión de una compensación determinada con arreglo a los métodos comunes previstos en los artículos 10 al 13.»

9 El artículo 9, apartado 1, del mismo Reglamento prevé:

«El importe de la compensación de las cargas derivadas para las empresas de la aplicación a los transportes de viajeros de precios y condiciones de transporte impuestos en interés de una o de varias categorías sociales particulares se determinará con arreglo a los métodos comunes previstos en los artículos 11 al 13.»

10 El artículo 17, apartado 2, del Reglamento nº 1191/69 tiene el siguiente tenor:

«Las compensaciones que resulten de la aplicación del presente Reglamento quedarán dispensadas del procedimiento de información previa previsto en el apartado 3 del artículo 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Los Estados miembros comunicarán sin demora a la Comisión, por categorías de obligaciones, las compensaciones de las cargas derivadas, para las empresas de transporte, del mantenimiento de las obligaciones de servicio público previstas en el artículo 2, y de la aplicación a los transportes de viajeros de precios y condiciones de transporte impuestos

en interés de una o de varias categorías sociales particulares.»

Normativa nacional

11 La Verordnung zur Festlegung des Anwendungsbereiches der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 im Straßenpersonenverkehr (Orden relativa a la determinación del ámbito de aplicación del Reglamento nº 1191/69, en su versión modificada por el Reglamento nº 1893/91 relativo al transporte de viajeros por carretera) del Ministro federal de transportes, de 31 de julio de 1992 (BGBl. 1992 I, p. 1442), en su versión modificada el 29 de noviembre de 1994 (BGBl. 1994 I, p. 3630), excluye del ámbito de aplicación del Reglamento nº 1191/69, con carácter general hasta el 31 de diciembre de 1995 y por lo que respecta al transporte público de viajeros, a las empresas cuya actividad se limite exclusivamente a la explotación de servicios urbanos, de cercanías o regionales.

12 Las disposiciones contenidas en el artículo 2, apartado 1, en relación con el artículo 1, apartado 1, de la Personenbeförderungsgesetz (Ley sobre el transporte terrestre de viajeros; en lo sucesivo «PBefG»), prevén que, en Alemania, el transporte regular de viajeros en vehículos por carretera está sometido a la obtención de una licencia. Esta licencia obliga al transportista a percibir únicamente el precio autorizado por la autoridad que expide la licencia, a cumplir el horario aprobado y a ajustarse a las obligaciones de explotación y de transporte que legalmente le incumben.

13 Hasta el 31 de diciembre de 1995, los requisitos para la concesión de una licencia relativa a un servicio regular de transporte por autocar estaban determinados exclusivamente en el artículo 13 de la PBefG. Esta disposición establece, en particular, una serie de condiciones relativas a la capacidad financiera y la fiabilidad de la empresa de transporte y obliga a denegar la solicitud de licencia cuando el servicio previsto pueda ser perjudicial para los intereses del transporte público. Si varias empresas desean prestar los mismos servicios de transporte, la autoridad competente debe tomar debidamente en consideración, en virtud del apartado 3 del mismo artículo, el hecho de que una de dichas empresas haya prestado correctamente estos servicios durante varios años.

14 Mediante el artículo 6, apartado 116, de la Eisenbahnneuordnungsgesetz (Ley relativa a la reestructuración de los ferrocarriles), de 27 de diciembre de 1993 (BGBl 1993 I, p. 2378), el legislador alemán introdujo, a efectos de la concesión de licencias de servicios regulares de transporte público urbano, de cercanías y regional, y con efectos a partir del 1 de enero de 1996, la distinción entre transportes explotados en régimen de autonomía financiera y transportes explotados como servicio público.

15 En el artículo 8, apartado 4, primera frase, de la PBefG se establece el principio según el cual los servicios de transporte público urbano, de cercanías y regional deben prestarse en régimen de autonomía financiera.

16 En la segunda frase de este apartado se definen los servicios de transporte en régimen de autonomía financiera como aquellos cuyos costes se cubren mediante los ingresos obtenidos del transporte, los ingresos percibidos en virtud de las disposiciones legales que

prevén compensaciones o reembolsos por razones ligadas a ciertas tarifas de precios y a una organización determinada de los transportes, así como mediante los restantes ingresos de la empresa en el sentido del Derecho mercantil. Los requisitos para la concesión de una licencia en régimen de autonomía financiera se definen en el artículo 13 de la PBefG, tal como se ha expuesto en el apartado 13 de la presente sentencia.

17 El artículo 8, apartado 4, tercera frase, de la PBefG prevé que, cuando no pueda garantizarse un servicio de transporte suficiente en régimen de autonomía financiera, se aplicarán las disposiciones vigentes del Reglamento nº 1191/69. Los requisitos para la concesión de licencias relativas a transportes prestados como servicio público de conformidad con dicho Reglamento figuran en el artículo 13 *bis* de la PBefG.

18 Con arreglo a esta última disposición, procede conceder una licencia siempre que sea necesaria para garantizar la prestación de un servicio de transporte sobre la base de un acto de la autoridad pública o un contrato en el sentido del Reglamento nº 1191/69 y ello constituya la solución que origine el menor coste para la colectividad.

El litigio principal

19 El litigio principal tiene por objeto la concesión por el Regierungspräsidium a Altmark Trans de licencias de servicios regulares de transporte por autocar en el Landkreis Stendal.

20 Estas licencias se concedieron inicialmente a Altmark Trans para el período comprendido entre el 25 de septiembre de 1990 y el 19 de septiembre de 1994. Mediante resolución de 27 de octubre de 1994 le fueron adjudicadas nuevas licencias hasta el 31 de octubre de 1996.

21 De la resolución de remisión se desprende que el Regierungspräsidium desestimó, al mismo tiempo, las solicitudes de licencias de explotación de estos servicios presentadas por Nahverkehrsgesellschaft. El Regierungspräsidium expuso que Altmark Trans cumplía los requisitos para obtener la autorización previstos en el artículo 13, apartado 1, números 1 y 2, de la PBefG y que, en su condición de empresa antigua, se beneficiaba de la protección de la situación adquirida de conformidad con el apartado 3 del mismo artículo. Esta protección implicaba que el hecho de que la empresa adjudicataria hubiera prestado debidamente el servicio regular de transporte de que se trataba podía compensar la diferencia con respecto a una mejor oferta de transporte procedente de una nueva empresa candidata. Ahora bien, en opinión del Regierungspräsidium ni siquiera existía tal oferta mejor, ya que Altmark Trans era, con 0,58 DEM de déficit por kilómetro de recorrido, la que requería menor financiación complementaria de los poderes públicos.

22 A raíz de una reclamación de Altmark Trans, el Regierungspräsidium prorrogó la vigencia de estas licencias hasta el 31 de octubre de 2002, mediante resolución de 30 de julio de 1996.

23 Nahverkehrsgesellschaft presentó una reclamación contra la resolución de 27 de octubre de 1994, alegando que Altmark Trans no respondía a las exigencias previstas en el artículo 13 de la PBefG porque no era una empresa económicamente viable, puesto que no habría

podido subsistir sin las subvenciones públicas que recibía, de modo que, en su opinión, la concesión de las licencias era ilegal. Además, consideraba que tampoco era cierto que Altmark Trans tuviera una menor necesidad de subvenciones. El Regierungspräsidium desestimó esta reclamación mediante resolución de 29 de junio de 1995.

24 Nahverkehrsgesellschaft presentó un recurso contra las resoluciones de 27 de octubre de 1994 y 30 de julio de 1996 ante el Verwaltungsgericht Magdeburg (tribunal de lo contencioso-administrativo en primera instancia de Magdeburgo) (Alemania), que lo desestimó.

25 En la fase de apelación, el Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt (tribunal de lo contencioso-administrativo en apelación de Sajonia-Anhalt) (Alemania) estimó el recurso de Nahverkehrsgesellschaft y, por consiguiente, anuló las licencias concedidas a Altmark Trans. Este órgano jurisdiccional consideró, en particular, que en el momento en que se adoptó la resolución de 30 de julio de 1996 la solidez económica de Altmark Trans ya no estaba garantizada, puesto que necesitaba las subvenciones del Landkreis Stendal para ejecutar dichas licencias. Además, declaró que estas subvenciones no eran compatibles con el Derecho comunitario sobre ayudas de Estado, en particular con el Reglamento nº 1191/69.

26 A este respecto, el Oberverwaltungsgericht señaló que la República Federal de Alemania sólo hizo uso hasta el 31 de diciembre de 1995 de la posibilidad, ofrecida en el Reglamento nº 1191/69, de excluir de su ámbito de aplicación a las empresas cuya actividad se limite exclusivamente a la explotación de servicios de transporte urbano, de cercanías o regional. Por tanto, declaró que, tras dicha fecha, las subvenciones públicas controvertidas únicamente estaban autorizadas si se respetaban las condiciones previstas en dicho Reglamento. Entre estas condiciones figura la necesidad de imponer obligaciones de servicio público mediante un contrato o un acto de las autoridades competentes. Puesto que el Landkreis Stendal no había celebrado contrato alguno con Altmark Trans ni había dictado ningún acto administrativo de conformidad con lo dispuesto en dicho Reglamento, el Oberverwaltungsgericht consideró que, desde el 1 de enero de 1996, el Landkreis ya no estaba facultado para subvencionar la ejecución de los servicios cubiertos por las licencias concedidas a Altmark Trans.

27 Altmark Trans interpuso un recurso de casación contra esta resolución del Oberverwaltungsgericht ante el Bundesverwaltungsgericht. Este último considera que el artículo 8, apartado 4, de la PBefG plantea la cuestión de si la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional que no puede llevarse a cabo de manera rentable con los ingresos obtenidos del transporte y que, por tanto, depende ineludiblemente de las subvenciones públicas puede, en virtud del Derecho nacional, considerarse realizada en régimen de autonomía financiera o si ha de considerarse necesariamente que se trata de un transporte prestado en régimen de servicio público.

28 A este respecto, el Bundesverwaltungsgericht considera que las subvenciones públicas de que se trata pueden englobarse en el concepto de «otros ingresos de la empresa en el sentido del Derecho mercantil» contenido en el artículo 8, apartado 4, segunda frase, de la PBefG. Basándose en los métodos tradicionales de interpretación del Derecho nacional,

concluye que el hecho de que las subvenciones públicas sean necesarias no excluye que los servicios de transporte se presten en régimen de autonomía financiera.

29 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si los artículos 77 y 92 del Tratado, así como el Reglamento nº 1191/69, implican necesariamente la interpretación del artículo 8, apartado 4, segunda frase, de la PBefG conforme al Derecho comunitario que defiende el Oberverwaltungsgericht. A la vista de la complejidad del sistema de prohibiciones, excepciones y excepciones a las excepciones, considera que el Tribunal de Justicia debe dilucidar esta cuestión.

La cuestión prejudicial

30 Al considerar que, en el caso de que conoce, el alcance de las normas comunitarias es incierto y que es necesaria una decisión prejudicial para la solución del litigio principal, el Bundesverwaltungsgericht decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión:

«Los artículos [77 y 92 del Tratado] CE, en relación con el Reglamento (CEE) nº 1191/69, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) nº 1893/91, ¿se oponen a la aplicación de una normativa nacional que permite la concesión de licencias de servicios regulares de transporte público urbano, de cercanías o regional para transportes que dependen necesariamente de subvenciones públicas, sin ajustarse a lo dispuesto en las secciones II, III y IV de dicho Reglamento?»

31 El órgano jurisdiccional remitente precisa que debe entenderse que esta cuestión se subdivide en las tres partes siguientes:

«1) Las subvenciones concedidas para compensar el déficit de un servicio público de transporte de viajeros de ámbito local, ¿están sujetas en cualquier caso a la prohibición de ayudas que figura en el artículo [92], apartado 1, [del Tratado] CE o bien, debido a su alcance regional, ha de considerarse que *a priori* tales subvenciones no pueden afectar al comercio entre Estados miembros?

La respuesta a esta cuestión, ¿depende eventualmente de la situación concreta y la importancia del ámbito de actividad de los transportes urbanos, de cercanías o regionales de que se trate en cada caso?

2) El artículo [77 del Tratado] CE, ¿otorga al legislador nacional, con carácter general, la facultad de autorizar subvenciones públicas destinadas a compensar los déficits en el ámbito del transporte público urbano, de cercanías o regional, sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento (CEE) nº 1191/69?

3) El Reglamento (CEE) nº 1191/69, ¿otorga al legislador nacional la facultad de autorizar la explotación de un servicio regular de transporte público urbano, de cercanías o regional que depende necesariamente de las subvenciones públicas sin ajustarse a lo dispuesto en las secciones II, III y IV de dicho Reglamento e imponer la aplicación de dichas normas únicamente en el caso de que, de otro modo, no sea

modo, no sea posible garantizar la prestación de un servicio de transporte suficiente?

Esta facultad de apreciación del legislador nacional, ¿deriva, en particular, del derecho que le confiere el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento (CEE) nº 1191/69, en su versión modificada por el Reglamento nº 1893/91, de excluir por completo a las empresas de transporte público urbano, de cercanías o regional del ámbito de aplicación de dicho Reglamento?»

Observaciones preliminares

32 En el litigio principal únicamente se discute la concesión de licencias a Altmark Trans en la medida en que ésta necesitaba subvenciones públicas para ejecutar las obligaciones de servicio público derivadas de dichas licencias. Por consiguiente, este litigio tiene esencialmente por objeto la cuestión de si las subvenciones públicas recibidas por Altmark Trans se concedieron lícitamente.

33 Una vez comprobado que el pago de subvenciones a Altmark Trans para la explotación de las licencias controvertidas en régimen de autonomía financiera no era contrario al Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente se plantea la compatibilidad de dichas subvenciones con el Derecho comunitario.

34 Las principales disposiciones del Tratado que regulan las subvenciones públicas son las relativas a las ayudas de Estado, a saber, los artículos 92 y siguientes del Tratado. El artículo 77 del Tratado establece, en el ámbito del transporte, una excepción a las normas generales aplicables a las ayudas de Estado, previendo que las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público son compatibles con el Tratado.

35 Ahora bien, es preciso señalar que el Consejo adoptó el Reglamento nº 1191/69 sobre la base de los artículos 75 del Tratado CE (actualmente artículo 71 CE, tras su modificación) y 94 del Tratado CE (actualmente artículo 89 CE), basándose así, por consiguiente, tanto en las disposiciones del Tratado relativas a la política común de transportes como en las relativas a las ayudas de Estado.

36 El Reglamento nº 1191/69 establece un régimen comunitario aplicable a las obligaciones de servicio público en el ámbito del transporte. No obstante, en virtud de su artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, los Estados miembros pueden excluir de su ámbito de aplicación a las empresas cuya actividad se limite exclusivamente a la explotación de servicios de transporte urbano, de cercanías o regional.

37 En tales circunstancias, debe examinarse, en primer lugar, si el Reglamento nº 1191/69 es aplicable a los servicios de transporte controvertidos en el litigio principal. Únicamente en caso de respuesta negativa deberá examinarse la aplicación de las disposiciones generales del Tratado relativas a las ayudas de Estado a las subvenciones de que se trata en el presente asunto. Por tanto, es preciso responder en primer lugar a la tercera parte de la

cuestión prejudicial.

Sobre la tercera parte de la cuestión prejudicial

38 Mediante la tercera parte de la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el Reglamento nº 1191/69, y en particular su artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, puede interpretarse en el sentido de que permite a un Estado miembro excluir del ámbito de aplicación de este Reglamento la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional que dependen necesariamente de las subvenciones públicas y limitar su aplicación a aquellos casos en que, de otro modo, no sea posible garantizar la prestación de un servicio de transporte suficiente.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

39 Altmark Trans, el Regierungspräsidium y Nahverkehrsgesellschaft consideran que del Reglamento nº 1191/69 no puede deducirse que las subvenciones públicas concedidas a empresas de transporte únicamente son conformes con el Derecho comunitario cuando se imponen obligaciones de servicio público en el sentido de dicho Reglamento o cuando se ha celebrado un contrato de servicio público de conformidad con este Reglamento.

40 En particular, señalan que el legislador alemán llevó a cabo una distinción entre los servicios de transporte prestados en régimen de autonomía financiera y los prestados en régimen de servicio público. En virtud del artículo 8, apartado 4, de la PBefG, el Reglamento nº 1191/69 se aplica únicamente a los transportes encuadrados en el régimen de servicio público. Por consiguiente, los servicios de transporte efectuados en régimen de autonomía financiera no están comprendidos en el ámbito de aplicación de este Reglamento.

41 Aunque desde el 1 de enero de 1996 el legislador alemán ya no utilice de forma general la facultad de establecer excepciones prevista en el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento nº 1191/69, en su opinión, dicho legislador previó indirectamente una excepción a la aplicación de este Reglamento a favor de los servicios de transporte urbano, de cercanías y regional prestados en régimen de autonomía financiera. Puesto que dicho Reglamento permite una excepción de carácter general, el legislador nacional dispone asimismo de la facultad de prever una excepción parcial. En efecto, afirman que en el presente asunto se aplica el principio según cual «quien puede lo más puede lo menos».

42 La Comisión alega que, en la medida en que los servicios de transporte urbano, de cercanías o regional no han sido excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento nº 1191/69 con arreglo al artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, de éste, el legislador nacional debe establecer la regulación relativa a la explotación de un servicio regular imponiendo obligaciones de servicio público de conformidad con las secciones II a IV de este Reglamento o bien mediante contratos que prevean estas obligaciones y respeten las disposiciones de la sección V de dicho Reglamento.

Respuesta del Tribunal de Justicia

43 Para responder a esta parte de la cuestión es preciso determinar, con carácter preliminar, si el Reglamento nº 1191/69 impone un régimen obligatorio que los Estados miembros deben necesariamente respetar cuando prevén imponer obligaciones de servicio público en el sector del transporte terrestre.

44 Tanto de su exposición de motivos como de su articulado se desprende claramente que, en efecto, dicho Reglamento impone un régimen obligatorio a los Estados miembros.

45 Efectivamente, según el primer considerando del Reglamento nº 1191/69, uno de los objetivos de la política común de transportes es la eliminación de las desigualdades que se derivan de las obligaciones inherentes a la noción de servicio público impuestas a las empresas de transporte por parte de los Estados miembros y que falsean sustancialmente las condiciones de competencia. A tenor del segundo considerando de dicho Reglamento, es necesario, por tanto, suprimir las obligaciones de servicio público definidas en él, si bien su mantenimiento puede ser indispensable en ciertos casos para garantizar la provisión de suficientes servicios de transporte.

46 En este sentido, el artículo 1, apartado 3, del Reglamento nº 1191/69 prevé que las autoridades competentes de los Estados miembros suprimirán las obligaciones inherentes a la noción de servicio público, tal como se definen en dicho Reglamento, impuestas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. En virtud del apartado 4 del mismo artículo, a fin de garantizar la prestación de suficientes servicios de transporte, habida cuenta, en particular, de los factores sociales, medioambientales y de ordenación del territorio, o con objeto de ofrecer condiciones tarifarias especiales en favor de determinadas categorías de viajeros, estas autoridades podrán celebrar contratos de servicio público con una empresa de transporte según las condiciones y modalidades previstas en la sección V de dicho Reglamento. El apartado 5 del mismo artículo añade que, sin embargo, dichas autoridades podrán mantener o imponer obligaciones de servicio público para los servicios urbanos, de cercanías o regionales de transporte de viajeros según las condiciones y modalidades, incluidos los métodos de compensación, que se establecen en las secciones II a IV de dicho Reglamento.

47 Por tanto, en la medida en que las licencias controvertidas en el litigio principal imponen obligaciones de servicio público y junto a ellas se conceden subvenciones que contribuyen a financiar su ejecución, la concesión de estas licencias y subvenciones estaba sometida, en principio, a las disposiciones del Reglamento nº 1191/69.

48 Sin embargo, el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, de este Reglamento permite a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación del mismo a las empresas cuya actividad se limite exclusivamente a la explotación de servicios de transporte urbano, de cercanías o regional.

49 En una primera fase, a saber, hasta el 31 de diciembre de 1995, la República Federal de Alemania hizo uso de la excepción prevista en el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento nº 1191/69 al establecer expresamente en la normativa nacional que este Reglamento no se aplicaría a las empresas de transporte urbano, de cercanías o regional.

50 Desde el 1 de enero de 1996, la normativa alemana ya no prevé expresamente tal excepción. Muy al contrario, los artículos 8, apartado 4, tercera frase, y 13 *bis* de la PBefG declararon aplicable dicho Reglamento a la concesión de licencias de transporte por autocar en Alemania en régimen de servicio público. No obstante, la legislación alemana no determina explícitamente si este Reglamento también es aplicable a la concesión de licencias de transporte por autocar en régimen de autonomía financiera.

51 A este respecto, debe examinarse si el hecho de que no se aplique el Reglamento nº 1191/69 al régimen de autonomía financiera, en caso de que resulte probado, es contrario a dicho Reglamento.

52 Altmark Trans, el Regierungspräsidium y Nahverkehrsgesellschaft alegan que, puesto que el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento nº 1191/69 permite excluir de su ámbito de aplicación a una categoría completa de servicios de transporte, dicha disposición debe, *a fortiori*, permitir excluir de dicho ámbito de aplicación a una parte limitada de estos servicios.

53 Es preciso recordar que, como se ha expuesto en los apartados 44 a 47 de la presente sentencia, el Reglamento nº 1191/69 establece un régimen que los Estados miembros deben respetar cuando prevén imponer obligaciones de servicio público a empresas de transporte terrestre.

54 Sin embargo, los Estados miembros pueden establecer, respecto a las empresas que explotan servicios de transporte urbano, de cercanías o regional, una excepción a las disposiciones del Reglamento nº 1191/69, en virtud de su artículo 1, apartado 1, párrafo segundo. El legislador alemán hizo un uso general de esta excepción hasta el 31 de diciembre de 1995.

55 En estas circunstancias, debe considerarse que la modificación de la PBefG, con efectos a partir del 1 de enero de 1996, contribuye a la consecución de los objetivos perseguidos por el Reglamento nº 1191/69.

56 Efectivamente, a través de esta modificación, el legislador alemán introdujo, por lo que respecta a la concesión de licencias relativas al transporte de viajeros con autocar, una distinción entre el régimen de autonomía financiera y el de servicio público. En virtud del artículo 13 *bis* de la PBefG, el Reglamento nº 1191/69 pasó a aplicarse a la concesión de licencias en régimen de servicio público. Esta modificación de la PBefG redujo, por tanto, el ámbito de aplicación de la excepción prevista en el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, de dicho Reglamento. Así, la legislación alemana se aproximó a los objetivos perseguidos por éste.

57 De estas consideraciones resulta que un Estado miembro está legitimado, sobre la base de la facultad de establecer excepciones prevista en el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento nº 1191/69, no sólo para excluir completamente los servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional del ámbito de aplicación de este Reglamento, sino también para aplicar esta excepción de forma más limitada. En otros términos, esta disposición permite al legislador alemán, en principio, prever que, por lo que respecta a los

servicios de transporte prestados en régimen de autonomía financiera, puedan imponerse obligaciones de servicio público y concederse subvenciones sin respetar las condiciones y modalidades establecidas por dicho Reglamento.

58 Sin embargo, la legislación nacional debe delimitar claramente el uso que se hace de esta facultad de establecer excepciones para que pueda determinarse en qué situación se aplica dicha excepción y en cuál se aplica el Reglamento nº 1191/69.

59 En efecto, como resulta de reiterada jurisprudencia, para cumplir con la exigencia de seguridad jurídica es especialmente importante que los particulares disfruten de una situación jurídica clara y precisa que les permita conocer la plenitud de sus derechos y ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales (véanse las sentencias de 23 de mayo de 1985, Comisión/Alemania, 29/84, Rec. p. 1661, apartado 23; de 9 de abril de 1987, Comisión/Italia, 363/85, Rec. p. 1733, apartado 7; de 30 de mayo de 1991, Comisión/Alemania, C-59/89, Rec. p. I-2607, apartado 18, y de 19 de septiembre de 1996, Comisión/Grecia, C-236/95, Rec. p. I-4459, apartado 13).

60 La resolución de remisión contiene ciertos elementos que permiten dudar que en el presente asunto hayan respetado estas exigencias de claridad.

61 En efecto, por una parte, de la resolución de remisión se desprende que el régimen de autonomía financiera también puede aplicarse a empresas que necesitan subvenciones públicas para explotar licencias de servicios de transporte. El órgano jurisdiccional remitente señaló, por otra parte, que «este derecho de elección de la empresa que quiso establecer el legislador quedaría sin objeto en la práctica en el caso de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional que en la mayor parte de los casos son deficitarios, si la necesidad de obtener subvenciones públicas tuviera automáticamente como consecuencia su sujeción al régimen de servicio público».

62 De lo que precede parece desprenderse que las licencias de servicios de transporte que necesitan subvenciones públicas para su explotación pueden estar sometidas tanto al régimen de autonomía financiera como al de servicio público. Si así fuera, las disposiciones de la legislación nacional de que se trata no determinarían de forma clara y precisa cuándo tales licencias están sometidas a uno u otro régimen. Pues bien, en la medida en que el Reglamento nº 1191/69 no es aplicable al régimen de autonomía financiera, una eventual incertidumbre acerca de la delimitación de este régimen en relación con el de servicio público se extendería también al ámbito de aplicación de dicho Reglamento en Alemania.

63 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la aplicación que el legislador alemán ha hecho de la facultad de establecer excepciones prevista en el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento nº 1191/69 responde a las exigencias de claridad y precisión necesarias para respetar el principio de seguridad jurídica.

64 Por consiguiente, procede responder a la tercera parte de la cuestión prejudicial que el Reglamento nº 1191/69, y en particular su artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que permite a un Estado miembro excluir del ámbito de

aplicación de este Reglamento la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional que dependen necesariamente de las subvenciones públicas y limitar su aplicación a aquellos casos en que, de otro modo, no sea posible garantizar la prestación de un servicio de transporte suficiente, siempre que, no obstante, se respete debidamente el principio de seguridad jurídica.

65 Además, debe precisarse que si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que en el asunto principal no se ha respetado el principio de seguridad jurídica, deberá considerar que el Reglamento nº 1191/69 es plenamente aplicable en Alemania y que, por tanto, también es válido para el régimen de autonomía financiera. En tal caso, será necesario comprobar que las licencias controvertidas en el litigio principal se adjudicaron de conformidad con este Reglamento y, en caso afirmativo, comprobar si las subvenciones de que se trata se concedieron conforme a éste. Si dichas licencias y subvenciones no cumplen las condiciones establecidas en dicho Reglamento, el órgano jurisdiccional remitente deberá concluir que son incompatibles con el Derecho comunitario, sin que sea necesario examinarlas a la luz de las disposiciones del Tratado.

66 Por tanto, el órgano jurisdiccional remitente únicamente deberá examinar si las subvenciones controvertidas en el litigio principal se concedieron de conformidad con las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas de Estado si llega a la conclusión de que el Reglamento nº 1191/69 no se aplica al régimen de autonomía financiera y que el legislador alemán hizo uso de la facultad de establecer excepciones prevista en dicho Reglamento de conformidad con el principio de seguridad jurídica.

Sobre la primera parte de la cuestión prejudicial

67 Mediante la primera parte de la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si las subvenciones concedidas para compensar el déficit de un servicio público de transporte urbano, de cercanías o regional están comprendidas en cualquier caso en el artículo 92, apartado 1, del Tratado, o si, debido al carácter local o regional de los servicios de transporte prestados y, en su caso, a la importancia del ámbito de actividad de que se trate, tales subvenciones no afectan a los intercambios comerciales entre Estados miembros.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

68 Altmark Trans, el Regierungspräsidium y Nahverkehrsgesellschaft sostienen que las subvenciones controvertidas en el asunto principal no tienen ninguna incidencia sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, dado que sólo afectan a servicios locales y, en cualquier caso, son de un importe tan reducido que no afectan a estos intercambios de forma sensible.

69 Por el contrario, la Comisión alega que, desde 1995, ocho Estados miembros han abierto voluntariamente determinados mercados de transporte urbano, de cercanías o regional a la competencia de empresas de otros Estados miembros y que existen varios ejemplos de transportistas de un Estado miembro que ejercen actividades en otro Estado miembro. Esta apertura del mercado en determinados Estados miembros demuestra claramente, según la

Comisión, que los intercambios intracomunitarios no sólo son posibles y potenciales, sino que ya son reales.

70 Es preciso recordar que, mediante auto de 18 de junio de 2002, el Tribunal de Justicia acordó la reapertura de la fase oral del procedimiento en el presente asunto para ofrecer a las partes en el litigio principal, a los Estados miembros, a la Comisión y al Consejo la posibilidad de formular sus observaciones sobre las posibles consecuencias de la sentencia de 22 de noviembre de 2001, Ferring (C-53/00, Rec. p. I-9067), para la respuesta a la cuestión prejudicial planteada en el presente asunto.

71 En la segunda vista, celebrada el 15 de octubre de 2002, Altmark Trans, el Regierungspräsidium, Nahverkehrsgesellschaft y los Gobiernos alemán y español propusieron, en esencia, confirmar los principios sentados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Ferring, antes citada. Así, consideran que la financiación estatal de servicios públicos no constituye una ayuda en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado si las ventajas concedidas por las autoridades públicas no exceden del coste generado por la prestación de las obligaciones de servicio público.

72 A este respecto, alegan fundamentalmente que el concepto de ayuda recogido en el artículo 92, apartado 1, del Tratado sólo se aplica a las medidas que proporcionan una ventaja financiera a una o varias empresas. Ahora bien, una subvención pública que se limita a compensar el coste derivado de la prestación de servicios públicos obligatorios no proporciona ventaja efectiva alguna a la empresa beneficiaria. Además, en tal caso no se falsea la competencia, porque toda empresa puede beneficiarse de la subvención pública siempre que preste los servicios públicos de transporte impuestos por el Estado.

73 En esta segunda vista, los Gobiernos danés, francés, neerlandés y del Reino Unido alegaron, en esencia, que el Tribunal de Justicia debería adoptar la solución propuesta por el Abogado General Sr. Jacobs en sus conclusiones presentadas el 30 de abril de 2002 en el asunto GEMO (C-126/01), pendiente ante el Tribunal de Justicia. Según esta solución, debe distinguirse entre dos categorías de situaciones. Cuando exista una relación directa y manifiesta entre una financiación estatal y obligaciones de servicio público claramente definidas, las sumas abonadas por las autoridades públicas no constituirán ayudas en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado. Por el contrario, cuando no exista tal relación o cuando las obligaciones de servicio público no estén claramente definidas, las sumas abonadas por las autoridades públicas constituirán ayudas a efectos de dicha disposición.

Respuesta del Tribunal de Justicia

74 Para responder a la primera parte de la cuestión, es necesario examinar los diferentes elementos del concepto de ayuda de Estado que figura en el artículo 92, apartado 1, del Tratado. En efecto, según jurisprudencia reiterada, la calificación de ayuda exige que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición (véanse las sentencias de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión, denominada «Tubemeuse», C-142/87, Rec. p. I-959, apartado 25; de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión, asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103, apartado 20, y de 16 de mayo de 2002,

Francia/Comisión, C-482/99, Rec. p. I-4397, apartado 68).

75 El artículo 92, apartado 1, del Tratado establece los siguientes requisitos: en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia.

76 La cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere más en particular al segundo de estos requisitos.

77 A este respecto, debe señalarse, en primer lugar, que en modo alguno cabe excluir que una subvención pública concedida a una empresa que presta únicamente servicios de transporte local o regional y que no presta servicios de transporte fuera de su Estado de origen pueda, a pesar de ello, tener una incidencia en los intercambios entre los Estados miembros.

78 Efectivamente, cuando un Estado miembro concede una subvención pública a una empresa, la prestación de servicios de transporte por parte de esta empresa puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de prestar sus servicios de transporte en el mercado de dicho Estado miembro (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1988, Francia/Comisión, 102/87, Rec. p. 4067, apartado 19; de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión, C-305/89, Rec. p. I-1603, apartado 26, y España/Comisión, antes citada, apartado 40).

79 En el presente asunto, esta afirmación no es sólo hipotética, puesto que, tal como se desprende, en particular, de las observaciones de la Comisión, varios Estados miembros comenzaron desde 1995 a abrir determinados mercados de transporte a la competencia de empresas establecidas en otros Estados miembros, de forma que varias empresas ya ofrecen sus servicios de transporte urbano, de cercanías o regional en Estados miembros distintos de su Estado de origen.

80 Además, la Comunicación de la Comisión, de 6 de marzo de 1996, relativa a las ayudas *de minimis* (DO C 68, p. 9), no se aplica al sector del transporte, como se desprende de su párrafo cuarto. Asimismo, el Reglamento (CE) nº 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas *de minimis* (DO L 10, p. 30), tampoco se aplica a este sector de conformidad con su tercer considerando y su artículo 1, letra a).

81 Por último, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no existe un umbral o porcentaje por debajo del cual pueda considerarse que los intercambios entre Estados miembros no se ven afectados. En efecto, la cuantía relativamente reducida de una ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen *a priori* la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros (véanse las sentencias Tubemeuse, apartado 43, y España/Comisión, apartado 42, antes citadas).

82 Por tanto, el segundo requisito para la aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado, según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados miembros, no depende del carácter local o regional de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate.

83 Sin embargo, para que pueda aplicarse el artículo 92, apartado 1, del Tratado a una intervención estatal, también debe poder considerarse, como se ha expuesto en el apartado 75 de la presente sentencia, que tal intervención constituye una ventaja concedida a la empresa beneficiaria.

84 A este respecto, se consideran ayudas las intervenciones que, bajo cualquier forma, puedan favorecer directa o indirectamente a las empresas (sentencia de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64, Rec. pp. 1141 y ss., especialmente p. 1161) o que pueden considerarse una ventaja económica que la empresa beneficiaria no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado (sentencias de 11 de julio de 1996, SFEI y otros, C-39/94, Rec. p. I-3547, apartado 60, y de 29 de abril de 1999, España/Comisión, C-342/96, Rec. p. I-2459, apartado 41).

85 No obstante, debe recordarse lo que el Tribunal de Justicia declaró en relación con una indemnización prevista por la Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados (DO L 194, p. 23; EE 15/01, p. 91). La citada indemnización podía concederse a las empresas de recogida y/o eliminación de aceites usados como contrapartida de las obligaciones de recogida y de eliminación impuestas por los Estados miembros, siempre que no superara los costes anuales no cubiertos y comprobados realmente de las empresas, teniendo en cuenta un beneficio razonable. El Tribunal de Justicia declaró que una indemnización de este tipo no constituía una ayuda en el sentido de los artículos 92 y siguientes del Tratado, sino un precio que representaba la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas de recogida o de eliminación (véase la sentencia de 7 de febrero de 1985, ADBHU, 240/83, Rec. p. 531, apartados 3, última frase, y 18).

86 De forma similar, el Tribunal de Justicia ha declarado que, siempre que un gravamen sobre las ventas directas a que están sujetos los laboratorios farmacéuticos corresponda a los costes adicionales realmente soportados por los mayoristas distribuidores para el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público, la no sujeción de estos últimos al gravamen citado puede considerarse la contrapartida de las prestaciones realizadas y, por lo tanto, una medida que no constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92 del Tratado. El Tribunal de Justicia ha considerado que cuando se cumple este requisito de equivalencia entre la exención concedida y los costes adicionales, los mayoristas distribuidores no disfrutan, en realidad, de una ventaja en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, ya que el único efecto de tal medida es colocar a éstos y a los laboratorios farmacéuticos en unas condiciones de competencia comparables (sentencia Ferring, antes citada, apartado 27).

87 De esta jurisprudencia se desprende que si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma

que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 92, apartado 1, del Tratado.

88 No obstante, para que a tal compensación no se le aplique, en un caso concreto, la calificación de ayuda de Estado, debe cumplirse una serie de requisitos.

89 En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente deberá examinar, por tanto, si las obligaciones de servicio público impuestas a Altmark Trans se derivan claramente de la legislación nacional y/o de las licencias controvertidas.

90 En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras.

91 Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, *a posteriori*, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.

92 En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva.

93 En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

94 Se desprende de lo anterior que si las subvenciones públicas concedidas a empresas encargadas explícitamente de obligaciones de servicio público para compensar los costes ocasionados por la ejecución de estas obligaciones responden a los requisitos indicados en los apartados 89 a 93 de la presente sentencia, tales subvenciones no están sujetas al

artículo 92, apartado 1, del Tratado. Por el contrario, la intervención estatal que no cumpla uno o varios de estos requisitos deberá considerarse una ayuda de Estado en el sentido de esta disposición.

95 Por consiguiente, debe responderse a la primera parte de la cuestión prejudicial que el requisito para la aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados miembros no depende del carácter local o regional de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate.

No obstante, las subvenciones públicas que tengan por objeto permitir la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional no están sujetas a esta disposición si pueden considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público. La aplicación de este criterio requiere que el órgano jurisdiccional remitente compruebe el cumplimiento de los siguientes requisitos:

– en primer lugar, que la empresa beneficiaria está efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se han definido claramente;

– en segundo lugar, que los parámetros para el cálculo de la compensación se han establecido previamente de forma objetiva y transparente;

– en tercer lugar, que la compensación no supera el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones;

– en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, que el nivel de la compensación necesaria se ha calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

Sobre la segunda parte de la cuestión prejudicial

96 Mediante la segunda parte de la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 77 del Tratado puede aplicarse a las subvenciones públicas que compensan los costes adicionales ocasionados por la ejecución de obligaciones de servicio público sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento nº 1191/69.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

97 Altmark Trans sostiene que la facultad de que dispone el legislador nacional de autorizar las subvenciones públicas destinadas a compensar los déficits originados por la explotación de transportes públicos urbanos, de cercanías o regionales, sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento nº 1191/69, existe con independencia del artículo 77 del Tratado.

98 Por su parte, el Regierungspräsidium considera que el artículo 77 del Tratado no otorga al legislador nacional la facultad de autorizar subvenciones públicas sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento nº 1191/69.

99 Nahverkehrsgesellschaft sostiene que, aun cuando las subvenciones públicas controvertidas en el litigio principal estuvieran sujetas a la prohibición recogida en el artículo 92 del Tratado, el artículo 77 del mismo excluye su aplicación, puesto que dichas subvenciones cumplen los requisitos establecidos en este último artículo. Por tanto, alega que, en este caso, el Reglamento nº 1191/69 no se opone a la concesión de tales subvenciones.

100 La Comisión considera que, en virtud del artículo 77 del Tratado, el legislador nacional tiene la facultad de conceder subvenciones públicas para compensar los déficits sufridos en el ámbito del transporte público urbano, de cercanías o regional, sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento nº 1191/69, pero que tales subvenciones están sujetas por completo al procedimiento de notificación previa previsto en el artículo 93, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 88 CE, apartado 3) relativo al examen de las ayudas de Estado.

Respuesta del Tribunal de Justicia

101 El artículo 77 del Tratado prevé que las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público son compatibles con el Tratado.

102 En el apartado 37 de la presente sentencia se ha expuesto que sólo debería examinarse si las subvenciones controvertidas están sujetas a las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas de Estado en caso de que no hubiese ningún reglamento aplicable en el litigio principal.

103 Pues bien, de los apartados 65 y 66 de la presente sentencia se desprende que el Reglamento nº 1191/69 podría aplicarse en el litigio principal en la medida en que el legislador alemán no haya excluido al régimen de autonomía financiera del ámbito de aplicación de dicho Reglamento o lo haya hecho sin respetar el principio de seguridad jurídica. En tal supuesto, las disposiciones de dicho Reglamento serán aplicables a las subvenciones controvertidas en el litigio principal y el órgano jurisdiccional remitente no deberá examinar si son compatibles con las disposiciones del Derecho primario.

104 No obstante, en el caso de que el Reglamento nº 1191/69 no sea aplicable en el litigio principal, de la respuesta a la primera parte de la cuestión prejudicial se desprende que si

las subvenciones controvertidas en el procedimiento principal pueden considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones de transporte realizadas para el cumplimiento de obligaciones de servicio público y cumplen los requisitos enunciados en los apartados 89 a 93 de la presente sentencia, estas subvenciones no estarán sujetas al artículo 92 del Tratado, de modo que no habría necesidad de invocar la excepción a esta disposición prevista en el artículo 77 del Tratado.

105 De ello se deduce que las disposiciones del Derecho primario relativas a las ayudas de Estado y a la política común de transportes únicamente serán aplicables a las subvenciones controvertidas en el litigio principal si, por una parte, tales subvenciones no están sujetas al Reglamento nº 1191/69 y, por otra parte, si, a pesar de haberse concedido para compensar los costes adicionales ocasionados por la ejecución de obligaciones de servicio público, no cumplen todos los requisitos expuestos en los apartados 89 a 93 de la presente sentencia.

106 No obstante, aun en el caso de que las subvenciones controvertidas en el asunto principal debieran examinarse a la luz de las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas de Estado, la excepción prevista en el artículo 77 del mismo no podría aplicarse como tal.

107 En efecto, el 4 de junio de 1970, el Consejo adoptó el Reglamento (CEE) nº 1107/70, relativo a las ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 130, p. 1; EE 08/01, p. 164). El artículo 3 de este Reglamento dispone que «sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1192/69 [...] y del Reglamento (CEE) nº 1191/69 [...] los Estados miembros no adoptarán medidas de coordinación ni impondrán obligaciones inherentes a la noción de servicio público que impliquen la concesión de ayudas con arreglo al artículo 77 del Tratado salvo en los casos y condiciones siguientes». De ello se deriva que los Estados miembros ya no pueden invocar la aplicación del artículo 77 del Tratado fuera de los casos previstos por el Derecho comunitario derivado.

108 Así, en caso de que el Reglamento nº 1191/69 no sea aplicable en el presente asunto y las subvenciones controvertidas estén sujetas al artículo 92, apartado 1, del Tratado, el Reglamento nº 1107/70 enumera, de forma exhaustiva, las condiciones en las que las autoridades de los Estados miembros pueden conceder ayudas en virtud del artículo 77 del Tratado.

109 Por consiguiente, procede responder a la segunda parte de la cuestión prejudicial que el artículo 77 del Tratado no puede aplicarse a las subvenciones públicas que compensan los costes adicionales ocasionados por la ejecución de obligaciones de servicio público sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento nº 1191/69.

Costas

110 Los gastos efectuados por los Gobiernos alemán, danés, español, francés, neerlandés y del Reino Unido y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las

partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Bundesverwaltungsgericht mediante resolución de 6 de abril de 2000, declara:

1) **El Reglamento (CEE) nº 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) nº 1893/91 del Consejo, de 20 de junio de 1991, y en particular su artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que permite a un Estado miembro excluir del ámbito de aplicación de este Reglamento la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional que dependen necesariamente de las subvenciones públicas y limitar su aplicación a aquellos casos en que, de otro modo, no sea posible garantizar la prestación de un servicio de transporte suficiente, siempre que, no obstante, se respete debidamente el principio de seguridad jurídica.**

2) **El requisito para la aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, apartado 1, tras su modificación) según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados miembros no depende del carácter local o regional de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate.**

   No obstante, las subvenciones públicas que tengan por objeto permitir la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional no están sujetas a esta disposición si pueden considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público. La aplicación de este criterio requiere que el órgano jurisdiccional remitente compruebe el cumplimiento de los siguientes requisitos:

   - **en primer lugar, que la empresa beneficiaria está efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se han definido claramente;**

   - **en segundo lugar, que los parámetros para el cálculo de la compensación se han establecido previamente de forma objetiva y transparente;**

- **en tercer lugar, que la compensación no supera el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones;**

- **en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, que el nivel de la compensación necesaria se ha calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.**

3) El artículo 77 del Tratado CE (actualmente artículo 73 CE) no puede aplicarse a las subvenciones públicas que compensan los costes adicionales ocasionados por la ejecución de obligaciones de servicio público sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento nº 1191/69, en su versión modificada por el Reglamento nº 1893/91.

Rodríguez Iglesias	Puissochet	Wathelet
Schintgen	Timmermans	Gulmann
Edward	La Pergola	Jann
Skouris	Macken	Colneric
von Bahr	Cunha Rodrigues	Rosas

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 24 de julio de 2003.

El Secretario | El Presidente

R. Grass | G.C. Rodríguez Iglesias

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA

CVRIA
LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 8 de septiembre de 2005 *

«Artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) – Servicios de telecomunicaciones – Directiva 90/388/CEE – Artículo 3 *quater* – Supresión de todas las restricciones – Impuestos municipales sobre torres, postes y antenas de difusión para GSM»

En los asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03,

que tiene por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE, por el Conseil d'État (Bélgica), mediante resoluciones de 8 de diciembre de 2003, recibidas en el Tribunal de Justicia el 23 de diciembre de 2003, en los procedimientos entre

Mobistar SA (asunto C-544/03)

y

Municipio de Fléron,

y entre

Belgacom Mobile SA (asunto C-545/03)

y

Municipio de Schaerbeek,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y el Sr. K. Lenaerts, la Sra. N. Colneric (Ponente) y los Sres. E. Juhász y M. Ilešič, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Léger;

* Lengua de procedimiento: francés.

Secretaria: Sra. M.-F. Contet, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 20 de enero de 2005;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de Mobistar SA, por Mes Y. van Gerven, A. Vallery y A. Desmedt, avocats;

– en nombre de Belgacom Mobile SA, por Mes H. De Bauw, advocaat, y P. Carreau, avocat;

– en nombre del municipio de Fléron, por Me M. Vankan, avocat;

– en nombre del municipio de Schaerbeek, por Me J. Bourtembourg, avocat;

– en nombre del Gobierno belga, por el Sr. A. Goldman y la Sra. E. Dominkovits, en calidad de agentes;

– en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. H.G. Sevenster, en calidad de agente;

– en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. J.-P. Keppenne y M. Shotter y la Sra. L. Ström van Lier, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de abril de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y 3 *quater* de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO L 192, p. 10), en su versión modificada, en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, por la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996 (DO L 74, p. 13) (en lo sucesivo, «Directiva 90/388»).

2 Dichas peticiones se presentaron en el marco de litigios entablados por operadores de telefonía móvil establecidos en Bélgica, las sociedades Mobistar SA (en lo sucesivo, «Mobistar») y Belgacom Mobile SA (en lo sucesivo, «Belgacom Mobile»). Estos dos operadores solicitan la anulación de los impuestos

establecidos por los municipios de Fléron (Bélgica) y de Schaerbeek (Bélgica) sobre antenas, postes y torres de difusión para GSM o para antenas exteriores, respectivamente.

3 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 4 de marzo de 2004, los asuntos fueron acumulados a efectos de las fases escrita y oral y de la sentencia.

Marco jurídico

4 El artículo 59, párrafo primero, del Tratado dispone:

«En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas, durante el período transitorio, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.»

5 El artículo 86, párrafo primero, del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE, párrafo primero) prevé:

«Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.»

6 El artículo 90 del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE) tiene el siguiente tenor:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que se concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.»

7 El artículo 3 *bis* de la Directiva 90/388 establece:

«Además de las exigencias requeridas en el párrafo segundo del artículo 2, los Estados miembros, al fijar los requisitos aplicables a las licencias o autorizaciones generales para los sistemas de comunicaciones móviles y personales, velarán por que:

i) las condiciones de concesión de licencias no contengan requisitos que no se justifiquen basándose en las exigencias esenciales y, en el caso de los sistemas destinados al público en general, por exigencias de servicio público en forma de regulaciones de comercio a que se refiere el artículo 3;

ii) las condiciones de concesión de licencias para los operadores de la red móvil garanticen un comportamiento transparente y no discriminatorio entre los operadores de redes fijas y móviles de propiedad común;

iii) las condiciones de concesión de licencias no incluyan restricciones técnicas injustificadas. En particular, los Estados miembros no podrán impedir la combinación de licencias ni restringir la oferta de tecnologías distintas que hagan uso de frecuencias diferentes, en los casos en que pueda disponerse de equipos que respondan a normas múltiples.

[…]»

8 El artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388 prevé:

«Los Estados miembros garantizarán la supresión de todas las restricciones impuestas a los operadores de sistemas de comunicaciones móviles y personales en lo que se refiere a la creación de su propia infraestructura, al uso de infraestructuras suministradas por terceros y al uso compartido de infraestructura, así como otros servicios y emplazamientos, siempre que se limite el uso de dichas infraestructuras a las actividades previstas en su licencia o autorización.»

9 Los artículos 3 *bis* y 3 *quater* de la Directiva 90/388 fueron introducidos por la Directiva 96/2/CE de la Comisión, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388 en relación con las comunicaciones móviles y personales (DO L 20, p. 59). El primer considerando de la Directiva 96/2 está redactado en los siguientes términos:

«En su Comunicación sobre la consulta relativa al Libro verde sobre comunicaciones móviles y personales, de 23 de noviembre de 1994, la Comisión definió las principales acciones que deben realizarse para crear el marco reglamentario necesario para explotar el potencial de este medio de comunicación. La Comisión hizo hincapié en la necesidad de suprimir, con la mayor brevedad, todos los derechos especiales o exclusivos vigentes en este ámbito, mediante la plena aplicación de las normas comunitarias sobre competencia y la modificación, en su caso, de la Directiva 90/388 […], cuya última modificación la constituye la Directiva 95/51/CE […]. Además, en la Comunicación se planteaba la supresión de las restricciones a la libre elección de los soportes utilizados por los operadores

de redes móviles para la explotación y el desarrollo de sus redes en cuanto se refiere a las actividades previstas en sus licencias o autorizaciones. Esta iniciativa se consideraba esencial para allanar las actuales distorsiones de la libre competencia y, en particular, para que estos operadores puedan controlar sus costes.»

10 A tenor del cuarto considerando de esta misma Directiva:

«Varios Estados miembros ya han abierto a la competencia algunos servicios de comunicaciones móviles e introducido regímenes de licencias para la prestación de estos servicios. No obstante, muchos Estados miembros siguen restringiendo el número de licencias concedidas basándose en el poder discrecional de que disfrutan o, en el caso de los operadores que compiten con los organismos de telecomunicaciones, las licencias siguen sujetas a restricciones técnicas, como la prohibición de usar infraestructuras distintas de las suministradas por dichos organismos; […]»

11 El decimosexto considerando de la referida Directiva precisa:

«[…] Además las restricciones en el autosuministro de infraestructura y el uso de infraestructura de terceros frena el desarrollo de los servicios móviles, habida cuenta de que la eficacia del servicio itinerante paneuropeo con la tecnología GSM depende de una amplia disponibilidad de sistemas de señalización direccionados, tecnología que los organismos de telecomunicaciones no ofrecen aún a escala universal en toda la Comunidad.

Estas restricciones en el suministro y en el uso de las infraestructuras limitan la prestación de servicios de comunicaciones móviles y personales por parte de operadores de otros Estados miembros, por lo que son incompatibles con el artículo 90 en relación con el artículo 59 del Tratado. En la medida en que se impide la prestación competitiva de servicios móviles de telefonía vocal, debido a que el organismo de telecomunicaciones no puede satisfacer la demanda de infraestructura de los operadores móviles o sólo la satisface aplicando tarifas que no se rigen por los costes de la capacidad de línea arrendada, estas restricciones favorecen inevitablemente la oferta de servicios de telefonía fija de los organismos de telecomunicaciones, respecto de los cuales muchos Estados miembros siguen manteniendo derechos exclusivos. Por lo tanto, las restricciones en el suministro y el uso de infraestructura constituyen una infracción del artículo 90 en relación con el artículo 86 del Tratado. Así pues, los Estados miembros deben suprimir estas restricciones y conceder a los operadores móviles correspondientes, en caso de que lo soliciten, un acceso no discriminatorio a los insuficientes recursos necesarios para establecer su propia infraestructura, incluidas las correspondientes radiofrecuencias.»

12 El artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de

autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DO L 117, p. 15), titulado «Cánones y gravámenes para las licencias individuales», tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros garantizarán que todo canon impuesto a las empresas en el marco de los procedimientos de autorización tenga por único objetivo cubrir los gastos administrativos que ocasione la expedición, gestión, control y ejecución del régimen de licencias individuales aplicable. Los cánones por una licencia individual deberán ser proporcionados en relación con el trabajo que supongan y se publicarán de manera adecuada y suficientemente detallada, a fin de facilitar el acceso a la información relativa a los mismos.»

13 Con efectos de 25 de julio de 2003, las Directivas 90/388 y 97/13 fueron derogadas por la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 249, p. 21), y por la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO L 108, p. 33), respectivamente, Directivas que son, sin embargo, posteriores a los litigios principales.

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

Asunto C-544/03

14 El Ayuntamiento de Fléron adoptó, en su sesión de 27 de enero de 1998, una ordenanza fiscal sobre torres, postes y antenas de difusión para GSM. El impuesto se estableció a partir del 1 de enero de 1998 por un período de tres años, que expiró el 31 de diciembre de 2000. El impuesto ascendió a 100.000 BEF por torre, poste o antena, que debía abonar su propietario.

15 El 12 de abril de 1999, Mobistar solicitó la anulación de dicha ordenanza fiscal ante el Conseil d'État.

16 Entre los motivos de anulación alegados en apoyo de su recurso, Mobistar sostiene que la ordenanza fiscal impugnada constituye una restricción al desarrollo de su red de telefonía móvil, restricción prohibida por el artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388.

17 Al considerar, por una parte, que no estaba en condiciones de pronunciarse sobre la procedencia de este motivo sin aplicar una norma de Derecho comunitario que suscitaba un problema de interpretación y, por otra, que tampoco resultaba claro que el impuesto impugnado fuera compatible con el artículo 49 CE, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 49 [CE] en el sentido de que se opone a que una normativa de una autoridad nacional o de una corporación local establezca un impuesto sobre las infraestructuras de comunicaciones móviles y personales utilizadas en el marco de la explotación de las actividades previstas en las licencias y autorizaciones?

2) ¿Se opone el artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388 [...], en la medida en que este artículo se refiere a la supresión de "todas las restricciones", a que una normativa de una autoridad nacional o de una corporación local establezca un impuesto sobre las infraestructuras de comunicaciones móviles y personales utilizadas en el marco de la explotación de las actividades previstas en las licencias y autorizaciones?»

Asunto C-545/03

18 El Ayuntamiento de Schaerbeek adoptó, en su sesión de 8 de octubre de 1997, una ordenanza fiscal relativa al impuesto sobre antenas exteriores, que modificaba una ordenanza fiscal relativa a antenas parabólicas que este mismo Ayuntamiento había adoptada previamente. Se estableció un impuesto de carácter anual sobre las antenas exteriores para los ejercicios de 1997 a 1999. Por antena exterior debía entenderse no solamente las antenas parabólicas, sino también las antenas repetidoras GSM u otras. El impuesto ascendía a 100.000 BEF por antena repetidora GSM y a 5.000 BEF por antena parabólica u otra.

19 El 19 de diciembre de 1997, Belgacom Mobile solicitó la anulación de dicha ordenanza fiscal ante el Conseil d'État.

20 Uno de los motivos alegados en apoyo de su recurso se basa en la infracción de las disposiciones comunitarias relativas al establecimiento de una red de telefonía móvil de calidad y exenta de restricciones, en particular del artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388.

21 Al considerar asimismo que no estaba en condiciones de pronunciarse sobre la procedencia de este motivo sin aplicar una norma de Derecho comunitario que planteaba un problema de interpretación, el Conseil d'État consideró que, en virtud del artículo 234 CE, procedía plantear dos cuestiones prejudiciales idénticas a las planteadas en el asunto C-544/03.

Sobre la petición de reapertura de la fase oral del procedimiento

22 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 2 de mayo de 2005, el Gobierno neerlandés solicitó al Tribunal de Justicia que ordenara la reapertura de la fase oral del procedimiento con arreglo al artículo 61 del Reglamento de Procedimiento.

23 En apoyo de esta petición, dicho Gobierno alega esencialmente que el Abogado General propuso en sus conclusiones que la respuesta se basara en fundamentos distintos de los que había mencionado el órgano jurisdiccional remitente, esto es, que se basara en la Directiva 97/13, que no había sido debatida en profundidad entre todas las partes, ni en las observaciones escritas ni en las presentadas en la vista. El referido Gobierno desea formular observaciones al respecto.

24 Sobre este particular, debe recordarse que el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio, a propuesta del Abogado General, o a instancia de parte, la reapertura de la fase oral del procedimiento, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no está suficientemente informado, o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (véanse el auto de 4 de febrero de 2000, Emesa Sugar, C-17/98, Rec. p. I-665, apartado 18; la sentencia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99, Rec. p. I-1577, apartado 42, y la de 30 de marzo de 2004, Alabaster, C-147/02, Rec. p. I-3101, apartado 35).

25 En el presente caso, no obstante, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, estima disponer de todos los elementos necesarios para responder a la cuestión planteada y que estos elementos han sido debatidos ante él. Por consiguiente, procede denegar la solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento.

Sobre la primera cuestión

26 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 59 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa de una autoridad nacional o de una corporación local establezca un impuesto sobre las infraestructuras de comunicaciones móviles y personales utilizadas en el marco de la explotación de las actividades previstas en las licencias y autorizaciones.

27 Aunque en el actual estado del Derecho comunitario la materia de los impuestos directos no está incluida, como tal, en la esfera de la competencia de la Comunidad, no es menos cierto que los Estados miembros deben ejercer las competencias que conservan respetando el Derecho comunitario (véanse las sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, Rec. p. I-225, apartado 21; de 21 de noviembre de 2002, X e Y, C-436/00, Rec. p. I-10829, apartado 32, y de 11 de marzo de 2004, De Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Rec. p. I-2409, apartado 44).

28 El Tribunal de Justicia ya ha reconocido que, en el ámbito de la libre prestación de servicios, una medida fiscal nacional que obstaculiza el ejercicio de esta libertad podía constituir una medida prohibida, siendo indiferente que tal medida haya sido dictada por el propio Estado o por una corporación local (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2001, De Coster, C-17/00, Rec. p. I-9445, apartados 26 y 27).

29 Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 59 del Tratado no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de otros Estados miembros, cuando pueda prohibir u obstaculizar en mayor medida las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (sentencias de 9 de agosto de 1994, Vander Elst, C-43/93, Rec. p. I-3803, apartado 14, y De Coster, antes citada, apartado 29).

30 Además, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar que el referido artículo 59 se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro (sentencia De Coster, antes citada, apartado 30 y la jurisprudencia que allí se cita, así como el apartado 39).

31 En cambio, el artículo 59 del Tratado no se refiere a medidas cuyo único efecto consiste en generar costes suplementarios para la prestación en cuestión y que afectan del mismo modo a la prestación de servicios entre Estados miembros y a la interna en un Estado miembro.

32 Respecto a la cuestión de si la recaudación por las autoridades municipales de los impuestos como los controvertidos en los asuntos principales constituye un obstáculo incompatible con el mencionado artículo 59, procede señalar que estos impuestos se aplican indistintamente a todos los propietarios de instalaciones de telefonía móvil en el territorio del municipio en cuestión y que tales medidas no afectan de modo más gravoso, ni de hecho ni de Derecho, a los operadores extranjeros que a los nacionales.

33 Las medidas tributarias controvertidas tampoco dificultan más la prestación de servicios transfronteriza que la interna. La creación de un impuesto sobre torres, postes y antenas puede encarecer, efectivamente, las tarifas de comunicación por telefonía móvil desde el extranjero a Bélgica, y a la inversa. Sin embargo, los servicios de telefonía interna se hallan expuestos, en la misma medida, al riesgo de que se repercuta el impuesto sobre las tarifas.

34 Es preciso añadir que nada en los autos deja ver que el efecto cumulativo de los impuestos locales comprometa la libre prestación de servicios de telefonía móvil entre los otros Estados miembros y el Reino de Bélgica.

35 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que el artículo 59 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa de una autoridad nacional o de una corporación local establezca un impuesto sobre las infraestructuras de comunicaciones móviles y personales, utilizadas en el marco de la explotación de las actividades previstas en las licencias y autorizaciones, que se aplique indistintamente a los prestadores de servicios

nacionales y a los de los demás Estados miembros y que afecte del mismo modo a la prestación de servicios interna en un Estado miembro y a la prestación de servicios entre Estados miembros.

Sobre la segunda cuestión

36 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si las medidas de tipo fiscal aplicables a infraestructuras de comunicaciones móviles están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388.

37 Con carácter preliminar, es preciso señalar que el hecho imponible de los impuestos sobre las infraestructuras de comunicación no lo constituye la concesión de una licencia. Por consiguiente, la Directiva 97/13, invocada por Mobistar en la vista, resulta inaplicable a los hechos en cuestión.

38 Con respecto a la Directiva 90/388, procede mencionar en primer lugar que el tenor de su artículo 3 *quater*, en la medida en que prescribe la supresión de «todas las restricciones» impuestas a los operadores de sistemas de comunicaciones móviles y personales en lo que atañe a la infraestructura, no excluye que dichas restricciones se refieran igualmente a medidas de tipo fiscal aplicables a infraestructuras de comunicaciones móviles.

39 Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que para interpretar una disposición de Derecho comunitario debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (véanse, en especial, las sentencias de 17 de noviembre de 1983, Merck, 292/82, Rec. p. 3781, apartado 12; de 21 de febrero de 1984, St. Nikolaus Brennerei, 337/82, Rec. p. 1051, apartado 10, y de 7 de junio de 2005, Vereniging voor Energie, Milieu en Water y otros, C-17/03, Rec. p. I-0000, apartado 41).

40 En su versión inicial, la Directiva 90/388 preveía la supresión de derechos especiales o exclusivos concedidos por los Estados miembros para la prestación de servicios de telecomunicaciones, pero en su ámbito de aplicación no estaban incluidos los servicios de comunicaciones móviles. Fue modificada por la Directiva 96/2 para extender su alcance a las comunicaciones móviles y personales.

41 Esta última Directiva tiene por objeto establecer un marco normativo que permita explotar el potencial de las comunicaciones móviles y personales, suprimiendo con la mayor brevedad todos los derechos exclusivos y especiales, eliminando, para los operadores de redes móviles, tanto las restricciones a la libertad de explotación y desarrollo de sus redes para ejercer las actividades previstas en sus licencias o autorizaciones como las distorsiones de la competencia, y permitiendo a dichos operadores controlar sus costes (véase la sentencia de 16 de octubre de 2001, Comisión/Grecia, asuntos acumulados C-396/99 y C-397/99, Rec.

p. I-7577, apartado 25, y la de 22 de mayo de 2003, Connect Austria, C-462/99, Rec. p. I-5197, apartado 96).

42 La Directiva 96/2 se basa en el artículo 90, apartado 3, del Tratado. De ello se desprende que el artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388 sólo resulta aplicable a restricciones contrarias al artículo 90 del Tratado.

43 Según el considerando decimosexto de la Directiva 96/2, ésta se adoptó ante una situación en la que se impedía la prestación competitiva de servicios móviles de telefonía vocal, porque los organismos de telecomunicaciones no podían satisfacer la demanda de infraestructura de los operadores móviles y porque la mayoría de los Estados miembros seguían manteniendo derechos exclusivos en beneficio de tales organismos. Partiendo de la premisa de que las restricciones en el suministro y uso de infraestructura constituyen una infracción del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 86 del Tratado, la Comisión llegó a la conclusión de que los Estados miembros deben suprimir estas restricciones y conceder a los operadores móviles correspondientes, en caso de que lo soliciten, un acceso no discriminatorio a los recursos escasos, necesarios para establecer su propia infraestructura.

44 De ello resulta que las restricciones a las que se refiere el artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388 se caracterizan, por una parte, por su vínculo con los derechos exclusivos y especiales de los operadores históricos y, por otra, por el hecho de que a tal situación pueda ponerse fin mediante un acceso no discriminatorio a los recursos escasos necesarios.

45 Así, el mencionado artículo 3 *quater* se refiere a restricciones como las mencionadas, a título de ejemplo, en el cuarto considerando de la Directiva 96/2, esto es, la restricción discrecional de la concesión de licencias o, en el caso de los operadores que compiten con los organismos de telecomunicaciones, la sumisión de dicha concesión a restricciones técnicas, como la prohibición de usar infraestructuras distintas de las suministradas por dichos organismos.

46 Además, sólo medidas que afecten de forma apreciable a la competencia están comprendidas en el concepto de restricción en el sentido específico del artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388.

47 En cambio, el artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388 no se refiere a medidas nacionales que se apliquen indistintamente a todos los operadores de telefonía móvil y que no favorezcan, directa o indirectamente, a los operadores que disfruten o hayan disfrutado de derechos especiales o exclusivos en perjuicio de nuevos operadores que compitan con ellos.

48 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente cerciorarse de que tales requisitos se cumplan en los litigios principales.

49 En el marco de su examen, el tribunal remitente deberá comprobar los efectos de los impuestos, teniendo en cuenta, especialmente, el momento en que cada uno de los operadores en cuestión accedió al mercado. Es posible que los operadores que disfruten o hayan disfrutado de derechos especiales o exclusivos hayan podido beneficiarse, antes de los otros operadores, de una situación en la que podían amortizar sus costes para establecer una red. Ahora bien, el hecho de que los nuevos operadores en el mercado estén sujetos a obligaciones de servicio público, incluida la obligación con respecto a la cobertura territorial, puede colocarles, en cuanto al control de sus costes, en una situación desfavorable en comparación con los operadores históricos.

50 De todo lo anterior resulta que procede responder a la segunda cuestión que las medidas de tipo fiscal aplicables a infraestructuras de comunicaciones móviles no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388, a no ser que favorezcan, directa o indirectamente, a los operadores que disfruten o hayan disfrutado de derechos especiales o exclusivos en perjuicio de nuevos operadores y a no ser que afecten de forma apreciable a la competencia.

Costas

51 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa de una autoridad nacional o de una corporación local establezca un impuesto sobre las infraestructuras de comunicaciones móviles y personales, utilizadas en el marco de la explotación de las actividades previstas en las licencias y autorizaciones, que se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros y que afecte del mismo modo a la prestación de servicios interna en un Estado miembro y a la prestación de servicios entre Estados miembros.

2) Las medidas de tipo fiscal aplicables a infraestructuras de comunicaciones móviles no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 *quater* de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en su versión modificada,

en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, por la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, a no ser que favorezcan, directa o indirectamente, a los operadores que disfruten o hayan disfrutado de derechos especiales o exclusivos en perjuicio de nuevos operadores y a no ser que afecten de forma apreciable a la competencia.

Firmas

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA

CVRIA
LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
de 13 de marzo de 2008 [1]

Asunto C-188/07

Commune de Mesquer
contra
Total France SA
y
Total International Ltd

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de Cassation (Francia)]

«Directiva 75/442/CEE, relativa a los residuos – Concepto de “residuo” – Hidrocarburos y fuelóleos pesados – Poseedor de residuos – Principio de que quien contamina paga – Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos»

[1] – Lengua original: alemán.

I. Introducción

1. La petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de Cassation trae causa del siniestro del buque cisterna Erika ante la costa bretona en el año 1999. El fuelóleo pesado vertido como consecuencia del siniestro contaminó, entre otras, las playas del municipio de Mesquer (en lo sucesivo, «Mesquer»), el cual reclamó una indemnización de daños y perjuicios a empresas del grupo Total.

2. Por este motivo, se han planteado ante el Tribunal de Justicia cuestiones acerca de la interpretación de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (en lo sucesivo, «Directiva marco sobre residuos»). [2] Primeramente, ha de aclararse si el fuelóleo pesado puede calificarse en sí mismo de residuo o si se convirtió en residuo debido al accidente. Asimismo, se pregunta si las empresas del grupo Total han de asumir el coste de eliminación de la contaminación por hidrocarburos, dado que produjeron el fuelóleo vertido y contrataron su transporte en el buque cisterna.

3. En este contexto, debe tenerse en cuenta que Francia es parte contratante del Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos, firmado el 29 de noviembre de 1969, [3] en su versión modificada por el Protocolo de 1992 (en lo sucesivo, «Convenio de Responsabilidad»), [4] y del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1971, en su versión modificada por el Protocolo de 1992 (en lo sucesivo, «Convenio del Fondo»). [5]

II. Marco jurídico

A. *Derecho internacional aplicable*

4. En el caso de autos resulta de interés, desde el punto de vista del Derecho internacional, en primer lugar el Convenio de Responsabilidad. Este Convenio fue

[2] – DO L 194, p. 39; EE 15/01, p. 129, aplicable al caso de autos en su versión modificada por la Decisión 96/350/CE de la Comisión, de 24 de mayo de 1996 (DO L 135, p. 32). Posteriormente ha sido consolidada por la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos (DO L 114, p. 9).

[3] – Versión en lengua española en el BOE nº 58 de 8 de marzo de 1976, p. 4789.

[4] – El Protocolo está impreso en el DO 2004, L 78, p. 32. La versión completa del Convenio se encuentra, por ejemplo, en http://www.iopcfunds.org/npdf/Conventions%20English.pdf.

[5] – El Protocolo está impreso en el DO 2004, L 78, p. 40. La versión completa del Convenio se encuentra, por ejemplo, en http://www.iopcfunds.org/npdf/Conventions%20English.pdf.

ratificado, entre otros Estados, por 24 Estados miembros, pero no por la Comunidad. [6]

5. El artículo III del Convenio de Responsabilidad regula la responsabilidad por daños causados por la contaminación por hidrocarburos por vía marítima:

«1. Salvo en los casos estipulados en los párrafos 2 y 3 del presente artículo, el propietario del buque al tiempo de producirse un suceso o, si el suceso está constituido por una serie de acaecimientos, al tiempo de producirse el primero de éstos, será responsable de todos los daños ocasionados por contaminación que se deriven del buque a consecuencia del suceso.

2. No se imputará responsabilidad alguna al propietario si éste prueba que:

a) los daños se debieron a un acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección, o a un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o

b) los daños se debieron totalmente a la acción o a la omisión de un tercero que actuó con la intención de causar daños, o

c) los daños se debieron totalmente a la negligencia o a una acción lesiva de otra índole de cualquier Gobierno o autoridad responsable del mantenimiento de luces o de otras ayudas a la navegación, en el ejercicio de esa función.

3. Si el propietario prueba que los daños ocasionados se debieron total o parcialmente a la acción o a la omisión de la persona que los sufrió, la cual actuó así con la intención de causarlos, o a la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad ante esa persona.

4. No podrá promoverse contra el propietario ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste al presente Convenio. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 5 del presente artículo, no podrá promoverse ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación, ajustada o no al presente Convenio, contra:

a) los empleados o agentes del propietario ni los tripulantes;

b) el práctico o cualquier otra persona que, sin ser tripulantes, preste servicios para el buque;

[6] – Según http://www.imo.org/includes/blastData.asp/doc_id=693/status.xls, consultada el 5 de marzo de 2008, son partes contratantes del Convenio Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Estonia, Grecia, España, Francia, Irlanda, Italia, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, los Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Finlandia, Suecia y el Reino Unido; no son partes contratantes la República Checa, Austria ni Eslovaquia.

c) ningún fletador (como quiera que se le describa, incluido el fletador del buque sin tripulación), gestor naval o armador;

d) ninguna persona que realice operaciones de salvamento con el consentimiento del propietario o siguiendo instrucciones de una autoridad pública competente;

e) ninguna persona que tome medidas preventivas;

f) ningún empleado o agente de las personas mencionadas en los subpárrafos c), d) y e),

a menos que los daños hayan sido originados por una acción o una omisión de tales personas, y que éstas hayan actuado así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños.

5. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio irá en perjuicio del derecho existente del propietario a interponer recurso contra terceros.»

6. En virtud del artículo V del Convenio de Responsabilidad, la responsabilidad del propietario estará limitada, a no ser que se pruebe que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños.

7. Cuando se produjeron los hechos del litigio principal, el límite máximo de responsabilidad oscilaba, según el artículo V, apartado 1, en función del tamaño del buque, entre 3 millones de unidades de cuenta y 59,7 millones de unidades de cuenta. Conforme al artículo V, apartado 9, la unidad de cuenta se corresponde con un derecho especial de giro del Fondo Monetario Internacional que, a 13 de diciembre de 1999, inmediatamente antes del accidente, equivalía a 1,357120 euros. [7] En el caso del Erika, la responsabilidad del propietario estaba limitada a unos 13 millones de euros. [8]

[7] – Según datos del Fondo Monetario Internacional, http://www.imf.org/external/np/fin/data/rms_mth.aspx?SelectDate=1999-12-31&reportType=CVSDR. Una unidad de cuenta equivale a una cesta de divisas de 0,41 euros; 18,4 yenes; 0,0903 libras esterlinas y 0,632 dólares estadounidenses.

[8] – Nota 92FUND/EXC.28/4 del Director del Fondo de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 15 de febrero de 2005, http://www.iopcfund-docs.org/ds/pdf/92exc28-4_e.pdf, p. 2. Véase igualmente la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un segundo conjunto de medidas comunitarias en materia de seguridad marítima a raíz del naufragio del petrolero Erika, COM(2000) 802 final, p. 59.

8. El Convenio de Responsabilidad se complementa mediante el Convenio del Fondo. Este último fue ratificado, entre otros Estados, por 23 Estados miembros, pero no por la Comunidad. [9]

9. El Fondo de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (en lo sucesivo, también «Fondo») constituido por dicho Convenio resarce, según el artículo 2 de este último, los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos en la medida que la protección establecida en el Convenio de Responsabilidad resulte insuficiente. Cuando se produjeron los hechos del litigio principal, el importe máximo de indemnización abonable por el Fondo ascendía a 135 millones de unidades de cuenta. En el caso del Erika, el importe resultante era de aproximadamente 185 millones de euros. [10]

10. En virtud del artículo 28, apartado 4, del Convenio del Fondo, éste sólo está abierto a los Estados que hayan ratificado, aceptado o aprobado el Convenio de Responsabilidad.

11. Por su parte, el artículo 235, apartado 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (en lo sucesivo, «Convención sobre el Derecho del Mar»), [11] postula la cooperación de los Estados en relación con las responsabilidades por la contaminación del medio marino:

«A fin de asegurar una pronta y adecuada indemnización de todos los daños resultantes de la contaminación del medio marino, los Estados cooperarán en la aplicación del derecho internacional existente y en el ulterior desarrollo del derecho internacional relativo a las responsabilidades y obligaciones relacionadas con la evaluación de los daños y su indemnización y a la solución de las controversias conexas, así como, cuando proceda, a la elaboración de criterios y procedimientos para el pago de una indemnización adecuada, tales como seguros obligatorios o fondos de indemnización.»

[9] – Según http://www.imo.org/includes/blastData.asp/doc_id=693/status.xls, consultada el 5 de marzo de 2008, son partes contratantes del Convenio Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Estonia, Grecia, España, Francia, Irlanda, Italia, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, los Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Suecia y el Reino Unido; no son partes contratantes la República Checa, Austria, Rumanía ni Eslovaquia.

[10] – Nota 92FUND/EXC.28/4 (citada en la nota 8), p. 2.

[11] – Tercera Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Official Documents, vol. XVII, 1984, Doc. A/Conf.62/122, pp. 157-231.

B. *Derecho comunitario*

1. Directiva marco sobre residuos

12. El artículo 1 de la Directiva marco sobre residuos define, entre otros, los conceptos de residuos, productor de residuos y poseedor de residuos:

«Con arreglo a la presente Directiva, se entenderá por:

a) “residuo”: cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el Anexo I y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse;

[…]

b) “productor”: cualquier persona cuya actividad produzca residuos (“productor inicial”) y/o cualquier persona que efectúe operaciones de tratamiento previo, de mezcla o de otro tipo que ocasionen un cambio de naturaleza o de composición de esos residuos;

c) “poseedor”: el productor de los residuos o la persona física o jurídica que los tenga en su posesión;

d) […]»

13. El anexo I define diferentes categorías de residuos, entre ellas las dos siguientes:

«Q4 Materias que se hayan vertido por accidente, que se hayan perdido o que hayan sufrido cualquier otro incidente con inclusión del material, del equipo, etc., contaminado a causa del incidente en cuestión»

y

«Q15 Materias, sustancias o productos contaminados procedentes de actividades de regeneración de terrenos».

14. El artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos regula la asunción del coste de eliminación de los residuos:

«De conformidad con el principio “quien contamina paga”, el coste de la eliminación de los residuos deberá recaer sobre:

– el poseedor que remitiere los residuos a un recolector o a una empresa de las mencionadas en el artículo 9, y/o

– los poseedores anteriores o el productor del producto generador de los residuos.»

2. Directiva 68/414/CEE sobre la reserva obligatoria de recursos estratégicos

15. La Directiva 68/414/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1968, por la que se obliga a los Estados miembros de la CEE a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y/o productos petrolíferos, [12] obliga en su artículo 1 a los Estados miembros a mantener de forma permanente reservas de productos petrolíferos equivalentes a noventa días del consumo interno. Según el artículo 2, tercer guión, dicha obligación se extiende a los fuelóleos (Heizöle en la versión alemana).

3. Decisión 2004/246/CE sobre el Convenio del Fondo

16. En relación con la postura de la Comunidad frente al Convenio de Responsabilidad, resulta de interés el cuarto considerando y el artículo 4 de la Decisión 2004/246/CE del Consejo, de 2 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992, y por la que se autoriza a Austria y Luxemburgo a adherirse, en interés de la Comunidad Europea, a los instrumentos subyacentes. [13]

17. El artículo 1 de la Decisión autoriza a los Estados miembros a adoptar una medida complementaria al Convenio del Fondo. En este contexto, se permite a algunos Estados miembros adherirse al Convenio del Fondo y al Convenio de Responsabilidad:

«1. Se autoriza a los Estados miembros a firmar, ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992, denominado en lo sucesivo Protocolo del Fondo Suplementario, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes.

2. Además, se autoriza a la República Checa, Estonia, Luxemburgo, Hungría, Austria y Eslovaquia a adherirse a los instrumentos subyacentes.

3. El texto del Protocolo del Fondo Suplementario figura en el anexo I y el texto de los instrumentos subyacentes en los anexos II y III.

[12] – DO L 308, p. 4 (EE 12/01, p. 125), en su versión modificada por la Directiva 98/93/CE del Consejo, de 14 de diciembre de 1998 (DO L 358, p. 100).

[13] – DO L 78, p. 22, en su versión modificada por la Decisión 2004/664/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 2004, por la que se adapta la Decisión 2004/246/CE debido a la adhesión de la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia (DO L 303, p. 28).

4. A efectos de la presente Decisión, se entenderá por instrumentos subyacentes el Protocolo de 1992 que modifica el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación por Hidrocarburos, de 1969, y el Protocolo de 1992 que modifica el Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1971.

5. En la presente Decisión, se entenderá por Estado miembro cualquier Estado miembro excepto Dinamarca.»

18. El artículo 2 insta a los Estados miembros a adherirse cuanto antes al Protocolo del Fondo Suplementario; en el caso de los Estados citados en el artículo 1, apartado 2, se les insta a adherirse cuanto antes a dicho Protocolo y a los Convenios subyacentes.

19. El cuarto considerando tiene el siguiente tenor:

«Con arreglo al Protocolo del Fondo Suplementario, sólo los Estados soberanos pueden ser Partes del mismo. Por lo tanto, la Comunidad no puede ratificar ni adherirse al Protocolo, ni existen perspectivas de que pueda hacerlo en un futuro próximo.»

20. Por consiguiente, el artículo 4 insta a los Estados miembros a interceder a favor de que se permita la adhesión de la Comunidad:

«Los Estados miembros harán cuanto antes todo lo posible para que el Protocolo del Fondo Suplementario y los instrumentos subyacentes se modifiquen a fin de que la Comunidad pueda convertirse en Parte contratante de los mismos.»

21. Según los considerandos segundo y tercero, esta Decisión del Consejo resultaba necesaria porque determinadas disposiciones del Protocolo del Fondo Suplementario afectan al Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, [14] por lo que pertenecen al ámbito de competencia exclusiva de la Comunidad.

III. Antecedentes de hecho, litigio principal y remisión prejudicial

22. La sociedad italiana de generación de energía eléctrica ENEL firmó con Total international Ltd un contrato de suministro de fuelóleo pesado a Italia, destinado a la generación de electricidad mediante su combustión en una central térmica.

23. El fuelóleo pesado procede del refino del petróleo crudo. Los componentes más ligeros del crudo, que pasan a estado gaseoso a bajas temperaturas, se

[14] – DO 2001, L 12, p. 1.

transforman por ejemplo en gasolina o en fuelóleo doméstico. En cambio, el fuelóleo pesado es viscoso a temperatura normal y ha de calentarse para pasar a estado líquido.

24. En ejecución del contrato firmado con ENEL, Total raffinage distribution, actualmente Total France, vendió una determinada cantidad de fuelóleo pesado a Total international Ltd, la cual fletó el buque cisterna Erika para su transporte al puerto de Milazzo, Sicilia. Dicho buque sufrió un naufragio los días 11 y 12 de diciembre de 1999. Su cargamento se vertió parcialmente al mar y contaminó tramos de la costa atlántica francesa, entre ellos superficies pertenecientes a Mesquer.

25. El municipio de Mesquer requirió inicialmente, mediante decreto municipal, a las sociedades del grupo Total para que eliminaran los residuos procedentes del buque. No obstante, Mesquer incurrió a su vez en gastos por los trabajos de limpieza y descontaminación realizados en el municipio y reclamó a Total France y Total international Ltd (en lo sucesivo, «Total») el pago de dichos gastos.

26. El procedimiento se encuentra pendiente ante la Cour de Cassation, la cual ha planteado al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones y ha solicitado una decisión prejudicial:

«1) ¿Puede calificarse de residuo en el sentido del artículo 1 de la Directiva 75/442/CEE, de 15 de julio de 1975, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE, de 18 de marzo de 1991, y codificada por la Directiva 2006/12/CE, el fuelóleo pesado, producto obtenido mediante un proceso de refino que responde a las especificaciones del usuario, ha sido destinado por el fabricante a su venta como combustible y está mencionado en la Directiva 68/414/CEE, de 20 de diciembre de 1968, sobre la reserva obligatoria de recursos estratégicos, modificada por la Directiva 98/93/CE, de 14 de diciembre de 1998?

2) ¿Constituye de por sí, o por el hecho de su mezcla con agua y sedimentos, un residuo en el sentido del anexo I, categoría Q4, de la Directiva 2006/12 un cargamento de fuelóleo pesado, transportado por un buque y vertido accidentalmente en el mar?

3) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión y afirmativa a la segunda, ¿puede considerarse al fabricante del fuelóleo pesado (Total raffinage distribution) y/o al vendedor y fletador (Total internacional Ltd) productor y/o poseedor del residuo en el sentido del artículo 1, letras b) y c), de la Directiva 2006/12 y a efectos de la aplicación del artículo 15 de dicha Directiva, aunque, en el momento del accidente que lo transformó en residuo, el producto fuera transportado por un tercero?»

27. Estando en tramitación el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, el Tribunal de grande instance de París condenó con fecha 16 de enero de 2008 a una serie de personas, entre ellas varias sociedades del grupo Total, al pago de multas pecuniarias a causa del siniestro del Erika. En la misma sentencia, se impuso a los condenados una indemnización de daños y perjuicios, por importe aproximado de 192 millones de euros, a favor de diversas partes civiles personadas en el procedimiento. En el cálculo de la indemnización, se dedujeron las prestaciones del Fondo de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos. [15] Mesquer obtendrá una indemnización de 500.000 euros en reparación del perjuicio infligido a su reputación. [16] En cambio, el Tribunal de grande instance de París desestimó por falta de pruebas una reclamación por importe de 67.181,78 euros en reparación de daños no cubiertos por el Fondo. [17] La sentencia señala que la responsabilidad de la sociedad en cuestión, Total SA, se debe a la elección y al control del Erika para el transporte del fuelóleo pesado. [18] Según informes de prensa, la sentencia ha sido recurrida, entre otros, por Total.

28. Mesquer, Total, el Reino de Bélgica, la República Francesa, la República Italiana, el Reino Unido y la Comisión han presentado observaciones escritas de conformidad con el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia. Todos salvo Bélgica e Italia se personaron asimismo en la vista celebrada el 22 de enero de 2008.

IV. Apreciación jurídica

29. Con carácter liminar, debe señalarse que los hechos acontecidos en el año 1999 no se rigen por la versión codificada de la Directiva marco sobre residuos, citada en la petición de decisión prejudicial, sino por la versión vigente en aquel momento. [19]

[15] – Sentencia del Tribunal de grande instance de París de 16 de enero de 2008 (9934895010, p. 236); cita tomada de http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/jurisprudence/Arrets/7%20TC%20Paris%2016012008%20Erika.pdf.

[16] – Sentencia del Tribunal de grande instance de París de 16 de enero de 2008 (citada en la nota 15), pp. 245 y 274.

[17] – Sentencia del Tribunal de grande instance de París de 16 de enero de 2008 (citada en la nota 15), p. 245.

[18] – Sentencia del Tribunal de grande instance de París de 16 de enero de 2008 (citada en la nota 15), p. 228.

[19] – Véase la sentencia de 10 de mayo de 2007, Thames Water Utilities (C-252/05, Rec. p. I-3883).

A. *Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial*

30. Total considera que la petición de decisión prejudicial tiene carácter hipotético porque ya se ha indemnizado completamente a Mesquer, por lo que en el litigio principal falta interés en ejercitar la acción. Además, según Total, cuando Mesquer obtuvo el pago renunció a toda otra pretensión relativa al perjuicio en cuestión.

31. En relación con esta alegación, Total señala que el Tribunal de Justicia debe examinar excepcionalmente las circunstancias en las que un juez nacional le plantea una cuestión a fin de verificar su propia competencia. [20] A este respecto, resulta de una jurisprudencia reiterada que una petición presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ser rechazada cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. [21] Salvo en estos casos, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de las normas de Derecho comunitario. [22]

32. A diferencia de las cuestiones de Derecho comunitario, por ejemplo, en cuyo caso cabe considerar que una petición de decisión prejudicial es total o parcialmente hipotética, la cuestión de si en el litigio principal existe interés en ejercitar la acción sólo puede ser controlada, en principio, por el órgano judicial nacional. Por consiguiente, en el marco del procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia, han de establecerse requisitos especialmente estrictos respecto de las alegaciones formuladas en contra del resultado de ese control.

33. En atención a esto, la argumentación de Total no pone en duda la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. Mesquer no sólo reclama prestaciones que supuestamente ya ha obtenido, sino que también solicita la declaración de que Total tiene la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. Dicha declaración también se extendería a los daños y perjuicios que aparezcan en el futuro.

34. Sólo un órgano judicial nacional puede valorar los efectos de la renuncia a otras pretensiones alegada por Total. Dado que el órgano judicial remitente sin

[20] – Sentencia de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619), apartado 27.

[21] – Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 61, y de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA (C-344/04, Rec. p. I-403), apartado 24.

[22] – Véanse las sentencias (citadas en la nota 21) Bosman, apartado 59, e IATA y ELFAA, apartado 24.

duda estaba al tanto de la supuesta renuncia, ha de partirse de la base de que ésta no impedía la interposición de la demanda.

35. También podría ponerse en duda la admisibilidad de la demanda en el litigio principal por el hecho de que el Tribunal de grande instance ya se ha pronunciado sobre pretensiones de Mesquer dirigidas contra otras empresas del grupo Total a causa del siniestro. Ahora bien, no es el Tribunal de Justicia, sino el órgano judicial nacional competente quien debe decidir si, en el caso de autos, ello da lugar a litispendencia.

36. A la vista de lo anterior, no se puede considerar que el litigio principal o la petición de decisión prejudicial tengan carácter hipotético. Por consiguiente, procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

B. *Sobre la primera cuestión – Calificación del fuelóleo pesado como residuo*

37. Mediante la primera cuestión, el órgano judicial remitente interesa saber si el fuelóleo pesado, producto obtenido mediante un proceso de refino que responde a las especificaciones del usuario, ha sido destinado por el fabricante a su venta como combustible y está mencionado en la Directiva sobre la reserva obligatoria de recursos estratégicos, [23] puede calificarse de residuo en el sentido del artículo 1 de la Directiva marco sobre residuos.

38. En primer lugar, debe señalarse que no puede ser objeto de ulterior consideración la alegación de Mesquer, según la cual el fuelóleo pesado es una sustancia que tiene cualidades distintas –inferiores– a las reconocidas hasta la fecha, en concreto, que se trata de un residuo de producción altamente tóxico con un grado de viscosidad diferente al prescrito. En el procedimiento prejudicial, no corresponde al Tribunal de Justicia efectuar un examen de los hechos. [24] Posiblemente el órgano judicial remitente, la Cour de Cassation, en su calidad de tribunal de casación, tampoco pueda proceder a un nuevo examen de los hechos. Dado que la petición de decisión prejudicial se refiere a fuelóleo pesado que responde a las especificaciones del comprador, ha de partirse de este presupuesto a efectos del examen del caso de autos.

39. Según el artículo 1, letra a), de la Directiva marco sobre residuos, el concepto de residuo comprende cualquier sustancia u objeto que pertenezca a una de las categorías que se recogen en el anexo I de la propia Directiva y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse.

[23] – La Cour de Cassation se refiere a la Directiva 68/414, en su versión modificada por la Directiva 98/93.

[24] – Sentencias de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri (C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257), apartado 42, y de 12 de enero de 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Rec. p. I-589), apartado 21.

40. El citado anexo, así como la Lista Europea de Residuos, precisan e ilustran esta definición proponiendo listados de sustancias y objetos que pueden calificarse de residuos. Sin embargo, particularmente por el hecho de que el anexo recoge en el grupo Q16 «Toda sustancia, materia o producto que no esté incluido en las categorías anteriores», tanto el anexo como la Lista sólo tienen carácter indicativo. [25]

41. Lo decisivo es más bien si el poseedor se desprende o tiene la intención o la obligación de desprenderse de un bien. [26] A estos efectos, el concepto de «residuo» en el sentido de la Directiva marco sobre residuos no debe ser objeto de interpretación restrictiva. [27]

42. Así pues, mediante la primera cuestión ha de analizarse si el poseedor se desprendió o tenía la intención o la obligación de desprenderse del fuelóleo pesado cuando éste aún se encontraba en el buque cisterna. El transporte de una sustancia en un buque cisterna no forma parte, como tal, de un proceso dirigido a desprenderse de la sustancia ni constituye un indicio de tal proceso. Por lo tanto, no procede considerar que el poseedor culminara de este modo la acción de desprenderse de la sustancia.

43. Podría existir una *obligación de desprenderse* [28] de la sustancia en cuestión si ésta no sirviese para un uso legal. En el caso del fuelóleo pesado, cabría esta posibilidad si no pudieran cumplirse los requisitos de la Directiva 1999/32/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa a la reducción del contenido de azufre de determinados combustibles líquidos y por la que se modifica la Directiva 93/12/CEE. [29] Sin embargo, cuando se produjeron los hechos en diciembre de 1999 no se encontraba vigente ninguna normativa comunitaria de este tipo y, además, esta hipótesis queda excluida, habida cuenta de que –según la premisa

[25] – Véanse al respecto la sentencia de 18 de abril de 2002, Palin Granit y Vehmassalon Kansanterveystyön Kuntayhtymän hallitus (C-9/00, Rec. p. I-3533), apartado 22, y las sentencias de 18 de diciembre de 2007, Comisión/Italia (C-194/05, Rec. p. I-0000), apartado 34; (C-195/05, Rec. p. I-0000), apartado 32, y (C-263/05, Rec. p. I-0000), apartado 32.

[26] – Sentencias de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Rec. p. I-7411), apartado 26; de 1 de marzo de 2007, KVZ retec (C-176/05, Rec. p. I-1721), apartado 51, y Comisión/Italia (citada en la nota 25).

[27] – Véanse las sentencias de 15 de junio de 2000, ARCO Chemie Nederland y otros (C-418/97 y C-419/97, Rec. p. I-4475), apartados 37 a 40; Palin Granit (citada en la nota 25), apartado 23; de 7 de septiembre de 2004, Van de Walle y otros (C-1/03, Rec. p. I-7613), apartado 45; KVZ retec (citada en la nota 26), apartado 61, y las sentencias Comisión/Italia (C-194/05, citada en la nota 25), apartado 33; (C-195/05, citada en la nota 25), apartado 35, y (C-263/05, citada en la nota 25), apartado 33.

[28] – Véase al respecto la sentencia KVZ retec (citada en la nota 26), apartados 53 y siguientes.

[29] – DO L 121, p. 13, modificada por última vez mediante la Directiva 2005/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2005 (DO L 191, p. 59).

sentada por la resolución de remisión– el fuelóleo pesado respondía a las especificaciones del comprador.

44. Por consiguiente, procede examinar si el poseedor tenía la *intención de desprenderse* del fuelóleo pesado. La Directiva marco sobre residuos no propone ningún criterio determinante para descubrir la voluntad del poseedor de desprenderse de una sustancia u objeto concretos. No obstante, el Tribunal de Justicia, en el curso de las diferentes cuestiones que se le han planteado en relación con la calificación de diversas sustancias como residuos, ha facilitado determinadas indicaciones que permiten interpretar la voluntad del poseedor. [30] La verificación ha de llevarse a cabo ateniendo al conjunto de las circunstancias. Asimismo, debe tenerse en cuenta el objetivo de la Directiva y velar por que no se menoscabe su eficacia. [31]

45. Mesquer basa su alegación de que el fuelóleo pesado es un residuo en la hipótesis de que se trata de un *residuo de producción.* Un residuo de producción es un producto que no ha sido buscado como tal, con vistas a una posterior utilización. [32] Si el poseedor no puede volver a utilizar dicho producto sin transformarlo previamente en circunstancias que le sean económicamente ventajosas, el producto constituye una carga de la que el poseedor procura desprenderse y, por lo tanto, se trata por definición de un residuo. [33]

46. Sin embargo, al igual que las demás partes personadas, no estoy convencida de que el fuelóleo pesado –al menos en las circunstancias del caso de autos– sea efectivamente un residuo de producción. Más bien se trata de un *producto.* Si bien el Reino Unido señala que el fuelóleo pesado es un derivado necesario del refino de petróleo crudo, así sucede igualmente con la mayoría de las demás fracciones que producen las refinerías a partir del petróleo.

47. El Documento de referencia sobre las mejores técnicas disponibles para las refinerías de aceites minerales y de gas [34] confirma este extremo. La Comisión elaboró dicho Documento en colaboración con expertos de los Estados miembros

[30] – Sentencia Palin Granit (citada en la nota 25), apartado 25. Véanse asimismo mis conclusiones presentadas el 7 de septiembre de 2006 en el asunto KVZ retec (sentencia de 1 de marzo de 2007, C-176/05, Rec. p. I-1721), punto 73.

[31] – Sentencia ARCO Chemie Nederland y otros (citada en la nota 27), apartado 73.

[32] – Sentencia ARCO Chemie Nederland y otros (citada en la nota 27), apartado 84, y sentencias Comisión/Italia (C-194/05, citada en la nota 25), apartado 34; (C-195/05, citada en la nota 25), apartado 36, y (C-263/05, citada en la nota 25), apartado 34.

[33] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 46, y –*a sensu contrario*– sentencias Comisión/Italia (C-194/05, citada en la nota 25), apartados 37 y 38; (C-195/05, citada en la nota 25), apartados 39 y 40, y (C-263/05, citada en la nota 25), apartados 37 y 38.

[34] – Situación a febrero de 2003, http://ec.europa.eu/comm/environment/ippc/brefs/ref_bref_0203.pdf, p. 1.

sobre la base de la Directiva relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. [35] Según el citado Documento, las refinerías transforman materias primas naturales como el petróleo crudo o el gas en productos comercializables, entre los que cabe destacar carburantes para el sector del transporte, combustibles para la producción de calor y energía a nivel industrial y doméstico, materias primas para la industria química, productos especiales como lubrificantes, parafina, cera o betunes, así como energía en forma de vapor o electricidad como subproducto del refino.

48. Por consiguiente, dicho Documento de referencia no califica al fuelóleo pesado de residuo típico de refinería. [36] Al igual que tampoco incluye la reducción de la producción de fuelóleo pesado entre los objetivos de las mejores técnicas disponibles, en el sentido de la Directiva relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación.

49. La calificación del fuelóleo pesado como producto se refuerza en el supuesto de que –como sucede en el caso de autos, atendiendo a la resolución de remisión– haya sido producido siguiendo las especificaciones del comprador. En tal supuesto, se trata del resultado de una opción técnica y, por lo tanto, de un producto que ha sido buscado con vistas a una posterior utilización. [37] En este contexto, no deben exagerarse los requisitos exigibles a este tipo de opciones técnicas, ya que muchos procesos de producción dan lugar a la elaboración paralela de productos que, si bien no interesan todos en igual medida al fabricante, se opta no obstante por la elaboración de todos ellos en el marco de una producción lo más integrada y eficiente posible.

50. Teniendo en cuenta la naturaleza de un combustible, no se puede considerar la combustión prevista como un proceso dirigido a desprenderse de dicha sustancia ni concluir que exista una intención de desprenderse de la misma. [38] Antes bien, se trata de una modalidad de uso similar a la de otros derivados que indiscutiblemente se consideran productos. [39]

[35] – Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996 (DO L 257, p. 26).

[36] – Citado en la nota 34, p. 379. Como residuos principales se mencionan lodos, catalizadores usados, arcillas de filtración y cenizas de incineración; como otras fracciones de residuos se mencionan, a modo de ejemplo, productos de reacción procedentes de la desulfurización de gases de combustión, ceniza volante, ceniza gruesa, carbón activado agotado, partículas procedentes de los efluentes gaseosos, sales inorgánicas como el sulfato de amonio, cal procedente del tratamiento previo de las aguas, suelos contaminados por hidrocarburos, betunes, barreduras, soluciones ácidas o básicas usadas y productos químicos.

[37] – Véase el auto de 15 de enero de 2004, Saetti y Frediani (C-235/02, Rec. p. I-1005), apartado 45.

[38] – Sentencias ARCO Chemie Nederland y otros (citada en la nota 27), apartados 44 y siguientes (no obstante, véase en contraposición el apartado 85); Palin Granit (citada en la nota 25), apartado 27, y de 11 de noviembre de 2004, Niselli (C-457/02, Rec. p. I-10853), apartado 37.

[39] – Véase el auto Saetti y Frediani (citado en la nota 37), apartado 45.

51. Por consiguiente, un combustible como el fuelóleo pesado no es un residuo de producción del refino, sino un producto buscado.

52. Finalmente, esta conclusión se corrobora por el hecho de que, tal y como señala la resolución de remisión, el fuelóleo pesado esté incluido en la Directiva 68/414, sobre la reserva obligatoria de recursos estratégicos. No parece acertado suponer que exista una intención de desprenderse del fuelóleo pesado si se tiene en cuenta que los Estados miembros están obligados a mantener suficientes reservas de dicha sustancia. [40] Tal obligación de reserva aboga más bien a favor de que el fuelóleo pesado que se produzca se consumirá con toda certeza, lo cual resulta igualmente contrario a calificarlo de residuo. [41]

53. Contrariamente a la opinión de Mesquer, la anterior apreciación no se desvirtúa por los especiales peligros para el medio ambiente que se derivan del fuelóleo pesado y de su uso. Si bien el Tribunal de Justicia ha reconocido que dichos peligros son un indicio a favor de una intención de desprenderse de la sustancia, tal indicio adquiere un rango secundario frente a otros aspectos. [42] Muchos productos tienen cualidades que ponen en peligro el medio ambiente o que, cuando menos, pueden ponerlo en peligro por razón de su uso. Sin embargo, dichos peligros no implican la necesaria aplicación de la normativa en materia de residuos, sino que deben tratarse en la normativa específica relativa a tales productos y a su uso.

54. Parece más acertado considerar que existe un residuo de producción en caso de que se genere un potencial combustible en el curso de un proceso de producción dedicado esencialmente a la elaboración de otro tipo de productos. Por este motivo, el Tribunal de Justicia consideró que los denominados LUWA-Bottoms, que se obtienen a partir de un «flujo de hidrocarburos» (sin mayor especificación), son residuos de producción generados durante la elaboración de óxido de propileno y de alcohol butílico terciario. [43]

55. En cambio, el fuelóleo pesado de refinería sólo podría calificarse de residuo de producción si concurriesen circunstancias especiales, por ejemplo una disminución de la demanda o bien medidas de regulación, que llevasen a considerarlo una carga de la que el poseedor tiene la intención o incluso la obligación de desprenderse. En tal supuesto, respecto del cual no existe indicio alguno en el caso de autos, sólo cabría excluir la cualidad de residuo si su

[40] – En cambio, contrariamente a la argumentación de Total, la clasificación del fuelóleo pesado a efectos tributarios no permite sacar conclusiones acerca de la intención de desprenderse del mismo.

[41] – Véase el auto de Saetti y Frediani (citado en la nota 37), apartado 45.

[42] – Sentencia ARCO Chemie Nederland y otros (citada en la nota 27), apartados 66 y siguientes.

[43] – Sentencia ARCO Chemie Nederland y otros (citada en la nota 27), apartados 84 y siguientes.

reutilización no sólo fuera posible, sino cierta, sin transformación previa y sin solución de continuidad del proceso de producción. [44]

56. Esta excepción de la excepción se aplicó a la valorización de ganga para utilizarla como relleno dentro de la propia explotación minera. En dicho supuesto está justificada, especialmente como delimitación frente a otros residuos procedentes de explotaciones mineras cuya valorización para otros ámbitos sólo es posible, pero no cierta. [45]

57. Ahora bien, esta excepción de la excepción no debe entenderse en términos absolutos, particularmente en lo relativo al criterio de que no haya solución de continuidad en el proceso de producción. En el caso de autos cabría poner en duda si hay tal solución de continuidad, dado que, antes de su valorización, el fuelóleo pesado es transportado a una distancia considerable. Sin embargo, si la valorización de un residuo de producción sin transformación previa es cierta y económicamente ventajosa para el fabricante, ha de excluirse igualmente que dicho residuo de producción constituya una carga de la que el fabricante tenga intención de desprenderse. [46]

58. En suma, procede responder a la primera cuestión que el fuelóleo pesado, producto obtenido mediante un proceso de refino que responde a las especificaciones del usuario, ha sido destinado por el fabricante a su venta como combustible y está mencionado en la Directiva 68/414 sobre la reserva obligatoria de recursos estratégicos, no debe considerarse como tal un residuo en el sentido del artículo 1 de la Directiva marco sobre residuos.

C. *Sobre la segunda cuestión – Calificación del fuelóleo pesado vertido como residuo*

59. Mediante la segunda cuestión, la Cour de Cassation interesa saber si un cargamento de fuelóleo pesado que, transportado por un buque, se vierte accidentalmente en el mar constituye un residuo en el sentido del anexo I, categoría Q4, de la Directiva marco sobre residuos, bien por razón del propio vertido o bien por el hecho de su mezcla con agua y sedimentos.

60. Sin embargo, Bélgica y al parecer también Total alegan que la aplicación de la Directiva marco sobre residuos queda excluida por el Convenio de Responsabilidad. Según el artículo III, apartado 4, de dicho Convenio, no podrá

[44] – Sentencia Palin Granit (citada en la nota 25), apartado 36, y sentencias Comisión/Italia (C-194/05, citada en la nota 25), apartados 37 y 38; (C-195/05, citada la nota 25), apartados 39 y 40, y (C-263/05, citada en la nota 25), apartados 37 y 38.

[45] – Sentencia de 11 de septiembre de 2003, AvestaPolarit Chrome (C-114/01, Rec. p. I-8725), apartados 36 y siguientes.

[46] – Véanse las sentencias de 8 de septiembre de 2005, Comisión/España (C-416/02, Rec. p. I-7487), apartados 87 y siguientes, y (C-121/03, Rec. p. I-7569), apartados 58 y siguientes.

promoverse contra el propietario ni contra otras personas ninguna acción de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste a ese Convenio.

61. Ahora bien, el Convenio de Responsabilidad carece de relevancia en relación con la segunda cuestión prejudicial por el mero hecho de que no regula si los productos petrolíferos vertidos con motivo del accidente de un buque cisterna constituyen un residuo. Dicho Convenio será objeto de examen más adelante, en el marco de la tercera cuestión prejudicial, puesto que ésta se refiere a la responsabilidad en materia de residuos y, por lo tanto, a la responsabilidad civil.

62. Además, Total alega que la cuestión de si el fuelóleo pesado se convirtió en residuo a raíz de su vertido carece manifiestamente de relevancia en el litigio principal. En su opinión, el litigio trata únicamente del fuelóleo pesado que contaminó las costas de Mesquer. Por consiguiente, señala que no procede responder a esta parte de la cuestión.

63. Sin embargo, dicho argumento se contradice con lo alegado por Total en relación con la segunda parte de la cuestión. A ese respecto, Total considera que la mezcla de fuelóleo, agua y sedimentos que contaminó la costa sólo podría calificarse de residuo si existiera la obligación de desprenderse del fuelóleo pesado. Ahora bien, semejante obligación –referida *ab initio* únicamente al fuelóleo pesado– sólo podrá existir en caso de que el fuelóleo pesado se haya convertido en residuo con anterioridad a su mezcla.

64. Por consiguiente, atendiendo a las propias alegaciones de Total, la primera parte de la segunda cuestión es de todo punto relevante y debe obtener respuesta.

65. Por otro lado, Total defiende una opinión que yo misma he defendido de modo similar en anteriores ocasiones, a saber, que la sustancia vertida ha de considerarse conjuntamente con la materia contaminada. [47] Desde este punto de vista, lo relevante es si el poseedor se desprende o tiene la intención o la obligación de desprenderse de la mezcla. Este enfoque podría ser razonable en determinadas circunstancias, especialmente en caso de que ya no fuera posible determinar el origen de los componentes de una mezcla.

66. Sin embargo, el análisis de la mezcla carece de utilidad en el supuesto de que –como sucede en el caso de autos en el marco de la tercera cuestión prejudicial– haya de determinarse la responsabilidad relativa a la generación de residuos. Dicha responsabilidad depende generalmente del destino de determinados componentes, en este caso el fuelóleo pesado, mientras que la calificación de los demás componentes como residuos es consecuencia de su

[47] – Véanse mis conclusiones presentadas el 29 de enero de 2004 en el asunto Van de Walle y otros (sentencia de 7 de septiembre de 2004, C-1/03, Rec. p. I-7613), punto 24.

contaminación por el fuelóleo pesado. Por consiguiente, procede examinar si el fuelóleo pesado se convirtió en residuo.

67. El anexo I de la Directiva 75/442 –«categorías de residuos»– cita en su epígrafe Q4 las «materias que se hayan vertido por accidente, que se hayan perdido o que hayan sufrido cualquier otro incidente con inclusión del material, del equipo, etc., contaminado a causa del incidente en cuestión». Se trata de un indicio de la inclusión de tales materias en el ámbito de aplicación del concepto de residuo, que, sin embargo, no permite por sí solo calificar de residuos los hidrocarburos vertidos accidentalmente y que originaron una contaminación. [48] Como ya se ha señalado en el ámbito de la primera cuestión prejudicial, según el artículo 1, letra a), párrafo primero, de la Directiva marco sobre residuos, las sustancias u objetos sólo constituyen residuos si su poseedor se desprende o tiene la intención o la obligación de desprenderse de ellos. [49]

68. El vertido de fuelóleo pesado debido al accidente de un buque cisterna no implica necesariamente –sin que concurran otros indicios particulares– ni una intención ni una obligación de desprenderse de dicha sustancia. Ahora bien, procede examinar si, mediante el vertido, el poseedor se *desprendió* del fuelóleo pesado.

69. A este respecto, el Tribunal de Justicia estableció en la sentencia Van de Walle y otros un paralelismo con la jurisprudencia sentada en relación con los residuos de producción. Dicho asunto trataba de carburantes procedentes de una fuga en las instalaciones de almacenamiento de una estación de servicio que se vertieron en el subsuelo contiguo.

70. El Tribunal de Justicia señaló que un producto que no ha sido buscado como tal, con vistas a una posterior utilización, y que su poseedor no puede volver a utilizar sin transformarlo previamente en circunstancias que le sean económicamente ventajosas debe considerarse una carga de la que el poseedor *se desprende.* [50]

71. Según el Tribunal de Justicia, es obvio que los hidrocarburos vertidos accidentalmente y que originaron la contaminación de la tierra y de las aguas subterráneas no constituyen (tampoco) un producto que pueda volverse a utilizar sin transformarlo. En efecto, su comercialización es muy incierta y, aun admitiendo que pueda llevarse a cabo, requiere operaciones previas que no son económicamente ventajosas para su poseedor. Por tanto, tales hidrocarburos son

[48] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 43.

[49] – Véanse los puntos 39 y siguientes de las presentes conclusiones.

[50] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 46.

sustancias que el poseedor no tenía intención de fabricar y de las que éste *se desprende*, aunque sea involuntariamente, en el contexto de su distribución. [51]

72. Tal y como señalan igualmente Francia, Italia, el Reino Unido y la Comisión, lo mismo resulta aplicable al fuelóleo pesado que se vierte a raíz del accidente de un buque cisterna y se mezcla con agua y sedimentos. Su utilidad es cuando menos incierta, si no completamente imposible. Por consiguiente, el poseedor del fuelóleo se desprendió de éste durante su transporte, aunque fuera involuntariamente.

73. Además, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Van de Walle y otros que la misma calificación de residuo se impone respecto al suelo contaminado a consecuencia del vertido accidental de hidrocarburos. En efecto, en tal caso, éstos no son separables de la tierra que han contaminado y sólo pueden ser valorizados o eliminados si dicha tierra también es objeto de las operaciones necesarias de descontaminación. [52]

74. Dichas consideraciones también resultan aplicables al caso de autos. El fuelóleo pesado sólo puede ser tratado de conformidad con la normativa en materia de residuos si se somete el agua y los sedimentos mezclados con él al correspondiente tratamiento, bien sea para la separación de los distintos componentes, bien para su eliminación o valorización conjunta.

75. La sentencia Van de Walle y otros fue criticada por la doctrina, muchas veces debido a sus consecuencias prácticas. [53] Junto a argumentos que ya se discutieron en la sentencia o al menos en las conclusiones, o que no vienen al

[51] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 47, confirmada mediante la sentencia Thames Water Utilities (citada en la nota 19), apartado 28.

[52] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 52.

[53] – Véanse, por ejemplo, Ludger-Anselm Versteyl, «Altlast = Abfall – Vom Ende des “beweglichen”» Abfallbegriffs, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2004, p. 1297; Lucas Bergkamp, «A new court-made environmental liability regime for Europe», [2004] 4 *Environmental Liability* p. 171; Philippe Billet, «Le déchet, qualification incertaine des sols pollués», *Revue juridique de l'environnement*, 2005, p. 309; Frank Petersen y Melanie Lorenz, «Das Van de Walle-Urteil des EuGH – Sanierung von Altlasten nach Abfallrecht?», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2005, p. 257; Christoph Riese y Nora Karsten, «Ist unausgekofferter kontaminierter Boden Abfall?», *Zeitschrift für Umweltrecht* 2005, p. 75; Heike Jochum, «Neues zum europäischen Bodenschutz- und Abfallrecht – Sind die bodenschutzrechtlichen Bestimmungen der Umwelthaftungsrichtlinie und die Abfallrichtlinie nach dem “Spatenprinzip” zu trennen?», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2005, p. 140; Nikolaus Schultz, «Ein Jahr nach “van de Walle” – viel Lärm um nichts?», *Zeitschrift für europäisches Umwelt- und Planungsrecht* 2005, p. 230; Lothar Knopp, «EuGH erweitert Abfallbegriff für Altlasten – erhebliche Kostenrisiken nicht ausgeschlossen», *Betriebs-Berater*, Heft 51/52 2004, p. I.; Daniel Lawrence, «European Court lays waste to contaminated land», *Construction law*, January/February 2005, p. 26, y Stephan Müller, «Zählen verseuchte Grundstücke neuerdings zum Abfall?», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 1. Dezember 2004, p. 25.

caso, se objetó –acertadamente– que no se había hecho mención del sexto considerando de la Directiva marco sobre residuos. [54] Según dicho considerando, «una regulación eficaz y coherente de la gestión de los residuos […] debería aplicarse a los bienes muebles de los que el poseedor se desprenda o tenga la obligación de desprenderse en virtud de las disposiciones nacionales en vigor […]».

76. Sin embargo, dicho considerando no excluye forzosamente a los bienes inmuebles del ámbito de aplicación de la Directiva marco sobre residuos. A lo sumo cabe deducir de él que, en principio, la Directiva no se refiere a los bienes inmuebles. Ahora bien, sería contrario al objetivo de la regulación eficaz y coherente de la gestión de los residuos, establecido en el mismo considerando, excluir la aplicación de la normativa en materia de residuos en el supuesto de que un bien mueble se convierta en inmueble por su mezcla con el suelo. Antes bien, debe evitarse que los residuos eludan de este modo la normativa en materia de residuos. [55]

77. No obstante, el Consejo y el Parlamento deliberan actualmente sobre una propuesta de texto refundido de la Directiva marco sobre residuos que, entre otros aspectos, prevé que la Directiva no resulte aplicable a los suelos *(in situ)*, incluidos los suelos contaminados no excavados, ni a los edificios unidos al suelo de forma duradera. [56]

78. A la vista de este proceso legislativo en curso, el Tribunal de Justicia no debería adelantarse al legislador poniendo en duda su jurisprudencia a este respecto.

79. Ha de añadirse que el artículo 2, apartado 1, letra b), inciso iv), de la Directiva marco sobre residuos no excluye los residuos de hidrocarburos de la aplicación de la Directiva. Según dicho precepto, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva marco sobre residuos las aguas residuales, con excepción de los residuos en estado líquido, cuando ya estén cubiertas por otra

[54] – Véanse Billet (citado en la nota 53, pp. 318 y 319); Riese/Karsten (citados en la nota 53, p. 77); Petersen/Lorenz (citados en la nota 53, p. 258) y Schultz (citado en la nota 53, p. 231), así como los comentarios en su mayor parte concordantes de Anno Oexle, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2004, p. 627 (628), y Jens Hamer, Bodenschutz und Umwelthaftungsrecht made in Luxembourg, *European Law Reporter*, 2004, p. 477 (482).

[55] – Véase igualmente Hamer (citado en la nota 54), p. 482.

[56] – Artículo 2, apartado 1, letra b), de la Posición Común del Consejo sobre la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los residuos y por la que se derogan determinadas directivas, Documento del Consejo 11406/07, de 20 de noviembre de 2007, aceptado por la Comisión, COM(2007) 863, de 9 de enero de 2008. El artículo 2, apartado 1, letra f), de la Propuesta de la Comisión COM(2005) 667, de 21 de diciembre de 2005, DO 2006, C 70, p 6, ya preveía una restricción similar, si bien de forma limitada. No obstante, el Parlamento Europeo rechazó dicha restricción en su primera lectura, el 13 de febrero de 2007, al parecer en contra del informe de la comisión competente, DO C 287 E p. 136 (141).

legislación. Los residuos de hidrocarburos no son aguas residuales, dado que no se derivan del uso o del consumo de agua. En la medida en que (aún) sean líquidos, se tratará de residuos en estado líquido.

80. Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que el fuelóleo pesado, en el supuesto de que se vierta a raíz del accidente de un buque cisterna y se mezcle con agua y sedimentos, debe considerarse residuo en el sentido de la Directiva marco sobre residuos.

D. *Sobre la tercera cuestión – Asunción de los gastos ocasionados por el fuelóleo pesado vertido*

81. Mediante la tercera cuestión prejudicial, la Cour de Cassation interesa saber si Total, en su condición de fabricante y/o de vendedor y fletador del fuelóleo pesado, puede considerarse productor y/o poseedor del residuo en el sentido del artículo 1, letras b) y c), de la Directiva marco sobre residuos y a efectos de aplicación del artículo 15 de dicha Directiva, aunque el producto, en el momento del accidente que lo transformó en residuo, fuera transportado por un tercero.

82. El artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos regula quién ha de asumir el coste de eliminación de los residuos. La referencia a dicho precepto muestra que la tercera cuestión prejudicial tiene por objeto determinar si las sociedades del grupo Total han de asumir el coste de eliminación del fuelóleo pesado vertido.

1. Relación entre la Directiva marco sobre residuos y el Convenio de Responsabilidad

83. Total y Bélgica se oponen a la aplicación del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos, señalando que la asunción de los gastos derivados de la contaminación por hidrocarburos por vía marítima está regulada de modo concluyente en el Convenio de Responsabilidad y en el Convenio del Fondo. Afirman que la responsabilidad por los daños derivados de la contaminación por hidrocarburos se «canaliza» en el propietario del buque, mientras que se excluyen las reclamaciones contra otras personas, en particular contra un fletador como Total international Ltd Como complemento a la responsabilidad limitada del propietario del buque, los daños derivados de la contaminación por hidrocarburos quedan cubiertos por un fondo internacional, en virtud del Convenio del Fondo, hasta un importe máximo global definido en dicho Convenio. Según Total y Bélgica, en el caso de autos dichas normas son de aplicación prioritaria frente al artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos.

84. Si bien ambos Convenios han sido ratificados por casi todos los Estados miembros, no lo han sido por la Comunidad. Así pues, no forman parte del Derecho comunitario y, por lo tanto –contrariamente a lo afirmado por Total en la

vista– no son vinculantes para la Comunidad.[57] Asimismo, la Comisión señaló acertadamente en la vista que dichos Convenios tampoco son vinculantes para la Comunidad en calidad de Derecho internacional consuetudinario.[58] Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no puede interpretar tales Convenios en un procedimiento prejudicial.[59] Ahora bien, puede examinar en qué medida dichos Convenios, a pesar de carecer de carácter vinculante para la Comunidad, podrían oponerse a la aplicación del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos.

Sobre la Decisión 2004/246

85. Total se remite a la Decisión 2004/246, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992, y por la que se autoriza a Austria y Luxemburgo a adherirse, en interés de la Comunidad Europea, a los instrumentos subyacentes.

86. Cabe entender dicha Decisión en el sentido de que la Comunidad autorizó a los Estados miembros a apartarse del Derecho comunitario en la medida en que fuera necesario para adherirse al Protocolo del Fondo Suplementario. En tal caso, con arreglo al artículo 1, apartado 4, de la Decisión, la autorización se extendería a lo dispuesto en el Convenio de Responsabilidad.

87. En la medida en que el Convenio de Responsabilidad difiere de la Directiva marco sobre residuos, es posible que la Decisión 2004/246 hubiese debido basarse en la competencia en materia de medio ambiente del artículo 175 CE. Sin embargo, mientras que la Decisión no sea derogada o declarada nula, todo parece indicar que los afectados, cuando menos, pueden confiar en la aplicabilidad de un Convenio firmado por el Estado miembro en cuestión con autorización de la Comunidad.

88. Ahora bien, la Decisión 2004/246 no se adoptó sino varios años después del hundimiento del Erika. En cambio, la obligación de asumir los costes de eliminación de los residuos de hidrocarburos surgió en el momento en que se produjo el siniestro. La Decisión 2004/246 no contiene ninguna indicación en el

[57] – Véanse mis conclusiones presentadas el 20 de noviembre de 2007 en el asunto Intertanko y otros, C-308/06, aún no publicadas en la Recopilación, puntos 37 y siguientes y jurisprudencia citada, relativas al Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques (Marpol 73/78).

[58] – En relación con el carácter vinculante del Derecho internacional consuetudinario, véanse las sentencias de 24 de noviembre de 1992, Poulsen y Diva Navigation (C-286/90, Rec. p. I-6019), apartados 9 y 10, y de 16 de junio de 1998, Racke (C-162/96, Rec. p. I-3655), apartado 45.

[59] – Véanse las sentencias de 2 de agosto de 1993, Levy (C-158/91, Rec. p. I-4287), apartado 21; de 14 de julio de 1994, Peralta (C-379/92, Rec. p. I-3453), apartados 16 y 17, y de 14 de enero de 1997, Centro-Com (C-124/95, Rec. p. I-81), apartado 58.

sentido de que, en determinadas circunstancias, proceda suprimir dicha obligación con carácter retroactivo. Dado que una asunción de gastos no es ninguna sanción, tampoco hay motivo para pensar que el principio de la pena más leve [60] se oponga al artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos.

89. Así pues, lo determinante es la situación jurídica en el momento en que surgieron las obligaciones derivadas de la normativa sobre residuos. Por lo tanto, la Decisión 2004/246 carece de relevancia en el caso de autos.

Sobre la Directiva 2004/35/CE

90. Por otro lado, Total y Bélgica citan la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental, [61] como argumento en contra de la aplicación de la Directiva marco sobre residuos. El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2004/35 señala que ésta no se aplicará a los daños medioambientales, ni a la amenaza inminente de tales daños, que surja de un incidente con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por el Convenio de Responsabilidad, si dicho Convenio está vigente en el Estado miembro de que se trate.

91. No se puede excluir que la Directiva 2004/35 especifique el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos y que, por este motivo, la excepción que contiene en relación con el Convenio de Responsabilidad pueda afectar al artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos. Ahora bien, el Tribunal de Justicia no tiene que pronunciarse al respecto en el caso de autos, puesto que la Directiva 2004/35 se adoptó con posterioridad a los hechos del litigio principal y el plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva expiró el 30 de abril de 2007. La Directiva no resulta aplicable a los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido antes de esa fecha.

Sobre el artículo 235 de la Convención sobre el Derecho del Mar

92. En la vista, Total se remitió asimismo al artículo 235, apartado 3, de la Convención sobre el Derecho del Mar. En su virtud, los Estados cooperarán en la aplicación y en el ulterior desarrollo del derecho internacional a fin de asegurar una pronta y adecuada indemnización de todos los daños resultantes de la contaminación del medio marino.

93. La Convención sobre el Derecho del Mar forma parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario y tiene carácter vinculante para la

[60] – Véase al respecto la sentencia de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros (C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565), apartados 66 y siguientes.

[61] – Directiva del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DO L 143, p. 56).

Comunidad. [62] Ahora bien, tal y como objeta fundadamente Francia frente a la alegación de Total, del artículo 235, apartado 3, de dicha Convención no se desprende ninguna vinculación a un convenio internacional concreto sobre responsabilidad civil por daños causados por contaminación. Tan sólo se establece la obligación de cooperar.

Sobre el artículo 307 CE

94. Finalmente, tampoco el artículo 307 CE, apartado 1, implica que lo dispuesto en el Convenio de Responsabilidad tenga prioridad frente al artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos. El Convenio de Responsabilidad se celebró con posterioridad al 1 de enero de 1958, fecha en la que se constituyó la Comunidad con participación francesa, y fue ratificado por Francia. Por consiguiente, el artículo 307 CE, apartado 1, no resulta aplicable según su propio tenor.

95. La aplicación analógica del artículo 307 CE, apartado 1, tampoco permite alcanzar un resultado distinto. Semejante aplicación es concebible en los casos en que una obligación internacional contraída por un Estado miembro entra en conflicto con una medida de Derecho secundario adoptada con posterioridad. Al parecer, Francia depositó con fecha 11 de marzo de 1975 el instrumento de ratificación del Convenio de Responsabilidad en su versión del año 1969, [63] mientras que el Consejo no adoptó la versión inicial de la Directiva marco sobre residuos hasta el 15 de julio de 1975.

96. No obstante, no procede examinar con mayor profundidad si, dadas las circunstancias, ha de efectuarse una aplicación analógica del artículo 307 CE, apartado 1, puesto que, en su versión original, el Convenio de Responsabilidad no podía oponerse a la aplicación del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos al caso de autos. Únicamente podría existir un conflicto entre el Convenio de Responsabilidad en su versión de 1992, aplicable cuando se produjeron los hechos, y el artículo 15 por el hecho de que dicho Convenio excluye en gran medida las reclamaciones contra el fletador de un buque cisterna, mientras que, conforme al artículo 15, el fletador puede tener que asumir los costes de eliminación de los residuos de hidrocarburos. Sin embargo, el Convenio de Responsabilidad de 1969 aún no establecía dicha exclusión de responsabilidad. Se trata de una obligación internacional contraída por Francia con posterioridad al artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos.

[62] – Sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda, «MOX-Plant» (C-459/03, Rec. p. I-4635), apartado 82; véanse, para más detalle, mis conclusiones en el asunto Intertanko (citado en la nota 57), puntos 46 y siguientes.

[63] – Según http://www.comitemaritime.org/ratific/imo/imoidx.html. El Decreto 75-553, de 26 de junio de 1975, Journal officiel de 3 de julio de 1975, p. 6716, hace pública la proclamación, se remite a un poder de ratificación de 1971 y declara que el Convenio entró en vigor el 19 de junio de 1975.

97. Si bien el actual artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos es fruto de una modificación introducida en el año 1991, la versión inicial de dicha Directiva contenía un artículo 11 cuyo contenido era idéntico al del artículo 15.

98. Podría llegarse a una conclusión distinta en relación con la limitación de la responsabilidad del propietario del buque, dado que el artículo V de la versión original del Convenio de Responsabilidad ya establecía semejante limitación. A este respecto, cabría plantearse si la inminente adopción de la Directiva marco sobre residuos cuando se produjo la ratificación del Convenio de Responsabilidad se opone a la aplicación analógica del artículo 307 CE, apartado 1. Ahora bien, no procede continuar con el análisis de este planteamiento, puesto que el caso de autos no se refiere a la responsabilidad del propietario del buque, sino a la del propietario del cargamento.

Sobre la interpretación conforme

99. Atendiendo a los puntos de vista expuestos hasta el momento, el Convenio de Responsabilidad y el Convenio del Fondo no excluyen la aplicación del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos. Ahora bien, los argumentos citados muestran un amplio consenso político a favor de que la responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos se regule mediante el Convenio de Responsabilidad y el Convenio del Fondo.

100. Dicho consenso se confirma, por un lado, por la ratificación de ambos Convenios por casi todos los Estados miembros y, por otro, mediante varios documentos no vinculantes de la Comunidad, aportados por Total, en los que consta igualmente que los daños causados por la contaminación por hidrocarburos se rigen por esos Convenios. Los citados documentos son el primer Programa de acción en materia de medio ambiente, [64] la Propuesta de la Comisión de una Directiva del Consejo relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente originados por los residuos, [65] la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la seguridad marítima del transporte de petróleo [66] y las respuestas de la Comisión a dos preguntas parlamentarias. [67]

[64] – DO 1973, C 112, p. 1; EE 15/01, p. 7.

[65] – DO 1989, C 251, p. 3.

[66] – COM(2000) 142 final, p. 6.

[67] – Respuestas de la Sra. Wallström en nombre de la Comisión a sendas preguntas E-0842/00 del diputado Chris Davis sobre «El desastre del Erika y la responsabilidad medioambiental», DO 2001, C 53 E, p. 30, y E-1752/03 de la diputada Eija-Riitta Korhola sobre el «Recurso a los análisis de impacto y a los seguros de responsabilidad civil en la prevención de los daños ocasionados por el petróleo», DO 2004, C 51 E, p. 137.

101. Por otro lado, una discordancia entre el Derecho comunitario y dichos Convenios generaría para Francia y posiblemente para otros Estados miembros un conflicto entre sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario y del Derecho internacional. La obligación de lealtad entre la Comunidad y los Estados miembros (lealtad comunitaria) exige evitar tales conflictos en la medida de lo posible.

102. Finalmente, el deber de cooperación de la Comunidad establecido en el artículo 235, apartado 3, de la Convención sobre el Derecho del Mar implica que la Comunidad ha de tener, cuando menos, una consideración especial para con los esfuerzos de los Estados miembros. Ello concuerda igualmente con la finalidad de la política medioambiental señalada en el artículo 174 CE, apartado 1, cuarto guión, de fomentar medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas del medio ambiente.

103. Por consiguiente, el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos habrá de interpretarse, en la medida de lo posible, de tal modo que se eviten conflictos con el Convenio de Responsabilidad y el Convenio del Fondo. [68]

2. Interpretación del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos

104. A continuación, procede examinar si, con arreglo al artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos, las dos empresas del grupo Total han de asumir el coste de eliminación del fuelóleo pesado vertido debido a su condición de fabricante del fuelóleo pesado y/o de vendedor o fletador.

Sobre las personas citadas en el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos

105. El artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos regula la asunción del coste de eliminación de los residuos. Según el primer guión, dicho coste recaerá, de conformidad con el principio de que quien contamina paga, sobre el poseedor que remitiere los residuos a un recolector o a una empresa de las mencionadas en el artículo 9. Adicionalmente, el segundo guión cita a los poseedores anteriores y al fabricante del producto generador de los residuos.

106. En la sentencia Van de Walle y otros, el Tribunal de Justicia declaró a este respecto que dicho precepto impone, conforme al principio de que quien contamina paga, la asunción de los costes de eliminación de los residuos a las personas que han generado esos residuos, sean poseedoras o poseedoras anteriores o incluso fabricantes del producto generador de los residuos. [69]

[68] – Véanse igualmente mis conclusiones en el asunto Intertanko (citado en la nota 57), punto 78.

[69] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 58.

107. Por consiguiente, Total France podrá tener que asumir los costes por su condición de fabricante del fuelóleo, es decir, de fabricante del producto generador de los residuos.

108. En cambio, Total international Ltd sólo tendrá que asumir los costes si tiene la condición de poseedora de los residuos de hidrocarburos o, al menos, de poseedora anterior de los mismos.

109. En virtud del artículo 1, letra c), de la Directiva marco sobre residuos, el concepto de poseedor comprende al productor de los residuos y a la persona física o jurídica que los tenga en su posesión. Según la sentencia Van de Walle y otros, la Directiva marco sobre residuos define al poseedor en sentido amplio, al no precisar si las obligaciones de eliminación o de valorización de los residuos incumben, por lo general, a quien los produce o a quien los posee. A efectos de dicha posesión, resulta indiferente que la propiedad de los residuos recaiga en el poseedor o en un tercero. [70]

110. No se puede excluir que Total international Ltd tuviese indirectamente la posesión de hecho del fuelóleo pesado durante el transporte, representada por la compañía de transporte y la tripulación. Sin embargo, a raíz del siniestro perdió su eventual posesión en el momento en que el fuelóleo pesado se convirtió en residuo. Por consiguiente, Total international Ltd nunca fue poseedora de los residuos de hidrocarburos.

111. Así pues, Total international Ltd sólo habrá de asumir los costes en caso de que se considere que era la productora de los residuos de hidrocarburos, en cuyo caso sería igualmente la poseedora de tales residuos con arreglo al artículo 1, letra c), de la Directiva marco sobre residuos.

112. El artículo 1, letra b), de la Directiva marco sobre residuos define al productor como cualquier persona cuya actividad produzca residuos (productor inicial) y/o cualquier persona que efectúe operaciones de tratamiento previo, de mezcla o de otro tipo que ocasionen un cambio de naturaleza o de composición de esos residuos.

113. La aplicabilidad de dicha definición a Total international Ltd depende –tal y como señala asimismo la Comisión– de si dicha sociedad influyó de tal manera en la generación de los residuos de hidrocarburos que deba atribuirse ese proceso a su propia actividad. Procederá apreciar tal influencia si el siniestro se debió a un incumplimiento de las obligaciones contractuales o a otras actuaciones de Total international Ltd que pudieran generar su responsabilidad. [71] No obstante, sólo el órgano judicial competente para apreciar los hechos puede determinar, con arreglo

[70] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 55.

[71] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 60.

a lo anterior, en qué medida Total international Ltd es productora de los residuos de hidrocarburos.

114. La sentencia penal de 16 de enero de 2008, antes citada, permite señalar adicionalmente que también Total France podría considerarse productora y poseedora de los residuos en caso de que se apreciasen los correspondientes hechos siguiendo los mismos criterios. El Tribunal de grande instance ha declarado que no cabe atribuir a Total international Ltd ninguna culpa por el hundimiento del Erika, pero en cambio sí incurrió en responsabilidad otra sociedad del grupo Total, Total SA, puesto que seleccionó el buque sin la debida diligencia. [72] Corresponde al órgano judicial nacional competente examinar si la producción del residuo es asimismo atribuible a Total France.

115. Por consiguiente, Total France podrá tener que asumir los costes de eliminación de los residuos de hidrocarburos por haber fabricado el fuelóleo pesado, pero también en caso de que haya producido los residuos de hidrocarburos. Total international Ltd sólo tendrá que asumir dichos costes en caso de que haya producido los residuos.

Sobre la determinación de la persona que ha de asumir los costes en virtud del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos, atendiendo al principio de que quien contamina paga

116. A continuación, procede plantearse si Total France y eventualmente Total international Ltd han de asumir los costes de eliminación de los residuos de hidrocarburos por el mero hecho de estar incluidas en el grupo de personas señalado en el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos.

117. De hecho, la Comisión parece partir de la base de que cabe imponer los costes de eliminación de los residuos a *todos* los citados en el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos. En cambio, el Reino Unido sostuvo en la vista que el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos no establece ningún régimen de responsabilidad, en particular porque no determina quién ha de asumir los costes.

118. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos de un modo distinto. La sentencia Van de Walle y otros tenía por objeto una fuga de carburante de los depósitos de una estación de servicio que contaminó la tierra contigua a los depósitos. El responsable es, en principio, el gestor de la estación de servicio, que había adquirido el carburante para las necesidades de la explotación, por lo que era su poseedor, y lo

[72] – Sentencia del Tribunal de grande instance de París de 16 de enero de 2008 (citada en la nota 15, p. 228). No obstante, la Nota 92FUND/EXC.34/6/Add.1 del Director del Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 20 de septiembre de 2006, http://www.iopcfund-docs.org/ds/pdf/92exc34-6eadd1.pdf, p. 8, basándose en el estado de la investigación en aquel momento, señala que Total no pudo conocer los vicios del buque.

almacenaba para dichas necesidades cuando el carburante pasó a ser residuo en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 75/442. [73] Sólo excepcionalmente, si el mal estado de las instalaciones de almacenamiento de la estación de servicio y la fuga de los hidrocarburos se hubieran debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales de la empresa petrolera que abastecía a esta estación de servicio o a otras actuaciones que pudieran generar su responsabilidad, podría considerarse responsable a dicha empresa petrolera. En tal caso, se habrían producido residuos, en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 75/442, a consecuencia de la actividad de dicha empresa petrolera y ésta podría ser considerada poseedora de los residuos. [74]

119. Así pues, según el Tribunal de Justicia, deberá asumir los costes quien haya generado los residuos. [75] Las personas señaladas en el artículo 15 sólo constituyen el grupo de quienes pueden tener que asumir los costes, entre los cuales procederá determinar a quién habrán de imponerse conforme al principio de que quien contamina paga.

120. Esta interpretación del principio de que quien contamina paga concuerda con otras versiones lingüísticas que, a diferencia de la versión alemana, no utilizan un concepto de causalidad, sino que establecen que quien contamina paga *(Polluter pays, pollueur-payeur)* [en la versión alemana, el principio se denomina «Verursacherprinzip», literalmente «principio del causante»]. En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha entendido este principio como expresión del principio de proporcionalidad, que obliga a los Estados miembros –y al legislador comunitario– a no imponer a nadie gastos que, habida cuenta de las circunstancias, no sean necesarios. [76] El caso concreto trataba de si se puede obligar a la agricultura a participar en los gastos derivados de la reducción de nitratos incorporados al suelo en una proporción superior a su participación en tal incorporación. Aplicado a la normativa en materia de residuos, debe concluirse primeramente que no han de asumirse los costes de eliminación de residuos generados por otros.

121. Cuando un producto se convierte en residuo, el productor del residuo siempre es el último poseedor, dado que se desprende del producto. Por consiguiente, tal y como alega Total, parece contrario al principio de que quien contamina paga imponer al fabricante del producto la asunción de los costes –lo cual está permitido según el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos.

[73] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 59.

[74] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 60.

[75] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 58.

[76] – Sentencia de 29 de abril de 1999, Standley y otros (C-293/97, Rec. p. I-2603), apartado 52.

122. No obstante, algunas normas relativas al tratamiento de residuos imponen los costes de eliminación de éstos básicamente al fabricante del producto que se convirtió en residuo. La Comisión se remite a este respecto a la Directiva 2006/66/CE del Parlamento y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y por la que se deroga la Directiva 91/157/CEE, [77] cuyo artículo 8 establece que los fabricantes de pilas y acumuladores cargarán con los costes de su eliminación. [78] Asimismo, según el artículo 15 de la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases, [79] los Estados miembros pueden imponer al fabricante del envase los costes derivados de su evacuación conforme con la normativa de residuos. [80]

123. El fundamento de estas normas consiste en que el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos y, en particular, el principio de que quien contamina paga señalado en dicho precepto no constituyen una regulación clara y completa de la asunción de los costes. Antes bien, el principio de que quien contamina paga puede y debe concretarse. Esta tarea corresponde prioritariamente al legislador.

124. Los órganos judiciales han de aplicar dicha concreción, interpretarla si fuera necesario y, en su caso, comprobar si respeta los límites del principio de que quien contamina paga. Este principio constituye un baremo para toda normativa nacional de adaptación del Derecho interno al artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos y vincula igualmente al legislador comunitario, dado que el artículo 174 CE, apartado 2, lo consagra como base de la política en el ámbito del medio ambiente.

125. No obstante, algunos de los objetivos y principios contemplados en el artículo 174 CE deben ponderarse. Asimismo, la aplicación de los criterios también es compleja. Por lo tanto, el control judicial debe limitarse necesariamente al extremo de si en la adopción de una norma se incurrió en un

[77] – DO L 266, p. 1.

[78] – El artículo 5, apartado 4, de la Directiva 2000/53/CE del Parlamento y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, relativa a los vehículos al final de su vida útil (DO L 269, p. 34), y el artículo 8 de la Directiva 2002/96/CE del Parlamento y del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) (DO L 37, p. 24), contienen disposiciones similares.

[79] – DO L 365, p. 10.

[80] – Auto de 16 de febrero de 2006, Plato Plastik Robert Frank (C-26/05, no publicado en la Recopilación), apartado 34.

error manifiesto de apreciación respecto a los requisitos de aplicación del artículo 174 CE. [81]

126. Habida cuenta de lo anterior, nada cabe objetar frente a la decisión del legislador comunitario o del legislador nacional de imponer los costes de eliminación de los residuos al fabricante del producto del que se derivan los residuos. Respecto de la mayoría de los productos, el propio fabricante tiene que partir de la base de que, utilizándose del modo prescrito, en algún momento se convertirán en residuos. De este modo, mediante la producción de bienes, el fabricante genera residuos y, consecuentemente, es responsable con arreglo al principio de que quien contamina paga.

127. La asunción de los costes por el fabricante cuenta con ciertas ventajas. Si éste tiene que hacerse cargo de la eliminación, tendrá un incentivo para configurar el producto de modo que pueda eliminarse al menor coste posible. Ello pone en práctica el objetivo establecido en el artículo 174 CE, apartado 1, tercer guión, relativo a la utilización prudente y racional de los recursos naturales, así como el principio de corrección de los atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente misma, recogido en el artículo 174 CE, apartado 2. Simultáneamente, el fabricante podrá integrar los costes de eliminación en el precio y cargárselos al último poseedor, que es el generador del residuo propiamente dicho. Finalmente, dicha regulación de costes suprime, para el último poseedor, el aliciente de desprenderse ilegalmente del producto para ahorrarse los costes de eliminación.

128. Ahora bien, las normas especiales que regulan la responsabilidad del fabricante abogan asimismo a favor de que la imposición de los costes de eliminación al fabricante del producto requiere de una norma expresa como las señaladas. En concreto, las ventajas señaladas sólo se cumplen en caso de que tanto el fabricante como el último poseedor conozcan la regulación en materia de costes.

129. Por otro lado, las consideraciones efectuadas acerca de la asunción de los costes, cuando el producto se utilice del modo prescrito, no pueden trasladarse sin reservas a los residuos generados por acontecimientos excepcionales. El presente caso lo ejemplifica: si el fuelóleo pesado se hubiera utilizado del modo prescrito, es decir, si se hubiese procedido a su combustión, se habrían emitido efluentes gaseosos en la atmósfera que, de conformidad con el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva marco sobre residuos, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la normativa en materia de residuos; posiblemente también se habrían generado cantidades menores de residuos sólidos. Su eliminación habría podido llevarse a cabo de un modo relativamente económico, puesto que se habrían generado en una central térmica preparada para ello. En cambio, tras el

[81] – Sentencias de 14 de julio de 1998, Hi-Tech (C-284/95, Rec. p. I-4301), apartado 37, y de 15 de diciembre de 2005, Grecia/Comisión (C-86/03, Rec. p. I-10979), apartado 88, ambas en relación con el legislador comunitario.

vertido del fuelóleo pesado y su mezcla con agua y sedimentos se generaron cantidades muy superiores de residuos que sólo cabe recolectar y eliminar con grandes dificultades.

130. Por consiguiente, en virtud del principio de que quien contamina paga, no se puede atribuir sin más al fabricante del fuelóleo pesado el riesgo de la generación de semejantes residuos, sino únicamente en la medida en que el fabricante pueda influir en la generación extraordinaria de residuos.

131. Así se explica la sentencia Van de Walle y otros: el riesgo de la generación accidental de residuos lo asume quien pueda prevenir el accidente. Sólo excepcionalmente serán responsables otras personas, en caso de que se les pueda atribuir una aportación causal autónoma.

Sobre la aplicación al caso de autos

132. Si hubiese que resolver acerca de la asunción de los costes por las sociedades del grupo Total exclusivamente sobre la base del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos, debería concluirse a partir de las consideraciones anteriores que, dada su condición de fabricante del fuelóleo pesado y/o de vendedor o fletador, procederá imponerles los costes de eliminación de los residuos de hidrocarburos generados en un naufragio en la medida en que pueda atribuírseles una aportación causal autónoma respecto del vertido del fuelóleo pesado.

133. No obstante, un precepto de una directiva como el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos no puede, por sí solo, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocado, como tal, contra dicha persona. [82] Por lo tanto, lo dispuesto en el artículo 15 sólo podrá aplicarse frente a las sociedades del grupo Total en la medida en que tenga una base legal en Derecho francés.

134. El Derecho francés podría oponerse a la responsabilidad de las sociedades del grupo Total. El artículo III, apartado 4, letra c), del Convenio de Responsabilidad, vigente en Francia, excluye, en principio, toda acción de indemnización de daños contra el fletador. Sólo caben excepciones en el supuesto de que los daños ocasionados por la contaminación se deban a una acción o a una omisión del propio fletador y que actuara así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales

[82] – Véanse, entre otras, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 48; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835), apartado 108, y de 7 de junio de 2007, Carp (C-80/06, Rec. p. I-4473), apartado 20.

daños. Corresponde al órgano judicial competente determinar si esta exclusión de responsabilidad resulta aplicable a las sociedades del grupo Total. [83]

135. Tal exclusión de responsabilidad no parece incompatible con el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos, ni siquiera en caso de que exista una aportación causal de la propia persona beneficiaria, sino que constituye una utilización válida del margen de apreciación que el principio de que quien contamina paga reconoce a los Estados miembros a la hora de adaptar el Derecho interno a la Directiva.

136. El Convenio de Responsabilidad y el Convenio del Fondo precisan el reparto de la asunción de costes derivados de accidentes marítimos con vertido de hidrocarburos. La canalización de la asunción de costes en el propietario del buque, efectuada por el Convenio de Responsabilidad, responde al principio de que quien contamina paga. En caso de accidente, el propietario del buque es, como regla general, el responsable de que el cargamento de su buque se convirtiera en residuo, dado que es él quien asume la responsabilidad del mando y del estado del buque que gestiona directa o indirectamente. En determinados supuestos en que los responsables de los daños son terceros, el artículo III, apartados 2 y 3, establece una exención de responsabilidad del propietario del buque. Esta forma de responsabilidad concuerda con la responsabilidad, declarada por el Tribunal de Justicia, del gestor de una estación de servicio respecto del vertido de carburante de las instalaciones de almacenamiento al subsuelo contiguo. [84]

137. La limitación de las reclamaciones frente a otras personas, que resulta inherente a la canalización de la responsabilidad en virtud del artículo III, apartado 4, del Convenio de Responsabilidad, en particular frente al fletador según la letra c) de dicho precepto, es compatible con el principio de que quien contamina paga. Por un lado, se puede reclamar contra dichas personas directamente en caso de responsabilidad agravada, en el supuesto de que los daños ocasionados por contaminación se debieran a una acción o a una omisión suyas, y que actuaron así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños. Por otro lado, el propietario puede repetir contra esas personas con arreglo al artículo III, apartado 5, del Convenio de Responsabilidad. De este modo, se garantiza que también podrá exigirse a dichas personas la parte de los costes que les corresponda en virtud del principio de que quien contamina paga. Procedería examinar tal reclamación especialmente en el caso de que las sociedades del grupo Total fuesen

[83] – La sentencia del Tribunal de grande instance de París de 16 de enero de 2008 (citada en la nota 15, p. 235) lo excluyó en el caso de Total SA.

[84] – Sentencia Van de Walle y otros (citada en la nota 27), apartado 59.

parcial o totalmente responsables del naufragio, como ha declarado el Tribunal de grande instance [85] y como asimismo consideran posible la Comisión y Francia.

138. Ahora bien, la responsabilidad del propietario del buque está limitada con arreglo al artículo V del Convenio de Responsabilidad, a no ser que se pruebe que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños. En el supuesto de que resulte aplicable dicha limitación de la responsabilidad, a tenor del artículo V, apartado 4, el propietario del buque sólo satisfará las distintas reclamaciones a prorrata, es decir, parcialmente. A primera vista, esto parece vulnerar el principio de que quien contamina paga.

139. Sin embargo, en virtud del Convenio del Fondo, la responsabilidad limitada del propietario del buque se complementa mediante la asunción de responsabilidad por parte del Fondo de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos. Según el artículo 12 del Convenio del Fondo, el Fondo se financia mediante las aportaciones de quienes reciben suministros de cantidades mayores de petróleo crudo o de fuelóleo pesado por vía marítima. Dichas empresas dan lugar, mediante su demanda, a los transportes de petróleo que ocasionan el riesgo de accidentes marítimos con vertido de hidrocarburos. Por consiguiente, en virtud del principio de que quien contamina paga, también cabe atribuir a dichas empresas los costes de eliminación de los residuos de hidrocarburos generados en accidentes con vertido de hidrocarburos. Según el artículo 4, apartado 2, del Convenio del Fondo, la responsabilidad del Fondo queda excluida en caso de daños de guerra y puede limitarse, conforme al apartado 3 del mismo artículo, en caso de que concurra culpa del damnificado. Por otro lado, el artículo 9 del Convenio del Fondo también establece la posibilidad de repetir los costes asumidos por el Fondo en caso de que existan otros responsables. En el caso de autos, el Fondo ha presentado demanda preventiva contra distintas personas, entre ellas las sociedades del grupo Total personadas en el litigio principal. [86]

140. La responsabilidad del Fondo también es limitada. Dicha limitación puede dar lugar a que parte de los costes de eliminación de los residuos generados por la contaminación por hidrocarburos por vía marítima no sean asumidos ni por el propietario del buque ni por el Fondo. Dichos costes restantes habrán de ser asumidos bien por el Estado, es decir, por el conjunto de los contribuyentes, bien por determinadas personas a quienes, conforme al Derecho interno, pueda exigírseles el pago de tales costes.

[85] – Sentencia de 16 de enero de 2008 (citada en la nota 15), p. 228.

[86] – Nota 92FUND/EXC.33/5 del Director del Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 4 de mayo de 2006, http://www.iopcfund-docs.org/ds/pdf/92exc33-5_e.pdf, pp. 5 y 6.

141. La imposición de los costes de eliminación de residuos a personas individuales que no generaron los residuos sería incompatible con el principio de que quien contamina paga. [87] Los afectados podrían oponerse a semejante reclamación de las autoridades en virtud del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos.

142. En cambio, la imposición de los costes de eliminación restantes a la colectividad es compatible con el principio de que quien contamina paga, en el sentido del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos. La colectividad asume cuando menos el correspondiente riesgo, dado que los Estados permiten los transportes de petróleo por vía marítima, con su riesgo inherente. Al mismo tiempo, los Estados garantizan un estándar mínimo de seguridad marítima a través de los requisitos previstos en el Convenio Marpol 73/78. [88] La colectividad se beneficia de estos transportes, puesto que cubren el abastecimiento de una fuente de energía solicitada. Si no existiese una demanda de productos petrolíferos, éstos no se transportarían. Por lo tanto, está justificado atribuir a la colectividad una aportación causal a los accidentes con vertido de hidrocarburos e imputarle una parte del riesgo.

143. El Convenio de Responsabilidad y el Convenio del Fondo muestran que los Estados contratantes, entre los que se encuentran casi todos los Estados miembros, consideran razonable la limitación de la responsabilidad y asumen el riesgo de tener que cargar con los costes restantes. En efecto, en el supuesto de que los daños producidos por hidrocarburos superen los límites de la responsabilidad del propietario del buque y del Fondo, será difícil que el problema se pueda solucionar con medios de actores privados. Tampoco parece probable que quepa solucionarlo mediante seguros que cubran dichos costes restantes.

144. Ha de añadirse que la responsabilidad del propietario del buque y el complemento del Fondo no dependen de la concurrencia de culpa. Por lo tanto, existe una probabilidad relativamente alta de que los daños causados por la contaminación por hidrocarburos se cubran total o al menos parcialmente.

145. A mayor abundamiento, en 2005 entró en vigor el Protocolo Suplementario del Convenio del Fondo, [89] mediante el cual se crea un Fondo complementario de

[87] – Véase el punto 120 de las presentes conclusiones.

[88] – Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, de 1973, en su versión modificada por el Protocolo de 1978 (Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1341, nº 22484).

[89] – Impreso en el DO 2004, L 78, p. 24. Según el Fondo, http://www.iopcfund.org/92members.htm#suppfund, han ratificado el Protocolo, junto a otros cuatro Estados, Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, los Países Bajos, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Suecia y el Reino Unido; asimismo, entrará en vigor en Hungría el 30 de marzo de 2008.

indemnización de daños que deberán financiar igualmente los importadores de hidrocarburos y que incrementa considerablemente el límite de la responsabilidad.

146. Así pues, es compatible con el artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos y con el principio de que quien contamina paga señalado en dicho precepto que, por un lado, se canalice la responsabilidad por los accidentes marítimos con vertido de hidrocarburos en el propietario del buque y en el Fondo de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de conformidad con el Convenio de Responsabilidad y el Convenio del Fondo, y, por otro lado, que se establezca un límite máximo para dicha responsabilidad. Esta conclusión cumple con la obligación de evitar, en la medida de lo posible, las contradicciones con el Convenio de Responsabilidad a la hora de interpretar el Derecho comunitario. [90]

147. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión que los costes de eliminación de los residuos de hidrocarburos generados en un naufragio pueden imponerse al fabricante del fuelóleo pesado y/o al vendedor o fletador, en virtud del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos, en la medida en que sea posible atribuirles haber contribuido ellos mismos a causar el vertido del fuelóleo pesado. Ahora bien, también es compatible con dicho precepto la limitación de la responsabilidad del fabricante del fuelóleo pesado y/o del vendedor o fletador, tal y como está establecida en el Convenio de Responsabilidad y en el Convenio del Fondo.

V. Conclusión

148. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la petición de decisión prejudicial de la siguiente manera:

«1) El fuelóleo pesado, producto obtenido mediante un proceso de refino que responde a las especificaciones del usuario, ha sido destinado por el fabricante a su venta como combustible y está mencionado en la Directiva 68/414/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1968, por la que se obliga a los Estados miembros de la CEE a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y/o productos petrolíferos, no debe considerarse como tal un residuo en el sentido del artículo 1 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos.

2) El fuelóleo pesado, en el supuesto de que se vierta a raíz del accidente de un buque cisterna y se mezcle con agua y sedimentos, debe considerarse un residuo en el sentido de la Directiva 75/442.

3) Los costes de eliminación de los residuos de hidrocarburos generados en un naufragio pueden imponerse al fabricante del fuelóleo pesado y/o al

[90] – Véanse los puntos 99 y siguientes de las presentes conclusiones.

vendedor o fletador, en virtud del artículo 15 de la Directiva marco sobre residuos, en la medida en que sea posible atribuirles haber contribuido ellos mismos a causar el vertido del fuelóleo pesado. Ahora bien, también es compatible con dicho precepto la limitación de la responsabilidad del fabricante del fuelóleo pesado y/o del vendedor o fletador, tal y como está establecida en el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos firmado el 29 de noviembre de 1969, en su versión modificada por el Protocolo de 1992, y en el Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1971, en su versión modificada por el Protocolo de 1992.»

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
de 12 de julio de 2001 *

«Contratos públicos de obras ─ Directiva 93/37/CEE ─ Legislación nacional que permite al titular de una licencia urbanística y de un plan de urbanización aprobado la realización directa de las obras de urbanización con imputación a cuenta de una contribución ─ Legislación nacional que permite a la Administración Pública negociar directamente con un particular el contenido de los actos administrativos que le afectan»

En el asunto C-399/98,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi,

Piero De Amicis,

Consiglio Nazionale degli Architetti,

Leopoldo Freyrie

y

* Lengua de procedimiento: italiano.

Comune di Milano,

en el que participan:

Pirelli SpA,

Milano Centrale Servizi SpA,

Fondazione Teatro alla Scala, anteriormente denominada Ente Autonomo Teatro alla Scala,

una decisión prejudicial sobre la interpretación 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 (DO L 199, p. 54),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por los Sres. C. Gulmann, Presidente de Sala, V. Skouris (Ponente), J.-P. Puissochet y R. Schintgen y la Sra. F. Macken, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Léger;
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de la Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi y del Sr. De Amicis, por el Sr. P. Mantini, avvocato;

- en nombre del Consiglio Nazionale degli Architetti y del Sr. Freyrie, por el Sr. A. Tizzano, avvocato;

- en nombre del Ayuntamiento de Milán, por los Sres. F.A. Roversi Monaco, G. Pittalis, S. De Tuglie, L.G. Radicati di Brozolo, avvocati, y el Sr. A. Kronshagen, avocat;

- en nombre de Pirelli SpA, por los Sres. G. Sala, A. Pappalardo y G. Greco, avvocati;

- en nombre de Milano Centrale Servizi SpA, por los Sres. G. Sala, A. Pappalardo y L. Decio, avvocati;

- en nombre de la Fondazione Teatro alla Scala, por los Sres. P. Barile, S. Grassi y V.D. Gesmundo, avvocati;

— en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. U. Leanza, en calidad de agente, asistido por el Sr. P.G. Ferri y, posteriormente, por el Sr. M. Fiorilli, avvocati dello Stato;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. P. Stancanelli y M. Nolin, en calidad de agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de la Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, representada por el Sr. P. Mantini; del Consiglio Nazionale degli Architetti, representado por el Sr. F. Sciaudone, avvocato; del Ayuntamiento de Milán, representado por el Sr. L.G. Radicati di Brozolo; de Pirelli SpA, representada por los Sres. G. Sala, A. Pappalardo y G. Greco; de Milano Centrale Servizi SpA, representada por el Sr. L. Decio; de la Fondazione Teatro alla Scala, representada por el Sr. V.D. Gesmundo; del Gobierno italiano, representado por el Sr. M. Fiorilli, y de la Comisión, representada por el Sr. P. Stancanelli, expuestas en la vista de 12 de octubre de 2000;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de diciembre de 2000;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 11 de junio de 1998, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de noviembre de 1998, el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación 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 (DO L 199, p. 54; en lo sucesivo, «Directiva»).

2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de dos recursos interpuestos, uno de ellos, por la Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi (Colegio de Arquitectos de las provincias de Milán y Lodi; en lo sucesivo, «Ordine degli Architetti») y el Sr. De Amicis, arquitecto, y, el otro, por el Consiglio Nazionale degli Architetti (Consejo General de Arquitectos; en lo sucesivo, «CNA») y el Sr. Freyrie, arquitecto, contra el Ayuntamiento de Milán. Las sociedades Pirelli SpA (en lo sucesivo, «Pirelli») y Milano Centrale Servizi SpA (en lo sucesivo, «MCS»), así como la Fondazione Teatro alla Scala, anteriormente denominada Ente Autonomo Teatro alla Scala (en lo sucesivo, «FTS»), fueron emplazadas como intervinientes forzosos.

Marco jurídico

La normativa comunitaria

3 La Directiva fue adoptada sobre la base de los artículos 57, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 47 CE, apartado 2, tras su modificación), 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE) y 100 A del Tratado CE (actualmente artículo 95 CE, tras su modificación).

4 A tenor del segundo considerando de la Directiva, «la realización simultánea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras celebrados en los Estados miembros por cuenta del Estado, de los entes territoriales y de otros organismos de derecho público, lleva consigo, paralelamente a la eliminación de las restricciones, una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras».

5 Según el décimo considerando de la Directiva, «el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos hace precisa una publicidad comunitaria de los anuncios de los contratos realizados por los poderes adjudicadores de los Estados miembros».

6 El artículo 1, letras a), b) y c), de la Directiva establece:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) contratos públicos de obras: los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador;

b) poderes adjudicadores: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público.

[...]

c) obra: el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por sí misma una función económica o técnica.»

7 Las «actividades contempladas en el anexo II», mencionadas en al artículo 1, letra a), de la Directiva, son las actividades de construcción e ingeniería civil, correspondientes a la clase 50 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, «NACE»). Entre tales actividades figura expresamente la categoría relativa a la construcción de inmuebles.

8 El artículo 3, apartado 4, de la Directiva dispone:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los concesionarios de obras públicas que no sean poderes adjudicadores apliquen las reglas de publicidad definidas en los apartados 4, 6, 7 y 9 a 13 del artículo 11 y en el artículo 16 en la adjudicación de contratos de obras a terceros, cuando el valor de estos contratos sea igual o superior a 5.000.000 [de euros] [...]»

9 Los artículos 4 y 5 de la Directiva indican los tipos de contratos a los que no se aplica la Directiva. Se trata de los contratos de obras regulados por la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 297, p. 1), de los contratos de obras cuando son declaradas secretas, cuando su ejecución debe ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales del Estado miembro, así como los contratos públicos regulados por reglas de procedimiento distintas y adjudicados en virtud de determinados acuerdos internacionales o del procedimiento específico de una organización internacional.

10 A tenor del artículo 6, apartado 1, la Directiva se aplica a los contratos de obras públicas cuyo importe, sin IVA, sea igual o superior a 5 millones de euros.

11 En lo que respecta a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, el artículo 7 de la Directiva precisa, en sus apartados 2 y 3, los casos en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado, que se define, en el artículo 1, letra g), de la Directiva, como el procedimiento en el que «los poderes adjudicadores consultan con los contratistas de su elección y negocian las condiciones del contrato con uno o varios de ellos».

12 En particular, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva prevé tres casos en los que el procedimiento negociado debe ir precedido por la publicación de un anuncio de licitación. El artículo 7, apartado 3, enumera, por su parte, cinco casos en los que el procedimiento negociado no debe ir precedido por dicha publicación, a saber, en primer lugar, cuando un procedimiento abierto o restringido haya resultado infructuoso, en segundo lugar, cuando, de hecho o de Derecho, sólo exista un empresario que pueda ejecutar la prestación; en tercer lugar, cuando haya urgencia apremiante producida por acontecimientos imprevisibles para las entidades adjudicadoras; en cuarto lugar, cuando se trate de obras complementarias de un contrato ya adjudicado y, en quinto lugar, cuando se trate de obras que consistan en la repetición de obras similares que hayan sido objeto de un contrato adjudicado mediante un procedimiento abierto o restringido.

13 El artículo 7, apartado 4, de la Directiva precisa que, en todos los demás casos, las entidades adjudicadoras han de proceder a la adjudicación de sus contratos de obras recurriendo al procedimiento abierto o al procedimiento restringido.

14 Según el artículo 11, apartado 2, de la Directiva, las entidades adjudicadoras que deseen adjudicar un contrato público de obras a través de un procedimiento abierto, restringido o negociado en los casos contemplados en el artículo 7, apartado 2, deben dar a conocer su intención por medio de un anuncio.

15 Conforme al artículo 11, apartado 9, de la Directiva este anuncio debe publicarse *in extenso* en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

La legislación nacional

La legislación italiana en materia de urbanismo

16 De los autos se desprende que, en Derecho italiano, la actividad de construcción está sometida al control de las autoridades públicas. De conformidad con el artículo 1 de la legge nº 10, norme per la edificabilità dei suoli (Ley nº 10, por la que se adoptan las disposiciones relativas a los suelos edificables), de 28 de enero de 1997 (GURI nº 27, de 29 de enero de 1977; en lo sucesivo, «Ley nº 10/77»), «toda actividad que implique una transformación urbanística e inmobiliaria del territorio municipal conlleva una participación en los gastos correspondientes y la ejecución de las obras está supeditada a la concesión de una licencia por el alcalde».

17 A tenor del artículo 3 de dicha Ley, titulado «Contribución por la concesión de la licencia urbanística», «la concesión de la licencia da lugar al pago de una contribución proporcional a los gastos de urbanización y a los costes de la construcción» (en lo sucesivo, «contribución a las cargas de urbanización»).

18 La contribución a las cargas de urbanización se paga al ayuntamiento en el momento de la concesión de la licencia. No obstante, de conformidad con el artículo 11, apartado 1, de la Ley nº 10/77, «el titular de la licencia puede comprometerse a realizar directamente las obras de urbanización, respetando el procedimiento y las garantías establecidos por el ayuntamiento, con imputación de la totalidad o parte de las obras a cuenta de la contribución adeudada».

19 A tenor del artículo 4, apartado 1, de la legge nº 847, autorizzazione ai Comuni e loro consorzi a contrarre mutui per l'acquisizione delle aree ai sensi della legge 18 aprile 1962, nº 167 (Ley nº 847, por la que se autoriza a los municipios y a las agrupaciones de municipios a contraer préstamos para la adquisición de terrenos conforme a la Ley nº 167, de 18 de abril de 1962), de 29 de septiembre de 1964, en su versión modificada por los artículos 44 de la Ley nº 865, de 22 de enero de 1971, y 17 de la Ley nº 67, de 11 de marzo de 1988 (en lo sucesivo, «Ley nº 847/64»), constituyen obras de urbanización primaria las vías residenciales, las zonas de reposo y de estacionamiento, el saneamiento, las redes de abastecimiento de agua, energía eléctrica y gas, el alumbrado público, así como los espacios verdes acondicionados.

20 Según el artículo 4, apartado 2, de la misma Ley, constituyen obras de urbanización secundaria las guarderías y parvularios, los centros de enseñanza primaria y secundaria y las estructuras y complejos destinados a la enseñanza superior, los mercados de barrio, las antenas de servicios municipales, las iglesias y los demás edificios religiosos, las instalaciones deportivas de barrio, los centros sociales y las instalaciones culturales y sanitarias, así como los espacios verdes de barrio.

21 Disposiciones similares a las del artículo 11, apartado 1, de la Ley nº 10/77, aunque relativas únicamente a las obras de urbanización primaria, figuraban ya en el artículo 31, apartado 4, de la legge urbanistica (Ley de urbanismo) nº 1150, de 17 de agosto de 1942 (GURI nº 244, de 17 de agosto de 1942), en la versión resultante de la Ley marco nº 765, de 6 de agosto de 1967 (en lo sucesivo, «Ley nº 1150/42»), que dispone que «la concesión de la licencia urbanística queda supeditada en todos los casos a la existencia de las obras de urbanización primaria o a la previsión, por el ayuntamiento, de su realización dentro de los tres años siguientes o al compromiso de los particulares de llevar a cabo la ejecución de estas obras al mismo tiempo que las construcciones que son objeto de la licencia».

22 Más en concreto, en el caso de la realización coordinada de un conjunto de obras mediante un plan de urbanización, hipótesis de que se trata en el litigio principal, el artículo 28, apartado 5, de la Ley nº 1150/42 señala a este respecto:

«La autorización del ayuntamiento está supeditada a la celebración de un convenio, que el propietario deberá encargarse de registrar, que establezca:

1) [...] la cesión a título gratuito de los terrenos necesarios para las obras de urbanización secundaria respetando los límites de las disposiciones del punto 2;

2) el compromiso del propietario de soportar las cargas inherentes a las obras de urbanización primaria, así como una parte de las obras de urbanización secundaria correspondientes a la urbanización o de las obras necesarias para la conexión de la zona con los servicios públicos; el importe de la cuota será proporcional a la magnitud y a las características de las instalaciones previstas en el plan;

3) los plazos de finalización de las obras previstas en el apartado anterior, que no podrán exceder de diez años;

[...]»

23 El artículo 28, apartado 9, de la misma Ley establece que «el plazo de ejecución de las obras de urbanización a cargo del propietario se fija en diez años».

24 Por lo que se refiere a la legislación regional, el artículo 8 de la Ley regional de Lombardía nº 60, de 5 de diciembre de 1977 (*Bolletino Ufficiale della Regione Lombardia*, 2.º suplemento al nº 49, de 12 de diciembre de 1977; en lo sucesivo, «Ley regional de Lombardía nº 60/77»), prevé que los particulares puedan pedir, cuando soliciten el otorgamiento de una licencia urbanística simple, que «se les autorice a realizar directamente una o varias obras de urbanización primaria o secundaria con imputación de la totalidad o parte de las obras a cuenta de la contribución a las cargas de urbanización». El alcalde otorga la autorización «cuando considere que dicha realización directa es conveniente para el interés público».

25 En cambio, la realización de las obras de urbanización previstas por un plan de urbanización se rige por el artículo 12 de la misma Ley regional, en su versión modificada por la Ley regional nº 31, de 30 de julio de 1986 *(Bolletino Ufficiale Regione Lombardia,*

2.º suplemento al nº 31, de 4 de agosto de 1986; en lo sucesivo, «Ley regional de Lombardía nº 31/86»). Este artículo dispone, en su apartado 1:

«[...] el convenio a cuya celebración se supedita la concesión de las licencias urbanísticas correspondientes a las operaciones previstas en los planes de urbanización deberá prever:

a) [...]

b) la realización, a cargo de los propietarios, de todas las obras de urbanización primaria y de una parte de las obras de urbanización secundaria o de las que sean necesarias para conectar la zona con los servicios públicos [...] cuando la realización de las obras implique cargas inferiores a las previstas separadamente para la urbanización primaria y secundaria con arreglo a la presente Ley, deberá pagarse la diferencia; en todo caso, el ayuntamiento tiene la posibilidad de exigir, en lugar de la realización directa de las obras, el pago de una suma proporcional al coste efectivo de las obras de urbanización inherentes a las urbanizaciones, así como a la entidad y características de las construcciones, que, en todo caso, no podrá ser inferior a las cargas previstas en el acuerdo municipal contemplado en el artículo 3 de esta Ley».

26 Por su parte, el artículo 22, letra b), de la Ley regional de Lombardía nº 51, de 15 de abril de 1975, establece una lista de las obras de urbanización secundaria que incluye las instalaciones culturales.

La legislación italiana en materia de procedimiento administrativo

27 A tenor del artículo 11 de la legge nº 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (Ley nº 241, por la que se establecen nuevas reglas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos), de 7 de agosto de 1990 (GURI nº 192, de 18 de agosto de 1992; en lo sucesivo, «Ley nº 241/90»), la Administración «puede celebrar, sin perjuicio de los derechos de terceros y, de cualquier modo, en aras del interés público, acuerdos con los interesados con el fin de determinar el contenido discrecional del acto final o bien, en los casos previstos por la ley, sustituirlo por aquéllos».

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

28 De la resolución de remisión resulta que el origen del procedimiento que dio lugar a esta petición de decisión prejudicial fueron dos recursos de anulación interpuestos contra los acuerdos n°s 82/96, de 12 de septiembre de 1996, y 6/98, de 16 y 17 de febrero de 1998, del Ayuntamiento de Milán (en lo sucesivo, «acuerdos impugnados»).

29 Mediante su acuerdo nº 82/96, el Ayuntamiento de Milán aprobó un programa de obras, que incluía diversas operaciones, denominado «proyecto “Scala 2001”».

30 Este proyecto preveía la realización de las siguientes obras:

— restauración y acondicionamiento del edificio histórico del Teatro alla Scala, de una superficie aproximada de 30.000 m^2;

— acondicionamiento de los edificios municipales del complejo inmobiliario Ansaldo;

— por último, construcción, en la zona llamada «de la Bicocca», de un nuevo teatro (conocido bajo el nombre de «Teatro alla Bicocca» y oficialmente denominado «Teatro degli Arcimboldi») con un aforo de unas 2.300 localidades, sobre un terreno de una superficie de 25.000 m^2 (más 2.000 m^2 de aparcamiento), destinado a albergar, en un primer momento, las actividades del Teatro alla Scala, durante el tiempo necesario para la ejecución de las obras de restauración y acondicionamiento de éste, y, después, en un momento posterior, todas las actividades inherentes a las representaciones de obras de teatro, así como otras manifestaciones de carácter cultural.

31 De los autos se desprende que en aquel momento, en la zona de la Bicocca, se estaba realizando por iniciativa privada una gran urbanización, conocida como «proyecto "Bicocca"», con vistas a la reconversión urbanística de esta antigua zona industrial y que preveía el acondicionamiento de un vasto conjunto de construcciones, en cuyo marco actuaba Pirelli, junto con otros operadores privados, en calidad de propietario urbanizador. Dicha iniciativa privada, emprendida en 1990, prácticamente había finalizado en el momento en que se produjeron los hechos. Entre las medidas urbanísticas previstas en los terrenos afectados, el Ayuntamiento de Milán ya había previsto la realización de un complejo de interés general «de carácter supramunicipal». Decidió que la construcción del nuevo teatro previsto en el proyecto «Scala 2001» formaría parte de este complejo.

32 Mediante su acuerdo nº 82/96, el Ayuntamiento de Milán también asumió una serie de compromisos relativos a la realización de las obras, a los plazos y a la financiación del proyecto «Scala 2001», aprobando un convenio específico celebrado entre el Ayuntamiento de Milán y Pirelli, el Ente Autonomo Teatro alla Scala y MCS, mandataria de los promotores del proyecto «Bicocca». Este convenio, firmado el 18 de octubre de 1996, establecía en concreto, en lo relativo al proyecto «Bicocca» de «Scala 2001», el siguiente procedimiento de ejecución:

— Pirelli asumiría los gastos inherentes a la coordinación de las fases del proyecto preliminar, del proyecto definitivo y del proyecto de ejecución, así como de la fase de realización de las operaciones de restauración del Teatro alla Scala, de acondicionamiento de los edificios del complejo inmobiliario Ansaldo y de construcción del Teatro alla Bicocca, y las tareas de coordinación concreta serían responsabilidad de MCS.

— MCS, en calidad de mandataria de los promotores del proyecto de urbanización, construiría en la zona afectada por esta urbanización y sobre el terreno previsto a tal fin, que los promotores se habían comprometido a ceder gratuitamente al Ayuntamiento de Milán, el Teatro alla Bicocca (así como la zona de aparcamiento aneja) como obra de urbanización secundaria, imputable a cuenta del importe de

las contribuciones a las cargas de urbanización adeudadas al Ayuntamiento de Milán con arreglo a la legislación italiana, nacional y regional. El compromiso de MCS, según se precisaba, se limitaba a la construcción de la «estructura exterior» del edificio, ocupándose de la puesta a punto de todas las instalaciones. MCS asumiría, entre otras, la obligación de entregar el edificio antes del final de 1998.

— El acondicionamiento interior del Teatro alla Bicocca quedaría, en cambio, a cargo del Ayuntamiento de Milán, que debería realizarlo mediante un procedimiento de contratación pública.

33 La Ordine degli Architetti y, a título individual, el Sr. De Amicis interpusieron un recurso de anulación del acuerdo nº 82/96 ante el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

34 A raíz de orientaciones distintas establecidas a principios del año 1998 por la nueva administración municipal, que deseaba que las dimensiones del Teatro alla Bicocca permitieran disponer de un aforo superior al del Teatro alla Scala, el Ayuntamiento de Milán adoptó el acuerdo nº 6/98, mediante el cual:

— aprobó el anteproyecto de construcción del nuevo teatro en la zona de la Bicocca;

— confirmó que esta obra iba a realizarse en parte mediante ejecución directa por los encargados de la urbanización, «en cumplimiento de sus obligaciones contractuales relativas al plan de urbanización» —el importe de las obras que debían realizar los encargados de la urbanización ascendía a 25.000 millones de ITL— y, en parte, mediante procedimiento de adjudicación convocado por el Ayuntamiento de Milán;

— introdujo modificaciones en el convenio de 18 de octubre de 1996 en lo que se refiere a los plazos de realización de algunas de las medidas previstas; en particular, la fecha indicada para la finalización del Teatro alla Bicocca quedó fijada, a partir de aquel momento, en el 31 de diciembre de 2000.

35 El CNA y, a título individual, el Sr. Freyrie presentaron un recurso de anulación del acuerdo nº 6/98 ante el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

36 En los dos recursos de anulación interpuestos ante dicho órgano jurisdiccional y acumulados en el litigio principal, los demandantes niegan la validez de los acuerdos impugnados tanto a la luz del Derecho italiano en materia de urbanismo y de contratos públicos como del Derecho comunitario. En lo relativo a este último aspecto, mantienen que el Teatro alla Bicocca presenta las características de una obra pública, de forma que el Ayuntamiento de Milán debería haber recurrido al procedimiento de licitación comunitario; pues bien, por el contrario, mediante los acuerdos impugnados, adjudicó el contrato directamente, lesionando los intereses colectivos de la Ordine degli Architetti y de los arquitectos demandantes.

37 En su resolución de remisión, el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia hace

hace constar, entre otras cosas, que el Ayuntamiento de Milán ha aplicado correctamente la legislación italiana, nacional y regional, en materia de urbanismo. No obstante, al tener dudas sobre si esta legislación debe dejar de aplicarse, en la medida en que permite la realización de una obra de urbanización cuyo valor excede del umbral fijado por la Directiva sin conceder previamente la posibilidad de que concurran todos los interesados, el órgano jurisdiccional nacional ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Son contrarias a la Directiva 93/37/CEE, a la luz de los principios de rigurosa concurrencia que el ordenamiento jurídico comunitario impone a los Estados miembros para todos los contratos públicos de obras de importe igual superior a 5.000.000 [de euros], las disposiciones nacionales y regionales que permiten al constructor (titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado) la realización directa de obras de urbanización, con imputación total o parcial a cuenta de la contribución adeudada (artículo 11 de la Ley nº 10/77, artículos 28 y 31 de la Ley nº 1150, de 17 de agosto de 1942; artículos 8 y 12 de la Ley regional nº 60, de 5 de diciembre de 1977, de la Región de Lombardía)?

2) No obstante los principios de concurrencia que se acaban de mencionar, ¿pueden considerarse compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario los acuerdos entre la Administración y los particulares (autorizados, con carácter general, por el artículo 11 de la Ley nº 241, de 7 de agosto de 1990) en materias caracterizadas por la elección por parte de la Administración de un interlocutor privado con el que suscriben convenios respecto a determinadas prestaciones, en caso de que estas últimas superen el umbral previsto por las Directivas en esta materia?»

Sobre la primera cuestión prejudicial

Sobre la admisibilidad

38 El Ayuntamiento de Milán y la FTS niegan que exista relación entre la primera cuestión y el objeto del litigio principal.

39 Señalan que, habida cuenta de la condición de los demandantes en el litigio principal, que son arquitectos y organismos profesionales que representan a los arquitectos, el órgano jurisdiccional remitente ha limitado la admisibilidad de los recursos en el procedimiento principal a los aspectos relativos a la adjudicación de la elaboración del proyecto del Teatro alla Bicocca, excluyendo los relativos a la ejecución de las obras de construcción. La elaboración de dicho proyecto constituye una prestación de servicios. Pues bien, la primera cuestión se refiere a la interpretación de la Directiva 93/37, que regula los contratos públicos de obras y no los de servicios, que se rigen por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1).

40 Además, según señalan, la elaboración del proyecto en cuestión fue pura y simplemente regalada a la ciudad de Milán, por lo que su coste no está incluido en el de la construcción del Teatro alla Bicocca, cuya realización directa «con imputación a cuenta» de la

contribución a las cargas de urbanización ha lesionado los intereses de los arquitectos.

41 Procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 177 del Tratado, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se adopte, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (véase, en particular, la sentencia de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra, C-379/98, aún no publicada en la Recopilación, apartado 38). La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véase, en particular, la sentencia PreussenElektra, antes citada, apartado 39).

42 En el caso de autos, de la resolución de remisión se desprende que los demandantes en el litigio principal impugnan los acuerdos de que se trata puesto que permitieron la realización directa de una obra pública, a saber, el Teatro alla Bicocca, sin recurrir a un procedimiento de licitación comunitaria, y de esta forma vulneraron sus intereses. De dicha resolución resulta también que los recursos interpuestos por los demandantes en el litigio principal fueron declarados admisibles.

43 No cabe duda de que, si tenía que recurrirse a un procedimiento de licitación comunitaria para la construcción del Teatro alla Bicocca, éste podía abarcar la parte relativa a la elaboración del proyecto. Además, dicha posibilidad existe en el marco de la Directiva, tal y como lo confirma el tenor literal de su artículo 1, letra a), según el cual, a efectos de la Directiva, se entenderá por «contratos públicos de obras» los contratos que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de las obras.

44 De ello resulta que la alegación basada en que la primera cuestión no guarda relación con el objeto del litigio principal, porque se refiere a la interpretación de la Directiva, debe ser desestimada.

45 Habida cuenta de estas consideraciones, la alegación basada en el carácter gratuito de la elaboración del proyecto del Teatro alla Bicocca no permite cuestionar la pertinencia de la primera cuestión.

46 Procede, por tanto, pronunciarse sobre esta cuestión.

Sobre el fondo

47 La primera cuestión se refiere a la compatibilidad con la Directiva de las disposiciones nacionales y regionales de que se trata en el litigio principal que permiten la realización directa de una obra de urbanización con imputación de la totalidad o parte de la obra a

cuenta de la contribución adeudada.

48 Con carácter preliminar, debe recordarse que, en el marco de un procedimiento promovido en virtud del artículo 177 del Tratado, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. Sin embargo, sí que lo es para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto de que conozca (véase, especialmente, la sentencia de 30 de abril de 1998, Sodiprem y otros, asuntos acumulados C-37/96 y C-38/96, Rec. p. I-2039, apartado 22).

49 Por consiguiente, es preciso interpretar que la primera cuestión se refiere a si la Directiva se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite la realización directa, por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado, de una obra de urbanización, con imputación de toda o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de esta obra es igual o superior al umbral fijado por la Directiva.

50 Con el fin de responder a la cuestión reformulada en estos términos, procede examinar si la realización directa de una obra de urbanización, como la controvertida en el litigio principal, constituye un contrato público de obras en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva.

51 Según la definición recogida en esta disposición, para que exista contrato público de obras deben cumplirse los siguientes requisitos: un contrato, celebrado a título oneroso, por escrito, entre, por una parte, un contratista y, por otra parte, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva, y que tenga por objeto, en particular, la ejecución de cierto tipo de obra o de obras definidas por la Directiva.

52 La existencia de un «contrato público de obras» es un requisito para la aplicación de la Directiva, por lo que el artículo 1, letra a), debe ser interpretado de manera que se garantice su eficacia. A este respecto, es importante destacar que, tal y como resulta de su exposición de motivos y de sus considerandos segundo y décimo, la Directiva pretende eliminar las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, con el fin de abrir tales mercados a una concurrencia de ofertas efectiva. El desarrollo de esta concurrencia de ofertas necesita, como lo precisa el décimo considerando, una publicidad comunitaria de los anuncios de contratos correspondientes.

53 También procede señalar que la propia Directiva precisa lo que debe entenderse por «entidad adjudicadora» [artículo 1, letra b)], por «obras» [artículo 1, letra a), y anexo II] y por «obra» [artículo 1, letra c)].

54 La definición que da el legislador comunitario corrobora la importancia que revisten estos requisitos, habida cuenta de la finalidad de la Directiva. De ello resulta que tales requisitos deben desempeñar un papel preponderante cuando se trata de apreciar si se está en presencia de un «contrato público de obras» en el sentido de la Directiva.

55 Esto significa que, en las situaciones en las que se plantea la ejecución o el proyecto y la ejecución de obras o la realización de una obra para una entidad adjudicadora, en el sentido de la Directiva, la apreciación de dichas situaciones a la luz de los demás requisitos mencionados en el artículo 1, letra a), de la Directiva debe realizarse de manera que se garantice que la eficacia de la Directiva no quede menoscabada, sobre todo cuando dichas situaciones presenten particularidades debidas a las disposiciones del Derecho nacional que les son aplicables.

56 El análisis de si la realización directa de una obra de urbanización, como la estructura exterior de un teatro, en las condiciones previstas por la legislación italiana en materia de urbanismo, constituye un «contrato público de obras», ha de efectuarse a la luz de estos criterios.

Sobre el requisito relativo a la condición de entidad adjudicadora

57 A este respecto, consta que el Ayuntamiento demandado en el litigio principal constituye un ente territorial en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva y que, por tanto, está comprendido en la definición de la entidad adjudicadora que da dicha disposición.

Sobre el requisito relativo a la ejecución de obras o a la realización de una obra en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva

58 A tenor del artículo 1, letra a), de la Directiva, los contratos públicos de obras deben tener por objeto:

– bien la ejecución o conjuntamente la ejecución y el proyecto de las obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II;

– bien la ejecución o conjuntamente la ejecución y el proyecto de una obra definida en el artículo 1, letra c), a saber, una obra que represente el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica;

– o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora.

59 Procede subrayar que las obras de urbanización como las enumeradas en el artículo 4 de la Ley nº 847/64 constituyen obras de construcción o de ingeniería civil y, por tanto, están incluidas en las actividades contempladas en el anexo II de la Directiva, y que constituyen obras destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica. De este modo, reúnen, por lo menos, los criterios mencionados en los guiones primero y segundo del apartado precedente.

60 Por lo que respecta, más en particular, a la construcción de la estructura exterior de un teatro, como sucede en el litigio principal, se trata de una actividad comprendida en el grupo 501 de la NACE, titulado «Construcción de inmuebles (de habitación y otros)»,

contemplado en el anexo II de la Directiva.

61 De ello se desprende que la realización de una obra de urbanización como la construcción de la estructura exterior de un teatro está comprendida en las obras contempladas en el artículo 1, letra a), de la Directiva.

62 De este modo, de los apartados 57 a 61 de la presente sentencia resulta que en una situación como la controvertida en el litigio principal se reúnen los dos requisitos importantes para afirmar la existencia de un «contrato público de obras», a saber, el relativo a la entidad adjudicadora y el que se refiere a las obras u obra de que se trata.

Sobre el requisito relativo a la existencia de un contrato

63 El Ayuntamiento de Milán, Pirelli, MCS y la FTS consideran que este requisito no se cumple, porque la realización directa de las obras de urbanización está prevista, como regla general, por la legislación italiana, nacional y regional, en materia de urbanismo, cuyo objeto, finalidad, y características, así como los intereses que pretende proteger, son diferentes de los de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos.

64 Subrayan, además, el hecho de que la autoridad local carece de la facultad de elegir a quien se encargará de ejecutar las obras, ya que la ley designa a esta persona por su condición de propietario de los terrenos objeto de la urbanización.

65 Por último, según la demandada y las partes coadyuvantes en el litigio principal, aunque se considerase que la realización directa tiene lugar en virtud de compromisos adquiridos en el convenio de urbanización, sigue faltando el requisito contractual. En efecto, el convenio de urbanización es un convenio de Derecho público, que resulta del ejercicio del poder público y no es fruto de la autonomía privada, por lo que no puede calificarse de «contrato» en el sentido de la Directiva. El Ayuntamiento conserva las facultades que le confiere el poder público en materia de gestión del territorio, «incluida la de modificar o revocar los planes de urbanismo en función de la evolución de la situación o adoptar nuevos criterios de apreciación que correspondan mejor a tales necesidades» (sentencia de la Corte suprema di cassazione, salas reunidas, nº 6941, de 25 de julio de 1994). Por la misma razón, no se cumplen los requisitos que constituyen la «causa» contractual y que son propios del contrato de empresa.

66 Procede destacar, en primer lugar, que la circunstancia de que la disposición de Derecho nacional que prevé la realización directa de las obras de urbanización forme parte de un conjunto de reglas en materia de urbanismo que tiene características propias y que persigue una finalidad específica, distinta de la de la Directiva, no basta para excluir la realización directa del ámbito de aplicación de la Directiva, cuando se cumplen los requisitos exigidos para incluirla en dicho ámbito.

67 A este respecto, como indica el órgano jurisdiccional remitente, las obras de urbanización mencionadas en el artículo 4 de la Ley nº 847/64 pueden ser perfectamente calificadas de obras públicas debido, por una parte, a sus características funcionales aptas para satisfacer las exigencias de urbanización que van más allá de la simple vivienda individual y, por

otra parte, a que la Administración competente tiene el control de tales obras mientras disponga de un título jurídico que le asegure su disponibilidad con el fin de garantizar su disfrute por todos los usuarios de la zona.

68 Estos requisitos son importantes, porque confirman la afectación pública que, desde un principio, se confiere a las obras que deben realizarse.

69 En segundo lugar, es cierto que de la resolución de remisión resulta que el artículo 28, apartado 5, de la Ley nº 1150/42 prevé la posibilidad de realizar directamente las obras de urbanización secundaria en el marco de una urbanización y que, conforme al artículo 12 de la Ley regional de Lombardía nº 60/77, en su versión modificada por el artículo 3 de la Ley regional de Lombardía nº 31/86, la realización directa constituye la regla general. No obstante, estas disposiciones no permiten excluir la existencia del requisito contractual previsto en el artículo 1, letra a), de la Directiva.

70 En efecto, por una parte, de la disposición de la legislación regional de Lombardía antes mencionada se desprende que la administración municipal sigue conservando la posibilidad de exigir, en lugar de la realización directa de las obras, el pago de una cantidad proporcional a su coste efectivo, así como a la entidad y características de las construcciones. Por otra parte, en caso de realización directa de las obras de urbanización, debe celebrarse, de todas formas, un convenio de urbanización entre la Administración municipal y el propietario o los propietarios de los terrenos que se van a urbanizar.

71 Es verdad que la administración municipal no tiene la posibilidad de elegir a su cocontratante, porque, según establece la ley, esta persona debe ser necesariamente el propietario de los terrenos que se van a urbanizar. Sin embargo, dicha circunstancia no basta para excluir el carácter contractual de la relación que se establece entre la administración municipal y el urbanizador, puesto que el convenio de urbanización celebrado entre ambos determina las obras de urbanización que el encargado de ejecutarlas debe realizar en cada caso, así como los requisitos correspondientes, incluida la aprobación de los proyectos de dichas obras por el Ayuntamiento. Además, en virtud de los compromisos adquiridos por el urbanizador en dicho convenio, el Ayuntamiento dispondrá de un título jurídico que le garantizará la disponibilidad de las obras de que se trate, a los efectos de su afectación pública.

72 Esta consideración queda además corroborada, en el asunto principal, por la circunstancia de que, según los acuerdos impugnados, el Teatro alla Bicocca debe ser realizado en parte mediante ejecución directa por los urbanizadores, «en cumplimiento de sus obligaciones contractuales relativas al plan de urbanización», y en parte mediante procedimiento de adjudicación convocado por el Ayuntamiento de Milán.

73 Por último, a diferencia de lo que alegan la demandada y las partes coadyuvantes en el litigio principal, la circunstancia de que el convenio de urbanización se rija por el Derecho público y resulte del ejercicio del poder público no se opone al cumplimiento del requisito contractual previsto en el artículo 1, letra a), de la Directiva, es más, aboga en su favor. En efecto, en varios Estados miembros, el contrato celebrado entre una entidad adjudicadora y un contratista es un contrato administrativo, regulado como tal por el Derecho público.

74 Habida cuenta de las consideraciones que preceden, los datos que aporta el convenio de urbanización y los acuerdos celebrados en el marco de dicho convenio son suficientes para que se cumpla el requisito contractual exigido por el artículo 1, letra a), de la Directiva.

75 Procede añadir que esta interpretación se ajusta al objetivo primordial de la Directiva que, como se ha precisado en el apartado 52 de esta sentencia, es la apertura de los contratos públicos de obras a la concurrencia de ofertas. En efecto, la apertura a la concurrencia de ofertas comunitaria conforme a los procedimientos previstos por la Directiva garantiza la inexistencia de riesgo de favoritismo por parte de las autoridades públicas. Por consiguiente, el hecho de que las autoridades públicas no tengan la posibilidad de elegir a su cocontratante no puede, por sí solo, justificar que no se aplique la Directiva, porque dicha eventualidad llevaría a excluir de la concurrencia de ofertas comunitarias la realización de una obra a la que, en otro caso, se aplicaría la Directiva.

Sobre el requisito relativo al carácter oneroso del contrato

76 Según la demandada y las partes coadyuvantes en el litigio principal, falta, en todo caso, el carácter sinalagmático del contrato, al no existir contraprestación a cargo del Ayuntamiento. Efectivamente, el pago de la contribución a las cargas de urbanización o la ejecución directa de las obras de urbanización no se corresponden con el derecho del urbanizador a obtener la licencia urbanística, y el acondicionamiento de los terrenos, que se sitúa en el marco del proceso de transformación del territorio, no depende del beneficio que dicho proceso procura o del provecho que de él resulta para el titular de la licencia urbanística.

77 Hay que destacar, a este respecto, que el carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que corresponde a la Administración Pública interesada por la realización de las obras que son objeto del contrato contemplado en el artículo 1, letra a), de la Directiva y de las que podrá disponer la Administración Pública.

78 La cuestión relativa a si el contrato celebrado en caso de realización directa de una obra de urbanización tiene carácter oneroso para la administración municipal se presenta, en una situación como la controvertida en el litigio principal, bajo un ángulo específico, a causa de las particularidades que caracterizan la legislación italiana en materia de urbanismo.

79 Así, de los artículos 28, apartado 5, segundo guión, de la Ley nº 1150/42, y 12, letra b), de la Ley regional de Lombardía nº 60/77, en su versión modificada por el artículo 3 de la Ley regional de Lombardía nº 31/86, resulta que los propietarios de los terrenos que se van a urbanizar deben sufragar el coste de las obras de urbanización primaria, así como una parte proporcional del coste de las obras de urbanización secundaria inherentes a la urbanización o de las obras que sean necesarias para conectar la zona de que se trate con los servicios públicos.

80 Además, el artículo 11, apartado 1, de la Ley nº 10/77 prevé que «el titular de la licencia puede comprometerse a realizar directamente las obras de urbanización [...] con imputación de la totalidad o parte de las obras a cuenta de la contribución adeudada» en

concepto de las cargas de urbanización cuyo pago corresponde a la concesión de la licencia, con arreglo al artículo 3 de la misma Ley.

81 Los términos «con imputación a cuenta» utilizados en el artículo 11, apartado 1, de la Ley nº 10/77 permiten considerar que, al aceptar la realización directa de las obras de urbanización, la administración municipal renuncia al cobro del importe adeudado en concepto de la contribución prevista en el artículo 3 de la misma Ley.

82 No obstante, la demandada y las partes coadyuvantes en el litigio principal, así como el Gobierno italiano, alegan que dicha interpretación no es correcta, en particular porque el pago de la contribución a las cargas de urbanización está previsto como una alternativa a la realización directa de las obras y, por consiguiente, es erróneo considerar que existe un crédito pecuniario del Ayuntamiento adeudado en todo caso y a cuyo cobro renuncia la administración municipal en caso de realización directa de las obras. La realización directa de las obras produce el efecto útil de permitir al propietario urbanizador el libre ejercicio de la facultad de construir, exonerándolo de la obligación de pagar la contribución a las cargas de urbanización adeudada por habérsele concedido una licencia. Los términos «con imputación a cuenta» se refieren, por tanto, a este efecto liberador de la ejecución de las obras y no a una contrapartida o cualquier otra ventaja concedida por el Ayuntamiento a los urbanizadores.

83 Dado que estas objeciones se refieren a la interpretación de la legislación italiana en materia de urbanismo y a la manera en que ésta entiende la relación entre la deuda relativa a la contribución a las cargas de urbanización y la realización directa de las obras, es preciso remitirse a la apreciación efectuada a este respecto por el órgano jurisdiccional de remisión.

84 Según afirma dicho órgano en la resolución de remisión, de manera opuesta al razonamiento expuesto por la demandada y las partes coadyuvantes en el litigio principal, el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado que realiza las obras de urbanización no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor, salvo que exista complemento en dinero, de la que es acreedor el Ayuntamiento, a saber, la contribución a las cargas de urbanización, sin que el carácter alternativo de la obligación, contribución en dinero o la ejecución directa de las obras, permita diferenciar su causa dependiendo del procedimiento de ejecución escogido (o preestablecido por el legislador).

85 Esta interpretación de la legislación nacional se ajusta al objetivo de la Directiva, como se recuerda en el apartado 52 de la presente sentencia, y puede, por lo tanto, garantizar su eficacia.

86 De lo anterior se desprende que debe considerarse cumplido el requisito relativo al carácter oneroso del contrato.

Sobre el requisito relativo al carácter escrito del contrato

87 Basta destacar, a este respecto, que no se discute el cumplimiento de este requisito y que,

de hecho, el convenio de urbanización entre el Ayuntamiento y el propietario urbanizador o los propietarios urbanizadores se celebró por escrito.

Sobre el requisito relativo a la condición de contratista

88 Según declaran tanto la demandada y las partes coadyuvantes en el litigio principal como el Gobierno italiano, este requisito no se cumple, porque el urbanizador no se identifica por ser empresario o por tratarse de una empresa de construcción, sino simplemente tomando como base el título de propiedad de los terrenos que son objeto de la urbanización. No se le exige que reúna los requisitos particulares relativos a la capacidad técnica, la capacidad patrimonial, etc., salvo la obligación de presentar las garantías suficientes al Ayuntamiento, habida cuenta de los compromisos adquiridos en virtud del convenio de urbanización.

89 Además, de las respuestas recibidas a una pregunta planteada por el Tribunal de Justicia resulta que la tarea de elegir a los contratistas que se encargarán del proyecto y la realización de las obras corresponde únicamente al urbanizador titular de la licencia urbanística. Éste realiza las obras en nombre propio y no por cuenta del Ayuntamiento, al que se compromete a cederlas una vez terminadas.

90 A este respecto, procede destacar que el artículo 1, letra a), de la Directiva no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda ser calificado de contratista. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello.

91 De este modo, el artículo 20 de la Directiva establece que, «en el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá solicitar al licitador que le comunique en su oferta la parte del contrato que tenga eventualmente la intención de subcontratar con terceros».

92 En el mismo orden de ideas, el Tribunal de Justicia ha declarado, en relación con la Directiva 92/50, que dicha Directiva permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que efectivamente dispondrá de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución del contrato (véase la sentencia de 2 de diciembre de 1999, Holst Italia, C-176/98, Rec. p. I-8607).

93 De los autos se desprende que, en una situación como la del litigio principal, en virtud de los compromisos adquiridos en el marco del convenio de urbanización celebrado con la administración municipal, el urbanizador titular de la licencia, tiene la obligación de aportar a dicha administración garantías suficientes respecto a la realización de las obras que se cederán al Ayuntamiento y que el operador que el urbanizador escoge para efectuar las obras se adhiere a los acuerdos celebrados con la administración municipal. Así sucedía en el asunto principal, en la medida en que MCS aceptó los acuerdos que el Ayuntamiento de Milán había celebrado con Pirelli.

94 En estas circunstancias, no se puede excluir la concurrencia del requisito mencionado por el hecho de que el urbanizador no pueda realizar con sus propios recursos las obras de que se trata y ni porque el operador que estará encargado de llevar a cabo dichas obras haya sido escogido por el urbanizador titular de la licencia urbanística y no por la administración municipal.

95 Además, el hecho de que el titular de la licencia efectúe las obras de urbanización en su propio nombre, antes de cederlas al Ayuntamiento, no puede despojar a este último de su calidad de entidad adjudicadora con respecto a la realización de tal obra.

96 Por consiguiente, también debe considerarse cumplido el requisito relativo a la condición de contratista.

97 Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede concluir que la realización directa de una obra de urbanización en las condiciones previstas por la legislación italiana en materia de urbanismo constituye un «contrato público de obras» en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva.

98 De ello se desprende que la Directiva se aplica cuando el valor estimado de una obra de este tipo, excluido el IVA, es igual o superior al umbral fijado en su artículo 6, apartado 1.

99 Esta consideración implica que la administración municipal tiene la obligación de respetar los procedimientos previstos por dicha Directiva cada vez que celebra un contrato público de obras de este tipo.

100 Esto no significa que, para que se respete la Directiva en caso de realización de una obra de urbanización, la propia administración municipal deba necesariamente aplicar los procedimientos de contratación previstos por dicha Directiva. La eficacia de esta última se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la administración municipal en virtud de dicha Directiva. En efecto, en este caso, con arreglo a los acuerdos celebrados con el Ayuntamiento que lo exoneran de la contribución a las cargas de urbanización como contrapartida por la realización de una obra de urbanización pública, debe considerarse que el urbanizador ha recibido un mandato expreso del Ayuntamiento para la construcción de dicha obra. Esta posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora está, por otra parte, expresamente prevista en su artículo 3, apartado 4, en caso de concesión de obras públicas.

101 En lo referente a los procedimientos previstos por la Directiva, de la lectura conjunta de sus artículos 7, apartado 4, y 11, apartados 2 y 9, resulta que las entidades adjudicadoras que deseen adjudicar un contrato público de obras deben dar a conocer su intención publicando un anuncio en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* salvo si se trata de uno de los casos limitativamente enumerados en el artículo 7, apartado 3, de la

Directiva, en los que están autorizadas a recurrir al procedimiento negociado, sin publicar previamente un anuncio de licitación.

102 En el caso de autos, en el expediente no se encuentra ningún dato que permita considerar que la realización directa de una obra de urbanización en las condiciones que prevé la legislación italiana en materia de urbanismo pueda corresponder a uno de los casos mencionados en esta última disposición.

103 Procede, por tanto, responder a la primera cuestión que la Directiva se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por la Directiva, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

104 El CNA niega la pertinencia de esta cuestión. A su entender, teniendo en cuenta que en el litigio principal no se cumple ninguno de los requisitos previstos por el artículo 11 de la Ley nº 241/90 y que los acuerdos celebrados para la adjudicación de contratos públicos apartándose de los procedimientos previstos por las Directivas en la materia lesionan indiscutiblemente los derechos de los empresarios o de los profesionales liberales que aspiran a que se les adjudique el contrato, el artículo 11 de la Ley nº 241/90 no se aplica en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal.

105 Sin que sea necesario pronunciarse sobre el razonamiento invocado por el CNA, es necesario reconocer que el órgano jurisdiccional remitente no precisa las disposiciones de Derecho comunitario cuya interpretación solicita ni los aspectos concretos de la legislación italiana de que se trata cuya aplicación en el litigio principal plantearía problemas en relación con el Derecho comunitario.

106 Al faltar estas indicaciones, no es posible delimitar el problema concreto de interpretación de disposiciones de Derecho comunitario que podría plantearse en el litigio principal.

107 En estas circunstancias, procede declarar que la segunda cuestión es inadmisible.

Costas

108 Los gastos efectuados por el Gobierno italiano, así como por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia mediante resolución de 11 de junio de 1998, declara:

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, se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por esta Directiva, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva.

Gulmann Skouris Puissochet

Schintgen Macken

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 12 de julio de 2001.

El Secretario El Presidente de la Sala Sexta

R. Grass C. Gulmann

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA

CVRIA
LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 10 de abril de 2008 *

«Contratos públicos – Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE – Entidad adjudicadora que ejerce actividades comprendidas parcialmente en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17/CE y parcialmente en el de la Directiva 2004/18/CE – Organismo de Derecho público – Poder adjudicador»

En el asunto C-393/06,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Austria), mediante resolución de 17 de agosto de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de septiembre de 2006, en el procedimiento entre

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH

y

Fernwärme Wien GmbH,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de Sala, y los Sres. G. Arestis, E. Juhász (Ponente), J. Malenovský y T. von Danwitz, Jueces;

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;

Secretario: Sr. B. Fülöp, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 11 de octubre de 2007;

consideradas las observaciones presentadas:

* Lengua de procedimiento: alemán.

– en nombre de Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, por los Sres. S. Sieghartsleitner y M. Pichlmair, Rechtsanwälte;

– en nombre de Fernwärme Wien GmbH, por el Sr. P. Madl, Rechtsanwalt;

– en nombre del Gobierno húngaro, por la Sra. J. Fazekas, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno austriaco, por los Sres. M. Fruhmann y C. Mayr, en calidad de agentes;

– en nombre del Gobierno húngaro, por la Sra. J. Fazekas, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. A. Guimaraes-Purokoski, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno sueco, por la Sra. A. Falk, en calidad de agente;

– en nombre del la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. X. Lewis, en calidad de agente, asistido por el Sr. M. Núñez-Müller, Rechtsanwalt;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 22 de noviembre de 2007;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de las disposiciones pertinentes de las Directivas 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1), y 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 (DO L 134, p. 114).

2 Dicha petición se planteó en el marco de un litigio entre Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (en lo sucesivo, «Ing. Aigner») y Fernwärme Wien GmbH (en lo sucesivo, «Fernwärme Wien») respecto de la legalidad de un procedimiento de licitación convocado por esta última.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 La Directiva 2004/17 establece la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en sectores específicos, a saber, los del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Sustituyó, derogándola, a la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), que tenía el mismo objeto.

4 La especificidad de los sectores cubiertos por la Directiva 2004/17 se destaca en su tercer considerando, que afirma que es necesaria una coordinación en estos sectores por razón del carácter cerrado de los mercados en que actúan las entidades adjudicadoras de que se trata, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate.

5 Los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17 y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, disponen que se entiende por «poderes adjudicadores», entre otros, los «organismos de Derecho público», es decir:

«[…] cualquier organismo:

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

– dotado de personalidad jurídica propia; y

cuya actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público».

6 Según el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/17:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[…]

b) “empresas públicas”: aquellas empresas sobre las cuales los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia

dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen.»

7 El artículo 2, apartado 2, de la citada Directiva dispone:

«La presente Directiva se aplicará a las entidades adjudicadoras que:

a) sean poderes adjudicadores o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7;

b) sin ser poderes adjudicadores ni empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en los artículos 3 a 7 o varias de estas actividades y tengan derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.»

8 Los sectores de actividad a los que se aplica la Directiva 2004/17 se enumeran en los artículos 3 a 7. Dichos sectores son el gas, la calefacción y la electricidad (artículo 3), el agua (artículo 4), los servicios de transporte (artículo 5), los servicios postales (artículo 6) y la prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, así como los puertos y aeropuertos (artículo 7).

9 El artículo 3, apartado 1, de la mencionada Directiva prevé:

«En lo relativo al gas y a la calefacción, la presente Directiva se aplicará a las actividades siguientes:

a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de gas o calefacción, o

b) el suministro de gas o calefacción a dichas redes.»

10 El artículo 9 de la misma Directiva es del tenor siguiente:

«1. Un contrato destinado a la realización de varias actividades seguirá las normas aplicables a la actividad a la que esté destinado principalmente.

No obstante, la opción entre adjudicar un solo contrato o varios contratos por separado no podrá ejercerse con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva o, si procede, de la Directiva 2004/18/CE.

2. Si una de las actividades a que se destine el contrato está sometida a la presente Directiva y la otra a la Directiva 2004/18/CE y si resulta imposible objetivamente establecer a qué actividad se destina principalmente el contrato, éste se adjudicará con arreglo a la mencionada Directiva 2004/18/CE.

[…]»

11 El artículo 20, apartado 1, de esta misma Directiva, titulado «Contratos adjudicados para fines distintos del desarrollo de las actividades contempladas o para el desarrollo de dichas actividades en terceros países », establece:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos que las entidades adjudicadoras celebren para fines distintos del desarrollo de sus actividades mencionadas en los artículos 3 a 7, o para el desarrollo de dichas actividades en un tercer país, en circunstancias que no supongan la explotación física de una red o de una zona geográfica dentro de la Comunidad.»

12 Por último, el artículo 30 de la Directiva 2004/17, que lleva por título «Procedimiento para establecer si una determinada actividad está sometida directamente a la competencia », dispone:

«1. La presente Directiva no se aplicará a los contratos destinados a hacer posible la prestación de una actividad contemplada en los artículos 3 a 7, siempre que en el Estado miembro en que se efectúe dicha actividad ésta esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado.

2. A efectos del apartado 1, para determinar si una actividad está sometida directamente a la competencia, se utilizarán criterios que sean conformes a las disposiciones del Tratado en materia de competencia, como las características de los bienes o servicios de que se trate, la existencia de bienes o servicios alternativos, los precios y la presencia real o potencial de más de un proveedor de los bienes o servicios de que se trate.

[…]»

13 En el título II, capítulo II, sección 3, de la Directiva 2004/18, se enumeran los contratos no comprendidos en su ámbito de aplicación. Entre ellos figuran los contratos adjudicados en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. El artículo 12, que se refiere a los mencionados contratos, dispone:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/17/CE, adjudicados por poderes adjudicadores que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva y que se adjudiquen para desarrollar estas actividades, […]

[…].»

14 La adaptación del Derecho austriaco a la normativa comunitaria se llevó a cabo a través de Ley federal de adjudicación de contratos públicos (Bundesvergabegesetz) de 2006.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

15 Fernwärme Wien fue creada, mediante acto constitutivo de 22 de enero de 1969, para garantizar la calefacción urbana de viviendas, organismos públicos, oficinas y empresas en el término municipal de la ciudad de Viena. Para ello utiliza la energía obtenida de la evacuación de residuos en vez de utilizar la derivada de fuentes no renovables.

16 Fernwärme Wien, que tiene personalidad jurídica, pertenece por completo a la ciudad de Viena, que nombra y revoca a los administradores y a los miembros del consejo de vigilancia de la empresa y aprueba su gestión. Además, el municipio también puede controlar la gestión económica y financiera de la mencionada empresa a través del Kontrollamt der Stadt Wien (Oficina de control de la ciudad de Viena).

17 Paralelamente a su actividad de calefacción urbana, Fernwärme Wien se ocupa de la planificación general de instalaciones de refrigeración para proyectos inmobiliarios de cierta envergadura. En el marco de esta actividad tiene que hacer frente a la competencia de otras empresas.

18 Fernwärme Wien publicó un anuncio de licitación el 1 de marzo de 2006 para la construcción de instalaciones de refrigeración en un complejo de locales comerciales proyectado en Viena, señalando que la legislación austriaca en materia de contratos públicos no era aplicable al contrato en cuestión. Ing. Aigner participó en ese procedimiento presentando una oferta. Tras ser informada, el 18 de mayo de 2006, de que, habida cuenta de la presencia de referencias negativas, su oferta no iba a ser examinada, impugnó esa decisión ante el órgano jurisdiccional remitente, alegando que deberían aplicarse las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

19 El órgano jurisdiccional remitente observa que la explotación de una red fija de calefacción urbana por parte de Fernwärme Wien está incontestablemente comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17. Por el contrario, la planificación de instalaciones de refrigeración no lo está. En consecuencia, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si esta última actividad también está incluida en las disposiciones de la mencionada Directiva, aplicando, *mutatis mutandis*, los principios establecidos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73, en particular, apartados 25 y 26), enfoque que la doctrina denomina comúnmente «teoría del contagio». Conforme a la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente hace de esa sentencia, cuando una de las actividades de un organismo está comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas en materia de contratos públicos, también lo están todas las demás actividades desarrolladas por ese organismo, con independencia de su eventual carácter industrial o mercantil.

20 En caso de que la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, sólo se refiera a los poderes adjudicadores y, más concretamente, al concepto de «organismo de Derecho público» –en el sentido de que, cuando un organismo satisface necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, debe considerarse que es un «organismo de Derecho público», en el sentido de las normas comunitarias, independientemente de que ejerza paralelamente otras actividades que no tengan dicho carácter– el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si Fernwärme Wien es un organismo de Derecho público, es decir, un poder adjudicador, en el sentido de las Directivas 2004/17 o 2004/18.

21 Por último, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si, cuando un organismo desarrolla actividades que no tengan carácter industrial o mercantil y, paralelamente, actividades sujetas a competencia, estas últimas pueden diferenciarse y no ser incluidas en el ámbito de aplicación de las normas comunitarias en materia de contratos públicos, si puede trazarse una separación entre estos dos tipos de actividades y, por tanto, determinar que no hay interferencias económicas entre ellas. El órgano jurisdiccional remitente cita a este respecto el punto 68 de las conclusiones del Abogado General Jacobs, de 21 de abril de 2005, en el asunto en el que, tras la retirada de la petición de decisión prejudicial, se dictó el auto de archivo de 23 de marzo de 2006, Impresa Portuale di Cagliari (C-174/03), donde se propone hacer una salvedad en este sentido al enfoque de la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada.

22 Habida cuenta de estas consideraciones, el Vergabekontrollsenat des Landes Wien decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Cabe interpretar la Directiva 2004/17/CE […] en el sentido de que una entidad adjudicadora que desarrolla una actividad perteneciente a alguno de los sectores contemplados en el artículo 3 de esta Directiva, también está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Directiva en relación con una actividad distinta, que ejerce paralelamente en condiciones de competencia?

2) En el supuesto de que únicamente fuera así para los poderes adjudicadores, ¿debe considerarse que una empresa como [Fernwärme Wien] es un organismo de Derecho público en el sentido de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18 […] si suministra calefacción urbana en determinado territorio, sin competencia efectiva, o se debe tomar como referencia el mercado de la calefacción doméstica, que también comprende fuentes de energía como el gas, el gasóleo, el carbón, etc.?

3) Una actividad realizada en libre competencia por una sociedad que no ejerce su actividad con carácter industrial o mercantil, ¿ha de incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18 si, gracias a

medidas eficaces, como la separación de los balances y de las contabilidades, puede excluirse la financiación cruzada de las actividades ejercidas en libre competencia?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión

23 Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si una entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 2004/17, que desarrolla actividades pertenecientes a alguno de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva, está obligada a aplicar el procedimiento establecido en ésta para la adjudicación de contratos relacionados con actividades que la citada entidad ejerce paralelamente en condiciones de competencia, en sectores no cubiertos por las mencionadas disposiciones.

24 Para responder a esta cuestión ha de destacarse que las Directivas 2004/17 y 2004/18 presentan diferencias notables en lo que respecta tanto a las entidades sujetas a las normas que establecen respectivamente ambas Directivas como a la naturaleza y ámbito de aplicación de éstas.

25 En lo que atañe, en primer lugar, a las entidades a las que son aplicables las respectivas normas de las mencionadas Directivas, debe indicarse que, a diferencia de la Directiva 2004/18 que, según su artículo 1, apartado 9, párrafo primero, se aplica a los «poderes adjudicadores», las entidades a las que se refiere la Directiva 2004/17 aparecen denominadas en su artículo 2 como «entidades adjudicadoras». De este mismo artículo 2, apartado 2, letras a) y b), se desprende que esta Directiva no sólo se aplica a las entidades adjudicadoras que son «poderes adjudicadores», sino también a las que son «empresas públicas» o empresas que tengan «derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro», en la medida en que todas estas entidades ejerzan alguna de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva.

26 En segundo lugar, de los artículos 2 a 7 de la Directiva 2004/17 se desprende que la coordinación efectuada por dicha Directiva no abarca todos los ámbitos de la actividad económica, sino que concierne a sectores definidos específicamente, algo que denota, además, el hecho de que esa Directiva se denomine comúnmente «Directiva sectorial». Por el contrario, el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 engloba casi todos los sectores de la vida económica, lo que justifica su denominación común de «Directiva general».

27 En estas circunstancias, ha de señalarse que el alcance general de la Directiva 2004/18 y el alcance restringido de la Directiva 2004/17 exigen que las disposiciones de esta última se interpreten restrictivamente.

28 Asimismo, las fronteras entre los ámbitos de aplicación de ambas Directivas están trazadas por disposiciones explícitas. El artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2004/17 establece que ésta no se aplica a los contratos que las entidades adjudicadoras celebren para fines distintos del desarrollo de sus actividades ejercidas en los sectores contemplados en sus artículos 3 a 7. El artículo 12, párrafo primero, de la Directiva 2004/18 contiene una disposición análoga a ésta, que establece que dicha Directiva no se aplica a los contratos públicos adjudicados por poderes adjudicadores que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17 y se adjudiquen para desarrollar dichas actividades.

29 El ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 está estrictamente circunscrito, de modo que los procedimientos que establece no pueden extenderse más allá de ese ámbito de aplicación.

30 Por consiguiente, las mencionadas disposiciones no permiten que se aplique en el marco de la Directiva 2004/17 el enfoque denominado «teoría del contagio», desarrollado como consecuencia de la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada. Esa sentencia fue dictada por el Tribunal de Justicia en el marco 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 (DO L 199, p. 54), es decir, en una materia que actualmente está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18.

31 Por consiguiente, como observan acertadamente los Gobiernos austriaco, húngaro y finlandés y la Comisión de las Comunidades Europeas, sólo están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 los contratos que una entidad – que tenga la consideración de «entidad adjudicadora» en el sentido de esta Directiva– celebre en relación con el ejercicio de actividades en los sectores enumerados en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva y para dicho ejercicio.

32 Por otra parte, ésa es la conclusión que se desprende asimismo de la sentencia de 16 de junio de 2005, Strabag y Kostmann (C-462/03 y C-463/03, Rec. p. I-5397, apartado 37). En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que si un contrato no se enmarca en el ejercicio de una de las actividades contempladas en la Directiva sectorial, se regirá por las normas contenidas en las Directivas reguladoras, según los casos, de la adjudicación de los contratos de servicios, de obras o de suministros.

33 Habida cuenta de las consideraciones que preceden, ha de responderse a la primera cuestión planteada que una entidad adjudicadora, en el sentido de la Directiva 2004/17, únicamente está obligada a aplicar el procedimiento previsto en esta Directiva para la adjudicación de contratos relacionados con actividades que dicha entidad ejerce en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la mencionada Directiva.

Sobre la segunda cuestión

34 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si debe considerarse que una entidad como Fernwärme Wien es un organismo de Derecho público en el sentido de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18.

35 Recuérdese, a este respecto, que, como se desprende del apartado 5 de la presente sentencia, las disposiciones de los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17, y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, contienen una definición idéntica del concepto de «organismo de Derecho público».

36 De estas disposiciones se deriva que se entiende por «organismo de Derecho público» cualquier organismo que, en primer lugar, haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; en segundo lugar, esté dotado de personalidad jurídica propia y, en tercer lugar, cuya actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia, de cuyos miembros más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estos tres requisitos tienen carácter acumulativo (sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartado 40 y la jurisprudencia citada).

37 Además, habida cuenta del objetivo de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos de excluir, en particular, la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico, el concepto de «organismo de Derecho público» debe recibir una interpretación funcional (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, Rec. p. I-0000, apartados 36 y 37 y la jurisprudencia citada).

38 Es evidente que en el presente asunto se cumplen los dos últimos requisitos establecidos por la normativa expuesta en el apartado 36 de la presente sentencia, dado que Fernwärme Wien está dotada de personalidad jurídica y que la ciudad de Viena posee la totalidad del capital de esta entidad y controla su gestión económica y financiera. Por consiguiente, queda por examinar si dicha entidad fue creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

39 En lo que atañe, en primer lugar, al objetivo de la creación de la entidad en cuestión y a la naturaleza de las necesidades que satisface, debe señalarse que, como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, Fernwärme

Wien fue creada con el fin específico de garantizar la calefacción de viviendas, edificios públicos, empresas y oficinas en el término municipal de la ciudad de Viena empleando la energía obtenida de la combustión de residuos. En la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia se destacó que, actualmente, ese sistema de calefacción abastece alrededor de 250.000 viviendas, numerosas oficinas e instalaciones industriales, así como prácticamente todos los edificios públicos. Suministrar la calefacción de una aglomeración urbana a través de un procedimiento que respete el medio ambiente es innegablemente un objetivo de interés general. Por lo tanto, no puede negarse que Fernwärme Wien fuera creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general.

40 A tal efecto es indiferente que esas necesidades también sean cubiertas o podrían serlo por empresas privadas. Lo esencial es que se trate de necesidades que, por razones de interés general, el Estado o una entidad territorial deciden satisfacerlas por sí mismos o respecto de las cuales quieren conservar una influencia determinante (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 44, 47, 51 y 53, y de 10 de mayo de 2001, Agorà y Excelsior, C-223/99 y C-260/99, Rec. p. I-3605, apartados 37, 38 y 41).

41 En segundo lugar, para determinar si las necesidades que satisface la entidad de que se trata en el litigio principal no tienen carácter industrial o mercantil, hay que tener en cuenta la totalidad de los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad. A este respecto, es preciso comprobar, en particular, si el organismo de que se trata ejerce sus actividades en situación de competencia (véase la sentencia de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-5321, apartados 48 y 49, y la jurisprudencia citada).

42 Como se ha expuesto en el apartado 39 de la presente sentencia, Fernwärme Wien fue creada con el objetivo específico de garantizar el suministro de calefacción en el término municipal de la ciudad de Viena. Ha quedado acreditado que el ánimo de lucro no presidió la creación de la mencionada entidad. Si bien no se descarta que esa actividad pueda generar beneficios distribuidos en forma de dividendos a los accionistas de dicha entidad, la obtención de esos beneficios no es su objetivo principal (véase, en este sentido, la sentencia Korhonen y otros, antes citada, apartado 54).

43 Seguidamente, en lo que respecta al contexto económico pertinente o, en otros términos, al contrato de referencia que hay que tener en cuenta para comprobar si la entidad de que se trata ejerce o no sus actividades en situación de competencia, como propone el Abogado General en los puntos 53 y 54 de sus conclusiones, a la luz de la interpretación funcional del concepto de «organismo de Derecho público», debe tomarse en consideración el sector para el que se creó Fernwärme Wien, es decir, el de suministro de calefacción urbana por tuberías mediante la utilización de la energía obtenida de la combustión de residuos.

44 De la resolución de remisión se desprende que Fernwärme Wien goza de hecho en ese sector de una situación cuasi-monopolística, en la medida en que las otras dos sociedades que desarrollan su actividad en el mismo ámbito tienen un tamaño insignificante, y, por lo tanto, no son auténticos competidores. Además, ese sector tiene una autonomía considerable, en la medida en que sería muy difícil reemplazar el sistema de calefacción urbana por otras energías, ya que ello exigiría importantes obras de transformación. Por último, la ciudad de Viena concede especial relevancia a este sistema de calefacción, también por razones medioambientales. Asimismo, habida cuenta de la presión de la opinión pública, no permitiría su supresión, aunque el sistema tuviera que funcionar con pérdidas.

45 A la luz de esas indicaciones de diversa índole proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente y como señala el Abogado General en el punto 57 de sus conclusiones, en la actualidad Fernwärme Wien se ha revelado como la única empresa capaz de atender tal necesidad de interés general en el sector considerado, pudiendo comportarse con criterios ajenos a los estrictamente económicos al adjudicar sus contratos.

46 En las sentencias BFI Holding (apartado 49) y Agorà y Excelsior (apartado 38), antes citadas, el Tribunal de Justicia destacó que la existencia de una competencia desarrollada puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil. En las circunstancias del litigio principal, de la petición de decisión prejudicial se desprende claramente que está lejos de cumplirse el criterio de la existencia de una competencia desarrollada.

47 Procede añadir que a este respecto es indiferente que, además de su misión de interés general, dicha entidad también lleve a cabo otras actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general que está específicamente obligada a satisfacer. La importancia relativa que tengan las actividades ejercidas con fines lucrativos en el marco de las actividades globales de dicha entidad tampoco resulta pertinente a efectos de su calificación como organismo de Derecho público (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartado 25; de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-1931, apartado 56, así como Korhonen y otros, antes citada, apartados 57 y 58).

48 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que debe considerarse que una entidad como Fernwärme Wien es un organismo de Derecho público en el sentido de los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17 y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18.

Sobre la tercera cuestión

49 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si todos los contratos celebrados por una entidad que tenga la condición de organismo de Derecho público, en el sentido de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18, deben someterse a las normas de una u otra de estas Directivas, mientras que, empleando medidas eficaces, pueden separarse claramente las actividades que ese organismo desarrolla para llevar a cabo su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, separación que excluye la financiación cruzada entre ambos tipos de actividades.

50 Recuérdese a este respecto que la problemática que subyace en esta cuestión fue examinada por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto que dio lugar a la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, que tenía por objeto la interpretación de la Directiva 93/37 sobre los contratos públicos de obras. En el apartado 35 de la citada sentencia, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que todos los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de poder adjudicador, sea cual fuere su naturaleza, deben someterse a las normas de dicha Directiva.

51 El Tribunal de Justicia reiteró esta posición en relación con los contratos públicos de servicios, en las sentencias BFI Holding (apartados 55 y 56) y Korhonen y otros (apartados 57 y 58), antes citadas, así como, en lo que atañe a los contratos públicos de suministro, en la sentencia Adolf Truley, antes citada (apartado 56). Esa posición es asimismo aplicable a la Directiva 2004/18, que constituye una refundición de las disposiciones de todas las Directivas anteriores en materia de adjudicación de contratos públicos, a las que ha sustituido (véase, en este sentido, la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, antes citada, apartado 30).

52 Esta conclusión también se aplica a las entidades cuya contabilidad tiene por finalidad una separación neta interna entre las actividades que desarrollan para llevar a cabo su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeñan en condiciones de competencia.

53 En efecto, como destaca el Abogado General en los puntos 64 y 65 de sus conclusiones, puede dudarse seriamente que sea efectivamente posible trazar esa separación entre las diferentes actividades de una entidad que constituye una persona jurídica única, tiene un régimen patrimonial y de propiedad único y cuyas decisiones en materia de dirección y gestión son adoptadas de forma unitaria, y ello incluso haciendo abstracción de otros numerosos obstáculos de orden práctico sobre el control, *ex ante* y *ex post*, de la separación radical entre los diferentes ámbitos de actividad de la entidad de que se trata y de la pertenencia de la actividad en cuestión a uno u otro ámbito.

54 En consecuencia, por razones de seguridad jurídica, de transparencia y de previsibilidad que rigen el desarrollo de los procedimientos de todos los contratos

públicos, procede atenerse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia expuesta en los apartados 50 y 51 de esta sentencia.

55 Sin embargo, como se desprende del apartado 49 de la presente sentencia, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere simultáneamente a las Directivas 2004/17 y 2004/18.

56 A este respecto ha de destacarse que, en el marco del examen de la segunda cuestión prejudicial se ha indicado que una entidad como Fernwärme Wien debe ser considerada organismo de Derecho público en el sentido de las Directivas 2004/17 y 2004/18. Además, al analizar la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia ha concluido que una entidad adjudicadora, en el sentido de la Directiva 2004/17, únicamente está obligada a aplicar el procedimiento previsto en esa Directiva para adjudicar contratos relacionados con las actividades que dicha entidad desarrolla en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la mencionada Directiva.

57 Debe precisarse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, están comprendidos en el ámbito de la Directiva 2004/17 los contratos que se celebran en el marco de alguna de las actividades que se mencionan expresamente en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva y los contratos que –a pesar de ser de distinta naturaleza y que, por tanto, podrían estar normalmente comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18– sirven al desempeño de las actividades definidas en la Directiva 2004/17 (véase, en este sentido, la sentencia Strabag y Kostmann, antes citada, apartados 41 y 42).

58 Por consiguiente, los contratos celebrados por una entidad como Fernwärme Wien deben seguir los procedimientos establecidos en la Directiva 2004/17 en la medida en que estén vinculados a una actividad desarrollada por éste en los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de esa Directiva. En cambio, todos los demás contratos celebrados por dicha entidad en relación con el ejercicio de otras actividades están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18.

59 Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión que los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de organismo de Derecho público, en el sentido de las Directivas 2004/17 y 2004/18, vinculados al ejercicio de actividades que esa entidad desarrolla en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17, deben seguir los procedimientos establecidos en esta Directiva. En cambio, todos los demás contratos celebrados por dicha entidad en relación con el ejercicio de otras actividades están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18. Cada una de estas dos Directivas se aplica, sin distinguir entre las actividades que dicha entidad desarrolla para cumplir su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, y ello aunque haya una contabilidad que tenga por finalidad la separación de los

sectores de actividades de la mencionada entidad, para evitar las financiaciones cruzadas entre esos sectores.

Costas

60 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) Una entidad adjudicadora, en el sentido de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, únicamente está obligada a aplicar el procedimiento previsto en esta Directiva para la adjudicación de contratos relacionados con actividades que dicha entidad ejerce en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la mencionada Directiva.

2) Debe considerarse que una entidad como Fernwärme Wien GmbH es un organismo de Derecho público en el sentido de los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17 y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

3) Los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de organismo de Derecho público, en el sentido de las Directivas 2004/17 y 2004/18, vinculados al ejercicio de actividades que esa entidad desarrolla en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17, deben seguir los procedimientos establecidos en esta Directiva. En cambio, todos los demás contratos celebrados por dicha entidad en relación con el ejercicio de otras actividades están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18. Cada una de estas dos Directivas se aplica, sin distinguir entre las actividades que dicha entidad desarrolla para cumplir su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, y ello aunque haya una contabilidad que tenga por finalidad la separación de los sectores de actividades de la mencionada entidad, para evitar las financiaciones cruzada entre esos sectores.

Firmas

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA
CVRIA
LUXEMBOURG
EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 19 de abril de 2007 *

«Petición de decisión prejudicial – Admisibilidad – Artículo 86 CE, apartado 1 – Falta de alcance autónomo – Elementos que permiten que el Tribunal de Justicia ofrezca una respuesta útil a las cuestiones planteadas – Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE – Normativa nacional que permite que una empresa pública realice operaciones por encargo directo de las autoridades públicas sin que se aplique el régimen general de adjudicación de contratos públicos – Estructura de gestión interna – Requisitos – La autoridad pública debe ejercer sobre una entidad distinta un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios – La entidad distinta debe realizar lo esencial de su actividad con la autoridad o autoridades públicas que la controlan»

En el asunto C-295/05,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal Supremo, mediante auto de 1 de abril de 2005, recibido en el Tribunal de Justicia el 21 de julio de 2005, en el procedimiento entre

Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)

y

Transformación Agraria, S.A. (Tragsa),

Administración del Estado,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, y el Sr. R. Schintgen, la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. G. Arestis (Ponente) y L. Bay Larsen, Jueces;

* Lengua de procedimiento: español.

Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;

Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de junio de 2006;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), por la Sra. P. Thomas de Carranza y Méndez de Vigo, procuradora, y el Sr. R. Vázquez del Rey Villanueva, abogado;

– en nombre de Transformación Agraria, S.A. (Tragsa), por los Sres. S. Ortiz Vaamonde e I. Pereña Pinedo, abogados;

– en nombre del Gobierno español, por el Sr. F. Díez Moreno, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno lituano, por el Sr. D. Kriaučiūnas, en calidad de agente;

– en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. X. Lewis y F. Castillo de la Torre, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 28 de septiembre de 2006;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la cuestión de si, con arreglo al artículo 86 CE, apartado 1, un Estado miembro puede atribuir a una empresa pública un régimen jurídico que le permite llevar a cabo operaciones sin estar sujeta a las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), y si estas Directivas se oponen a tal régimen.

2 Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre la Asociación Nacional de Empresas Forestales (en lo sucesivo, «Asemfo») y la Administración del Estado

relativo a una denuncia presentada contra el régimen jurídico de que disfruta Transformación Agraria, S.A. (en lo sucesivo, «Tragsa»).

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 El artículo 1 de la Directiva 92/50 disponía:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) *contratos públicos de servicios:* los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora […]

[…]

b) *entidad adjudicadora:* el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

[…]»

4 El artículo 1 de la Directiva 93/36 establecía:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) *contratos públicos de suministro:* los celebrados por escrito a título oneroso que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos entre un proveedor (persona física o jurídica), por una parte, y uno de los poderes adjudicadores definidos en la letra b), por otra. La entrega de los productos podrá incluir, con carácter accesorio, trabajos de colocación e instalación;

b) *poderes adjudicadores:* el Estado, los entes públicos territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

[...]»

5 El artículo 1 de la Directiva 93/37 era del siguiente tenor:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) *contratos públicos de obras:* los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las

actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador;

b) *poderes adjudicadores:* el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público.

[…]»

Normativa nacional

Normativa en materia de contratación pública

6 El Texto Refundido de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de 1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nº 119, de 19 de mayo de 1995, p. 14601), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de 2000 (BOE nº 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775; en lo sucesivo, «Ley 13/1995»), establece en su artículo 152:

«1. La ejecución de obras por la Administración podrá verificarse por los propios servicios de la misma a través de sus medios personales o reales o con la colaboración de empresarios particulares, siempre que en este último caso su importe sea inferior a […], cuando concurra alguna de estas circunstancias:

a) Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.

[…]»

7 El artículo 194 de la Ley 13/1995 dispone:

«1. La fabricación de bienes muebles por la Administración podrá verificarse por los propios servicios de la misma mediante sus medios personales o reales o con la colaboración de empresarios particulares, siempre que en este último caso su importe sea inferior a los límites fijados en el artículo 177.2, cuando concurra alguna de estas circunstancias:

a) Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización del suministro, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.

[…]»

Régimen jurídico de Tragsa

8 Tragsa se constituyó al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto 379/1977, de 21 de enero de 1977 (BOE nº 65, de 17 de marzo de 1977, p. 6202).

9 El régimen jurídico de Tragsa establecido por este Real Decreto sufrió sucesivas modificaciones hasta la adopción de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de 1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1997, p. 38589), en su versión modificada por las Leyes 53/2002, de 30 de diciembre de 2002 (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 2002, p. 46086), y 62/2003, de 30 de diciembre de 2003 (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 2003, p. 46874) (en lo sucesivo, «Ley 66/1997»).

10 A tenor del artículo 88 de la Ley 66/1997, con el título «Régimen jurídico»:

«1. [Tragsa] es una sociedad estatal […] que cumple servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación de medioambiente, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley.

2. Las Comunidades Autónomas podrán participar en el capital social de Tragsa mediante la adquisición de acciones, cuya enajenación será autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda, a iniciativa de los Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Medio Ambiente.

3. Tragsa tiene por objeto:

a) La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales, incluida la ejecución de obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español en el medio rural […].

b) La elaboración de estudios, planes, proyectos y cualquier tipo de consultoría y de asistencia técnica y formativa en materia agraria, forestal, de desarrollo rural, de protección y mejora del medio ambiente, de acuicultura y pesca y de conservación de la naturaleza, así como para el uso y gestión de los recursos naturales.

c) La actividad agrícola, ganadera, forestal y de acuicultura y la comercialización de sus productos, la administración y la gestión de fincas, montes, centros agrarios, forestales, medioambientales o de conservación de la naturaleza, así como de espacios y de recursos naturales.

d) La promoción, desarrollo y adaptación de nuevas técnicas, equipos y sistemas de carácter agrario, forestal, medioambiental, de acuicultura y pesca, de protección de la naturaleza y para el uso sostenible de sus recursos.

e) La fabricación y comercialización de bienes muebles del mismo carácter.

f) La prevención y lucha contra las plagas y enfermedades vegetales y animales y contra los incendios forestales, así como la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente o de emergencia.

g) La financiación de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias, medioambientales y de equipamientos de núcleos rurales, así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social de la empresa.

h) La realización, a instancia de terceros, de actuaciones, trabajos, asistencias técnicas, consultorías y prestación de servicios en los ámbitos rural, agrario, forestal y medioambiental, dentro o fuera del territorio nacional, directamente o a través de sus filiales.

4. Tragsa, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren.

[…]

5. Ni Tragsa ni sus filiales podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las Administraciones Públicas de las que sea medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a Tragsa la ejecución de la actividad objeto de licitación pública.

6. El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio de Tragsa se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración competente. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.

7. Los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios que Tragsa y sus filiales celebren con terceros, quedarán sujetos a las prescripciones de la [Ley 13/1995] relativas a la publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que la cuantía de los contratos iguale o supere la de las cifras fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de la referida [Ley].»

11 El Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo de 1999, por el que se regula el régimen de Tragsa (BOE nº 64, de 16 de marzo de 1999, p. 10605), precisa el régimen jurídico, económico y administrativo de esta sociedad y de sus filiales en sus

relaciones con las Administraciones Públicas, en el ámbito de la acción administrativa dentro o fuera del territorio nacional, en su condición de medio propio instrumental y servicio técnico de las mismas.

12 Según el artículo 2 del Real Decreto 371/1999, el capital social de Tragsa será íntegramente de titularidad pública.

13 El artículo 3 del referido Real Decreto, con el título «Régimen jurídico», dispone:

«1. Tragsa y sus filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y de la de cada Comunidad Autónoma interesada.

Los diferentes Departamentos o Consejerías de las citadas Administraciones Públicas, así como sus organismos dependientes y las entidades de cualquier naturaleza vinculadas a aquéllas para la realización de sus planes de actuación, podrán encomendar a Tragsa o a sus filiales los trabajos y actividades que precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como las que resulten complementarias o accesorias, de acuerdo con el régimen establecido en este Real Decreto.

2. Tragsa y sus filiales están obligadas a realizar los trabajos y actividades que le sean encomendados por la Administración. Dicha obligación se refiere, con carácter exclusivo, a los encargos que les formule como su medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyen su objeto social.

3. Las actuaciones urgentes o las de emergencia que se declaren con motivo de catástrofes o calamidades de cualquier naturaleza que le sean encomendadas por la autoridad competente tendrán para Tragsa y sus filiales carácter obligatorio y, además, preferente.

En las situaciones de emergencia, en las que las Administraciones Públicas deban actuar de manera inmediata, podrá disponer directamente de Tragsa y de sus filiales ordenándoles las actuaciones necesarias para conseguir la más eficaz protección de las personas, los bienes y el mantenimiento de los servicios.

A tal fin, se integrarán en los dispositivos existentes de prevención de riesgos, incorporándose a sus planes de actuación y asumiendo los protocolos de aplicación. En estas situaciones movilizarán todos los medios a su alcance que se requieran.

4. Las Administraciones Públicas podrán aportar a Tragsa y a sus filiales, en tanto que su medio propio instrumental, en sus relaciones de colaboración o cooperación con otras Administraciones o sujetos jurídico-públicos para que sean utilizados por éstos en sus mismas condiciones […]

5. […] las funciones organizativas, tutelares y de control, con respecto a Tragsa y sus filiales, serán ejercidas por los Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Medio Ambiente.

6. Las relaciones de Tragsa y sus filiales con las Administraciones Públicas en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.»

14 El artículo 4 del Real Decreto 371/1999, titulado «Régimen económico», es del siguiente tenor:

«1. Tragsa y sus filiales percibirán por la realización de las obras, trabajos, asistencias técnicas, consultorías, suministros y prestación de servicios que se les encomienden, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 del presente Real Decreto, el importe de los costes en que hubieren incurrido, mediante la aplicación del sistema de tarifas regulado en el presente artículo […].

2. Las tarifas se calcularán y aplicarán por unidades de ejecución y de manera que representen los costes reales y totales, tanto directos como indirectos, de su realización.

[…]

7. Las nuevas tarifas, la modificación de las existentes y los procedimientos, mecanismos y fórmulas de revisión, serán aprobadas por cada una de las Administraciones Públicas de las que Tragsa y sus filiales sean medio propio y servicio técnico.

[…]»

15 Por último, el artículo 5 del Real Decreto 371/1999, con el título «Régimen administrativo de actuación», dispone:

«1. Las actuaciones obligatorias que les sean encargadas a Tragsa o a sus filiales estarán definidas, según los casos, en proyectos, memorias u otros documentos técnicos […]

2. Antes de formular el encargo, los órganos competentes aprobarán dichos documentos y realizarán los preceptivos trámites técnicos, jurídicos, presupuestarios y de control y aprobación del gasto.

3. El encargo de cada actuación obligatoria se comunicará formalmente por la Administración a Tragsa o a sus filiales, haciendo constar, además de los antecedentes que procedan, la denominación de la misma, el plazo de realización, su importe, la partida presupuestaria correspondiente y, en su caso, las anualidades

en que se financie con sus respectivas cuantías, así como el Director designado para la actuación a realizar. […].

[…]»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

16 Los hechos que resultan de la resolución de remisión pueden resumirse como sigue.

17 El 23 de febrero de 1996, Asemfo presentó una denuncia contra Tragsa con el objeto de que se declarara que ésta abusaba de su posición dominante en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales, dado que no se seguían los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995. Según esta asociación, el estatuto particular de Tragsa permite que esta sociedad realice numerosas operaciones por encargo directo de la Administración, en contra de los principios de adjudicación de contratos públicos y de libre competencia, lo que elimina toda competencia en el mercado español. Asemfo entiende que Tragsa, en su condición de empresa pública en el sentido del Derecho comunitario, no puede recibir un trato privilegiado respecto a las normas de adjudicación de contratos públicos so pretexto de que se trata de un servicio técnico de la Administración.

18 Mediante acuerdo de la autoridad competente de 16 de octubre de 1997 se sobreseyó esta denuncia, al entenderse que Tragsa es un servicio propio de la Administración, que no tiene autonomía de decisión y que está obligada a realizar los trabajos que se le encomienden. Según dicho acuerdo, como esta sociedad actúa al margen del mercado, su actividad no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia.

19 Contra este acuerdo de sobreseimiento, Asemfo interpuso recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. Mediante resolución de 30 de marzo de 1998, dicho órgano desestimó este recurso, al considerar que las operaciones efectuadas por Tragsa son realizadas por la propia Administración y que, por ende, tan sólo podría haber vulneración del Derecho de la competencia en caso de que esta sociedad actuase de forma autónoma.

20 Contra esta resolución, Asemfo interpuso recurso ante la Audiencia Nacional, que, a su vez, confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia mediante sentencia de 26 de septiembre de 2001.

21 Asemfo recurrió en casación ante el Tribunal Supremo contra esta sentencia, alegando que Tragsa, en su calidad de empresa pública, no puede calificarse de servicio propio de la Administración, lo que le permitiría quedar exenta de la normativa en materia de contratación pública, y que el régimen jurídico de esta sociedad, definido en el artículo 88 de la Ley 66/1997, resulta incompatible con el Derecho comunitario.

22 Tras constatar que Tragsa constituye un medio a disposición de la Administración y que esta sociedad se limita a ejecutar las actuaciones que los poderes públicos le ordenan, sin que pueda negarse a actuar ni determinar los precios de su actuación, el Tribunal Supremo ha expresado ciertas dudas acerca de la compatibilidad del régimen jurídico de Tragsa con el Derecho comunitario, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicabilidad a las empresas públicas de las disposiciones de Derecho comunitario en materia de contratación pública y de libre competencia.

23 Además, después de recordar que, en su sentencia de 8 de mayo de 2003, España/Comisión (C-349/97, Rec. p. I-3851), el Tribunal de Justicia declaró respecto a Tragsa que esta sociedad ha de ser considerada como una forma de actuación directa de la propia Administración, el órgano jurisdiccional remitente precisa que, en el asunto del que conoce, concurren una serie de circunstancias de hecho que no se consideraron en la citada sentencia, tales como la fuerte participación pública en el mercado de obras de naturaleza agrícola, que entraña una importante distorsión del mismo, por mucho que la actuación de la referida sociedad sea formalmente ajena al mercado, en la medida en que, desde un punto de vista jurídico, es la propia Administración la que actúa.

24 En estas circunstancias, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) Si es admisible en los términos del artículo [86 CE, apartado 1,] que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto.

2) Si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las Directivas 93/36 […] y 93/37 […] y las Directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 [DO L 328, p. 1], y 2001/78/CE de la Comisión, [de 13 de septiembre de 2001 (DO L 285, p. 1], de modificación de las anteriores –normativa recientemente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, [sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114)]–.

3) Si las afirmaciones de la sentencia [España/Comisión] son aplicables en todo caso a Tragsa y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a Tragsa un alto número de obras que quedan

detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante.»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad

25 Tragsa, el Gobierno español y la Comisión de las Comunidades Europeas niegan que el Tribunal de Justicia sea competente para pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial y ponen en entredicho la admisibilidad de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, a cuyo efecto alegan varios argumentos.

26 En primer lugar, entienden que estas cuestiones sólo se refieren a la apreciación de medidas nacionales, por lo que el Tribunal de Justicia carece de competencia para examinarlas.

27 A continuación afirman que las referidas cuestiones son hipotéticas, ya que buscan una respuesta a problemas no pertinentes y ajenos a la solución del litigio principal. Si el único motivo pertinente invocado por Asemfo era la infracción de la normativa en materia de contratación pública, tal infracción no permite por sí sola afirmar que Tragsa abuse de una posición dominante en el mercado. Además, en su opinión, no parece que el Tribunal de Justicia pueda verse llamado a interpretar las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos en el marco de un procedimiento nacional destinado a verificar si dicha sociedad ha abusado de una supuesta posición dominante.

28 Por último, a juicio de estas partes, la resolución de remisión no contiene información alguna sobre el mercado pertinente ni sobre la supuesta posición dominante que Tragsa ocupa en él. Sostienen que tampoco expone un razonamiento detallado sobre la cuestión de la aplicabilidad del artículo 86 CE y no dice nada sobre la aplicación de este artículo en combinación con el artículo 82 CE.

29 Procede recordar en primer lugar que, según jurisprudencia reiterada, aunque no corresponde al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 234 CE, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario, ya que la interpretación de estas normas corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, el Tribunal de Justicia sigue siendo competente para proporcionar a estos órganos jurisdiccionales todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirles apreciar la compatibilidad de dichas normas con la normativa comunitaria (sentencia de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, Rec. p. I-0000, apartados 34 y 35 y jurisprudencia que allí se cita).

30 En segundo lugar, a tenor de una jurisprudencia asimismo reiterada, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales prevista en el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto pendiente ante él, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por tanto, cuando las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales versan sobre la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, en principio el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse (véanse, en particular, las sentencias de 1 de abril de 2004, Bellio F.lli, C-286/02, Rec. p. I-3465, apartado 27, y de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Rec. p. I-0000, apartados 16 y 17 y jurisprudencia que allí se cita).

31 En tercer lugar, se desprende de reiterada jurisprudencia que una petición presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ser rechazada cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax y Administración del Estado, C-238/05, Rec. p. I-0000, apartado 17 y jurisprudencia que allí se cita).

32 Además, el Tribunal de Justicia también ha declarado que la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho comunitario que sea útil para el juez nacional exige que éste defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los presupuestos fácticos en los que se basan tales cuestiones (sentencias de 9 de noviembre de 2006, Nemec, C-205/05, Rec. p. I-0000, apartado 25, y Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, antes citada, apartado 26 y jurisprudencia que allí se cita).

33 A este respecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es indispensable que el juez nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio (sentencias Nemec, antes citada, apartado 26, y de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros, C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-0000, apartado 38).

34 En el asunto principal, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse como tal sobre la compatibilidad del régimen jurídico de Tragsa con el Derecho comunitario, nada le impide proporcionar los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que permitirán que el

propio órgano jurisdiccional remitente se pronuncie sobre la compatibilidad del régimen jurídico de Tragsa con el Derecho comunitario.

35 En estas circunstancias, procede examinar si, a la luz de la jurisprudencia recordada en los apartados 31 a 33 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

36 En lo relativo a las cuestiones segunda y tercera, es preciso señalar que la resolución de remisión expone, de forma breve pero precisa, los hechos que dieron origen al litigio principal y las disposiciones pertinentes del Derecho nacional aplicable.

37 En efecto, de esta resolución resulta claramente que dicho litigio surgió a raíz de una denuncia presentada por Asemfo sobre el estatuto jurídico de Tragsa, ya que, según la demandante en el asunto principal, Tragsa podía realizar numerosas operaciones por encargo directo de la Administración, sin que se cumplieran las normas en materia de publicidad establecidas en las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos. En el marco de dicho procedimiento, Asemfo sostiene asimismo que Tragsa, en su condición de empresa pública, no puede recibir un trato privilegiado respecto a las normas de adjudicación de contratos públicos so pretexto de que se trata de un servicio técnico de la Administración.

38 Además, en el marco de las cuestiones segunda y tercera, la resolución de remisión, refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, explica, por una parte, las razones por las que el órgano jurisdiccional remitente solicita la interpretación de las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos y, por otra parte, la relación entre la normativa comunitaria pertinente y la legislación nacional aplicable en la materia.

39 En lo que se refiere a la primera cuestión, en la que se pregunta si el artículo 86 CE, apartado 1, se opone al régimen jurídico de Tragsa, procede recordar que, según dicho artículo, los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado CE, especialmente las previstas en los artículos 12 CE y 81 CE a 89 CE, ambos inclusive.

40 Del claro tenor del artículo 86 CE, apartado 1, resulta que esta disposición carece de alcance autónomo, en el sentido de que debe ser interpretada en relación con las normas pertinentes del Tratado.

41 De la resolución de remisión se desprende que la disposición pertinente contemplada por el órgano jurisdiccional remitente es el artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE.

42 A este respecto, procede señalar que la resolución de remisión no contiene indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, sobre la explotación abusiva de la misma por parte de Tragsa ni sobre la repercusión de dicha posición dominante en el comercio entre los Estados miembros.

43 Además, parece que, en su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente se refiere esencialmente a las operaciones susceptibles de ser calificadas de contratos públicos, premisa sobre la que, en cualquier caso, se solicita un pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el marco de la segunda cuestión.

44 Se deduce, pues, de las consideraciones expuestas que, contrariamente a lo que ocurre con las cuestiones segunda y tercera, el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ofrecer una respuesta útil a la primera cuestión.

45 En consecuencia, aunque procede declarar la inadmisibilidad de la primera cuestión, las otras dos cuestiones de la petición de decisión prejudicial son admisibles.

Sobre el fondo

Sobre la segunda cuestión

46 En su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia si las Directivas 93/36 y 93/37, en su versión modificada por las Directivas 97/52, 2001/78 y 2004/18, se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen previsto por tales Directivas.

47 Con carácter preliminar, procede observar que, a pesar de las referencias del órgano jurisdiccional remitente a las Directivas 97/52, 2001/78 y 2004/18, es preciso examinar esta segunda cuestión a la luz de las normas enunciadas en las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, a saber, las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, que son pertinentes en el caso de autos, habida cuenta tanto del contexto y de la fecha de los hechos del litigio principal como de la naturaleza de las actividades de Tragsa, precisada en el artículo 88, apartado 3, de la Ley 66/1997.

48 A este respecto, procede recordar que, según las definiciones del artículo 1, letra a), de las Directivas mencionadas en el apartado anterior, un contrato público de servicios, de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un prestador de servicios, un proveedor o un contratista y, por otra parte, un poder adjudicador de los contemplados en este mismo artículo 1, letra b), de dichas Directivas.

49 En el caso de autos, en primer lugar procede hacer constar que, a tenor del artículo 88, apartados 1 y 2, de la Ley 66/1997, Tragsa es una sociedad estatal en cuyo

capital social también pueden participar las Comunidades Autónomas. El apartado 4 del mismo artículo 88 y el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, del Real Decreto 371/1999 precisan que Tragsa es un medio propio instrumental y un servicio técnico de la Administración General del Estado y de la de cada Comunidad Autónoma interesada.

50 Por otra parte, como resulta de los artículos 3, apartados 2 a 5, y 4, apartados 1, 2 y 7, del Real Decreto 371/1999, Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones.

51 Por último, según el artículo 3, apartado 6, del referido Real Decreto, las relaciones de Tragsa con estos entes públicos no tienen naturaleza contractual, sino que son, a todos los efectos, de carácter interno, dependiente y subordinado, en la medida en que esta sociedad constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entes.

52 Asemfo sostiene que la relación jurídica derivada de los encargos que recibe Tragsa, aunque formalmente revista carácter unilateral, refleja en realidad, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un vínculo contractual indiscutible con la entidad que formula el encargo. A este respecto, se remite a la sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, Rec. p. I-5409). Por consiguiente, a su juicio, aunque Tragsa parezca actuar siguiendo las órdenes de las autoridades públicas, en realidad es un cocontratante de la Administración, de modo que debería aplicarse la normativa sobre adjudicación de contratos públicos.

53 A este respecto, es preciso recordar que, en el apartado 205 de la sentencia España/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró, en un contexto que no es el del asunto principal, que Tragsa, en cuanto medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas.

54 Procede observar que, si Tragsa no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, afirmación que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente, no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato.

55 En cualquier caso, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque el cocontratante sea

una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50; de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 49; de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartado 34, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 33).

56 Por consiguiente, procede examinar si en el caso de Tragsa se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado anterior.

57 En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37).

58 En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99 % del capital social de Tragsa pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1 % de dicho capital.

59 A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero.

60 En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.

61 Por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.

62 En cuanto al segundo requisito, conforme al cual Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 70).

63 En el asunto principal, como resulta de los autos, Tragsa realiza por término medio más del 55 % de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35 % con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan.

64 En estas circunstancias, procede considerar, a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que en el caso de autos se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado 55 de la presente sentencia.

65 Del conjunto de consideraciones expuestas resulta que procede responder a la segunda cuestión que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por tales Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

Sobre la tercera cuestión

66 Habida cuenta de la respuesta dada a la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, no procede responder a la tercera cuestión.

Costas

67 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

Firmas

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA
CVRIA
LUXEMBOURG
EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 18 de enero de 2007 *

«Contratos públicos – Directiva 93/37/CE – Adjudicación sin licitación – Convenio celebrado entre dos entidades adjudicadoras para la realización de un proyecto de ordenación – Conceptos de “contratos públicos de obras” y de “obra” – Método de cálculo del valor del contrato»

En el asunto C-220/05,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el tribunal administratif de Lyon (Francia), mediante resolución de 7 de abril de 2005, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de mayo de 2005, en el procedimiento entre

Jean Auroux y otros,

y

Commune de Roanne,

en el que participa:

Société d’équipement du département de la Loire (SEDL),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y los Sres. K. Lenaerts, E. Juhász (Ponente), J.N. Cunha Rodrigues y M. Ilešič, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 27 de abril de 2006;

* Lengua de procedimiento: francés.

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre del Sr. Auroux y otros, por Me J. Antoine, avocat;

– en nombre de la commune de Roanne, por Mes P. Petit y C. Xavier, avocats;

– en nombre del Gobierno francés, por los Sres. G. de Bergues y J.-C. Niollet, en calidad de agentes;

– en nombre del Gobierno lituano, por el Sr. D. Kriaučiūnas, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. T. Nowakowski, en calidad de agente;

– en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. X. Lewis, en calidad de agente;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 15 de junio de 2006;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación 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 (DO L 199, p. 54), en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 (DO L 328, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva»).

2 Dicha petición se ha presentado en el marco de un recurso por el que el Sr. Auroux y otros ocho recurrentes (en lo sucesivo, «partes recurrentes en el litigio principal») solicitan la anulación del acuerdo del ayuntamiento del municipio de Roanne, de 28 de octubre de 2002, que autoriza al alcalde a celebrar con la Société d'équipement du département de la Loire (en lo sucesivo, «SEDL») un contrato para la creación de un centro de ocio en la citada ciudad.

Marco jurídico

Derecho comunitario

3 A tenor del segundo considerando de la Directiva, «[...] la realización simultánea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras celebrados en los Estados miembros por cuenta del Estado, de los entes territoriales y de otros organismos de derecho público, lleva consigo, paralelamente a la eliminación de las restricciones, una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras».

4 Del sexto considerando de la Directiva resulta que los contratos de obras inferiores a 5 millones de euros pueden quedar fuera de la competencia tal y como queda organizada en la Directiva, sin que deban serles aplicadas las medidas de coordinación.

5 Conforme al décimo considerando de la Directiva, «el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos hace precisa una publicidad comunitaria de los anuncios de los contratos realizados por los poderes adjudicadores de los Estados miembros». El mismo considerando precisa que «las informaciones contenidas en dichos anuncios permitirán a los contratistas de la Comunidad apreciar si les interesan los contratos propuestos».

6 El artículo 1, letras a) a d), de la Directiva prevé:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) contratos públicos de obras: los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador;

b) poderes adjudicadores: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público.

[…]

c) obra: el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por si misma una función económica o técnica;

d) concesión de obras públicas: el contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a), con la salvedad de que la contrapartida de las

obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

7 Las «actividades contempladas en el Anexo II», mencionadas en al artículo 1, letra a), de la Directiva, son las actividades de construcción e ingeniería civil correspondientes a la clase 50 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas. Entre tales actividades figura expresamente la categoría relativa a la construcción de inmuebles.

8 El artículo 6 de la Directiva dispone:

«1. La presente Directiva se aplicará:

a) a los contratos públicos de obras cuyo valor sin el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior al equivalente en [euros] de 5 millones de derechos especiales de giro (DEG);

b) a los contratos públicos de obras a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, cuando su valor estimado, excluido el IVA, sea igual o superior a 5 millones de [euros].

[…]

3. Cuando una obra esté dividida en varios lotes, cada uno de los cuales sea objeto de un contrato, el valor de cada lote se tomará en cuenta para evaluar el importe indicado en el apartado 1. Cuando el valor acumulado de los lotes sea igual o superior al importe fijado en el apartado 1, las disposiciones de dicho apartado se aplicarán a todos los lotes. No obstante, los poderes adjudicadores podrán introducir excepciones en la aplicación del apartado 1 para aquellos lotes cuyo valor, sin IVA, sea inferior a 1.000.000 [de euros], siempre que el importe acumulado de los mismos no sea superior al 20 % del valor acumulado de todos los lotes.

4. No se podrá fraccionar ninguna obra ni contrato con objeto de sustraerse a la aplicación de la presente Directiva.

5. Para el cálculo del importe contemplado en el apartado 1, así como en el artículo 7, se tomará en consideración, además del importe de los contratos públicos de obras, el valor estimado de los suministros necesarios para la ejecución de las obras puest[os] a disposición del contratista por los poderes adjudicadores.

6. Los poderes adjudicadores velarán por que no exista discriminación entre los distintos contratistas.»

Derecho nacional

9 En la época en que se produjeron los hechos, el artículo L. 300-4 del Código de Urbanismo, en su versión modificada por el artículo 8 de la Ley nº 2000-1208, de 13 de diciembre de 2000 (JORF de 14 de diciembre de 2000, p. 19777), disponía:

«El Estado, las entidades locales y sus organismos autónomos pueden confiar el estudio y la ejecución de los proyectos de ordenación previstos en el presente libro a todo sujeto de Derecho público o privado que reúna las condiciones para ello.

En caso de celebrarse un acuerdo con un organismo autónomo, una sociedad mercantil local de capital mixto en el sentido de la Ley nº 83-597, de 7 de julio de 1983, o una sociedad mercantil de capital mixto participada en más de la mitad del capital por uno o varios de los siguientes sujetos de Derecho público: Estado, regiones, provincias, municipios o agrupaciones de los mismos, este acuerdo puede adoptar la forma de un convenio público de ordenación. En este caso, al organismo contratante puede serle encomendada la adquisición por vía de expropiación o de tanteo, así como la ejecución de todo tipo de proyectos y actos de ordenación y equipamiento que contribuyan a la medida global objeto del convenio público de ordenación.

A los organismos mencionados en el apartado anterior les puede ser encomendada, en el marco de un contrato de mandato, la realización de estudios preliminares necesarios para la determinación de las características del proyecto, quedando autorizados para celebrar contratos de estudios en nombre y por cuenta de la entidad o la agrupación de entidades.

Las disposiciones del capítulo IV del título II de la Ley nº 93-122, de 29 de enero de 1993, de prevención de la corrupción y transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos no serán aplicables a los convenios públicos de ordenación celebrados con arreglo al presente artículo.

El convenio público de ordenación podrá determinar las condiciones en las que el organismo contratante participe en los estudios relativos al proyecto y, en particular, en la revisión o la modificación del plan local de urbanismo.»

10 A resultas de la incoación por la Comisión de las Comunidades Europeas de un procedimiento por incumplimiento contra la República Francesa, el artículo L. 300-4 del Código de Urbanismo fue modificado por la Ley nº 2005-809, de 20 de julio de 2005, sobre concesiones de ordenación (JORF de 21 de julio de 2005, p. 11833); su tenor pasó a ser el siguiente:

«El Estado, los entes territoriales y sus organismos autónomos pueden encomendar a todo sujeto de Derecho que reúna las condiciones para ello la realización de las medidas de ordenación previstas en el presente libro.

En la adjudicación de las concesiones de ordenación, el concedente deberá observar las normas de publicidad necesarias para posibilitar la presentación de diferentes ofertas, en cumplimiento de los requisitos que se establezcan por decreto del Conseil d'État.

El concesionario asume el deber de inspección de las obras y equipamientos previstos en la concesión que contribuyan al cumplimiento del proyecto y garantiza la realización de los estudios y tareas que requiera su ejecución. El concesionario puede recibir del concedente el encargo de adquirir los bienes necesarios para la ejecución del proyecto, en su caso, por vía de expropiación o de tanteo. Llevará a cabo la venta, el alquiler o la concesión de los inmuebles situados en el interior del perímetro de la concesión.»

11 El artículo 11 de la mencionada Ley nº 2005-809 dispone:

«Sin perjuicio de resoluciones judiciales firmes, se declaran válidas, en la medida en que se discuta la conformidad a Derecho de la adjudicación por no haberse visto precedida de las medidas de publicidad necesarias para posibilitar la presentación de diferentes ofertas:

1° las concesiones de ordenación, los convenios públicos de ordenación y los convenios de ordenación que hayan sido suscritos antes de la publicación de esta Ley».

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

12 Mediante acuerdo de 28 de octubre de 2002, el ayuntamiento del municipio de Roanne autorizó al alcalde a celebrar con la SEDL un convenio para la creación de un centro de ocio (en lo sucesivo, «convenio»).

13 El convenio, celebrado el 25 de noviembre de 2002, prevé la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos. El primer tramo comprende la construcción de un centro multicines y de locales comerciales para su cesión a terceros, así como de instalaciones que habrán de revertir a la entidad adjudicataria (un aparcamiento, vías de acceso y espacios públicos). Los tramos posteriores, que implican la firma de nuevas cláusulas, consisten esencialmente en la construcción de otros locales comerciales o de servicios y de un hotel.

14 Conforme a la introducción del convenio, el municipio de Roanne pretende con esta operación revitalizar un sector urbano poco valorizado y favorecer el desarrollo del ocio y el turismo.

15 En virtud del artículo 2 del convenio, se atribuye a la SEDL, entre otras cosas, la función de proceder a adquisiciones inmobiliarias, convocar un concurso de arquitectura o ingeniería, encargar la realización de estudios, efectuar obras de construcción, elaborar y mantener actualizados determinados documentos

contables y de gestión, recabar fondos y prever medios eficaces para posibilitar la comercialización de las obras, así como garantizar de modo general la gestión y la coordinación del proyecto y la información del municipio.

16 Del artículo 10, párrafo segundo, del convenio se desprende que la adjudicación por la SEDL de las actividades de obra a terceros queda sometida a los principios de publicidad y competencia previstos en el Código de Contratación Pública, en virtud del artículo 48.1 de la Ley nº 93-122, de 29 de enero de 1993 (JORF de 30 de enero de 1993).

17 Conforme al balance provisional anexo al convenio, se prevé que el importe total de los ingresos ascienda a 10.227.103 euros en lo que se refiere al primer tramo de la operación y a 14.268.341 euros por lo que respecta a su totalidad. De esta última cifra la ciudad debe aportar un importe de 2.925.000 euros en contrapartida de la cesión del aparcamiento. Se estima, por otro lado, que la SEDL obtendrá 8.099.000 euros a cambio de la cesión de obras a terceros. Por último, se estipula que el municipio de Roanne contribuya a la financiación de las obras por un importe de 2.443.103 euros para el primer tramo y de 3.034.341 euros para la totalidad.

18 De los artículos 22 a 25 del convenio se desprende que, a su expiración, la SEDL ha de adoptar un balance final que deberá ser aprobado por el municipio de Roanne. El excedente que figure en este balance debe abonarse al municipio. Además, la totalidad de los terrenos y obras destinados a la cesión a terceros que no hayan sido aún revendidos pasará automáticamente a ser propiedad del municipio de Roanne. Éste se encargará también de la ejecución de los contratos vigentes, con exclusión de los laborales, y asumirá las deudas contraídas por la SEDL.

19 Mediante escrito presentado ante el tribunal administratif de Lyon el 11 de diciembre de 2002, las partes recurrentes en el litigio principal interpusieron un recurso por el que solicitaban la anulación del acuerdo del ayuntamiento de 28 de octubre de 2002. En dicho recurso, niegan la validez del citado acuerdo por lo que respecta tanto al Derecho nacional como al comunitario. En lo que atañe a este último, alegan que, conforme impone la Directiva, la celebración del convenio debería haber sido precedida de publicidad y de una licitación.

20 En este contexto, el tribunal administratif de Lyon decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1 de la Directiva […] un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización, con un fin de interés general, de un proyecto de ordenación, en el marco del cual la segunda entidad adjudicadora entrega a la primera obras

destinadas a satisfacer sus necesidades, cuando, al expirar dicho convenio, la primera entidad adjudicadora pase automáticamente a ser propietaria de los terrenos y las obras que no hayan sido enajenados a terceros?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, a los efectos de apreciar el umbral ya mencionado de 5 millones de [DEG] fijado por el artículo 6 de la misma Directiva, ¿procede tener en cuenta únicamente el precio pagado por la transmisión de las obras a la entidad adjudicadora, o bien la suma de dicho precio y de las participaciones satisfechas, aun si las mismas sólo se afectan parcialmente a la realización de las referidas obras, o bien, por último, la totalidad del importe de las obras, cuando los bienes no enajenados a la expiración del contrato pasen automáticamente a ser propiedad de la primera entidad adjudicadora, que continúa en tal supuesto la ejecución de los contratos vigentes y asume las deudas contraídas por la segunda entidad adjudicadora?

3) En caso de respuesta afirmativa a las dos primeras cuestiones, ¿está exenta la primera entidad adjudicadora, al celebrar dicho convenio, de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos previstos por la misma Directiva, en razón de que el citado convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas y de que esos mismos procedimientos serán aplicados por la segunda entidad adjudicadora para la celebración de sus contratos de obras?»

Admisibilidad de las cuestiones

21 Con carácter preliminar, el municipio de Roanne y el Gobierno francés sostienen la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

22 El municipio de Roanne afirma que, al adoptar la Ley nº 2005-809, el legislador francés validó retroactivamente los convenios de ordenación pública que habían sido celebrados sin publicidad ni licitación previas. Puesto que es obligación del órgano jurisdiccional remitente aplicar la ley francesa y considerar que ésta decreta la validez del convenio, la interpretación del Derecho comunitario que se solicita ya no es necesaria para la resolución del litigio principal.

23 El Gobierno francés alega que la petición de decisión prejudicial califica erróneamente el convenio controvertido de convenio de ordenación en el sentido del artículo L. 300-4 del Código de Urbanismo, en su redacción vigente en la época en que se produjeron los hechos. En su opinión, se trata únicamente de la construcción de obras. Por lo tanto, la cuestión de si un convenio celebrado para ejecutar un proyecto de ordenación constituye un contrato público de obras en el sentido de la Directiva es inadmisible, dado que carece de relación con el objeto y la realidad del litigio.

24 Resulta manifiesto que tanto el municipio de Roanne como el Gobierno francés basan su afirmación de que la petición de decisión prejudicial es inadmisible en consideraciones relativas a la interpretación del Derecho francés y a la calificación de los hechos que originaron el litigio principal a la luz de tal Derecho.

25 Según reiterada jurisprudencia, el procedimiento previsto en el artículo 234 CE se basa en una clara separación de las funciones de los órganos jurisdiccionales nacionales y del Tribunal de Justicia, conforme a la cual éste sólo es competente para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de los actos comunitarios contemplados en dicho artículo. En este contexto, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación de disposiciones nacionales ni juzgar si la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente hace de ellas es correcta (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de octubre de 1974, Demag, 27/74, Rec. p. 1037, apartado 8; de 16 de abril de 1991, Eurim-Pharm, C-347/89, Rec. p. I-1747, apartado 16, y de 12 de enero de 2006, Turn-und Sportunion Waldburg, C-246/04, Rec. p. I-589, apartado 20).

26 Asimismo, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, Rec. p. I-14527, apartado 74, y de 12 de abril de 2005, Keller, C-145/03, Rec. p. I-2529, apartado 33). Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.

27 De lo anterior resulta que los argumentos formulados por el municipio de Roanne y el Gobierno francés para demostrar la inadmisibilidad deben desestimarse, al tiempo que ha de tenerse por admisible la petición de decisión prejudicial.

Primera cuestión

28 En su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si el convenio constituye un contrato público de obras en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva.

29 Conforme a la definición que figura en dicha norma, los contratos públicos de obras son contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y una entidad adjudicadora definida en el artículo 1, letra b), de la Directiva, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras o de la obra resultante, tal como ésta se define en la Directiva, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora.

30 En sus observaciones escritas, el municipio de Roanne y los Gobiernos francés y polaco alegan que el convenio no responde a esta definición y, por lo tanto, no constituye un contrato público de obras en el sentido de la Directiva.

31 El municipio de Roanne afirma que la naturaleza de su objeto, que no se limita a la ejecución de obras, impide que el convenio, en tanto que convenio público de ordenación, pueda calificarse de contrato público de obras. Con arreglo al Derecho francés, los convenios de este tipo se adoptan para llevar a cabo un proyecto urbanístico en su conjunto o poner en práctica, en todos sus elementos, ciertas políticas urbanísticas, lo que incluye la preparación del proyecto, la gestión administrativa y jurídica, la adquisición de terrenos mediante expropiación y la tramitación de los procedimientos de adjudicación de los contratos.

32 En este orden de ideas, el Gobierno polaco subraya que, conforme al convenio, la SEDL se compromete a realizar un proyecto de inversión que comprende diversas tareas. Precisa, a este respecto, que la SEDL no es el contratista que ha de realizar las obras previstas en el contrato, puesto que no está obligado más que a preparar un contrato público de obras y efectuar su seguimiento. En opinión del Gobierno polaco, el elemento más importante del contrato se concreta en la acción de encargar las obras y supervisar su realización, lo que le lleva a calificar el convenio de «contrato público de servicios» en el sentido del artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1).

33 El Gobierno francés alega que la parte del centro de ocio que abarca la realización de obras destinadas a la venta a terceros no constituye un contrato público de obras en el sentido de la Directiva. En opinión del mismo Gobierno, precisamente porque está destinada a terceros, no puede considerarse que dicha parte responda a las necesidades del municipio. Añade que únicamente la construcción del aparcamiento por cuenta del municipio de Roanne podría, en principio, constituir un contrato público de obras. Sin embargo, esta construcción no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva, ya que no se cederá al municipio hasta que haya sido concluida, conforme a un procedimiento específico previsto por el Derecho francés con el nombre de «vente en l'état futur d'achèvement» (venta sobre plano), por lo que, en realidad, se trata de una simple adquisición inmobiliaria cuyo objeto no son tanto las obras como la venta de la obra por construir.

34 Los Gobiernos lituano y austriaco, así como la Comisión, estiman que el convenio constituye un contrato público de obras en el sentido del artículo 1 de la Directiva. En particular, la Comisión alega que, aun cuando el convenio prevea tareas constitutivas de prestaciones de servicios, su objeto principal es la realización de una obra que responde a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letras a) y c), de la Directiva.

35 Las alegaciones formuladas por el municipio de Roanne y por los Gobiernos francés y polaco no pueden ser acogidas.

36 Es cierto que, además de la ejecución de obras, el convenio confía a la SEDL tareas adicionales que, como se señala en algunas de las observaciones presentadas, son constitutivas de prestaciones de servicios. Sin embargo, en contra de lo que afirma el municipio de Roanne, de la simple inclusión en el convenio de elementos que van más allá de la mera ejecución de obras no se deriva que tal convenio quede excluido del ámbito de aplicación de la Directiva.

37 Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato público, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria de contratación pública debe en principio aplicarse (véase la sentencia de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, apartado 29).

38 En lo que atañe a la aplicación de esta jurisprudencia al presente caso, es necesario señalar que, en contra de lo que alega el Gobierno polaco en sus observaciones, las obligaciones de la SEDL no se limitan, a tenor del convenio, a la administración y a la organización de las obras, sino que abarcan también la ejecución de éstas. Además, según jurisprudencia reiterada, el artículo 1, letra a), de la Directiva no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda recibir la calificación de contratista de un contrato público de obras (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de abril de 1994, Ballast Nedam Groep, C-389/92, Rec. p. I-1289, apartado 13, y de 2 de diciembre de 1999, Holst Italia, C-176/98, Rec. p. I-8607, apartado 26). Por lo tanto, para determinar si el objeto principal del convenio es la ejecución de una obra, carece de relevancia el que la SEDL no ejecute directamente las obras, sino que las encargue a subcontratistas.

39 Ha de desestimarse la alegación del Gobierno francés de que, por las razones expuestas en el apartado 33, el objeto del convenio no puede considerarse la realización de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora, en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva.

40 En cuanto a la calificación jurídica que el Gobierno francés da al aparcamiento, procede declarar que la definición de un contrato público de obras es materia del Derecho comunitario. Dado que el artículo 1, letra a), de la Directiva no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, la calificación jurídica del contrato en Derecho francés no es pertinente para dilucidar si el convenio está o no incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva (véase, por analogía, la sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, Rec. p. I-8831, apartado 36).

41 Del artículo 1, letra c), de la Directiva se desprende que la existencia de una obra debe apreciarse a la luz de la función económica o técnica del resultado de las obras efectuadas (véase la sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/Italia, C-187/04 y C-188/04, no publicada en la Recopilación, apartado 26). Como se deriva claramente de varias disposiciones del convenio, el centro de ocio acogerá actividades comerciales y de servicios, de tal modo que debe considerarse que el convenio cumple una función económica.

42 Por otro lado, debe considerarse que la creación del centro de ocio responde a las necesidades especificadas por el municipio de Roanne en el convenio. Debe señalarse que, a este respecto, la obra contemplada en el convenio es el centro de ocio en todos sus elementos, que incluye la construcción de un centro multicines, de locales de servicios relacionados con el ocio, de un aparcamiento y, eventualmente, de un hotel. De diversas disposiciones del convenio resulta que, mediante la realización del centro de ocio en su conjunto, el municipio de Roanne pretende revalorizar y dinamizar el barrio de la estación.

43 En lo que atañe a los demás elementos comprendidos en la definición de «contratos públicos de obras» prevista en el artículo 1, letra a), de la Directiva, ha de señalarse, en primer lugar, que no se discute que el municipio de Roanne, en tanto que ente territorial, tiene la condición de «poder adjudicador» en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva ni que existe un contrato por escrito.

44 En segundo lugar, consta que la SEDL, como agente económico operativo en el mercado que se compromete a realizar las obras previstas en el convenio, debe calificarse de contratista a efectos de la Directiva. Como se ha recordado en el apartado 38 de la presente sentencia, carece de relevancia a este respecto el que la SEDL recurra a subcontratistas para el proyecto y ejecución de las obras (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 90).

45 Por último, es manifiesto que el convenio tiene naturaleza onerosa. El carácter oneroso de un contrato se refiere a la contraprestación que se ofrece al contratista por la realización de las obras previstas por la entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia Ordine degli Architetti y otros, antes citada, apartado 77). Conforme a lo dispuesto en el convenio, la SEDL recibe una cantidad del municipio de Roanne en contrapartida de la cesión del aparcamiento. El municipio se compromete también a participar en los gastos de todas las obras que deban realizarse. Por último, en virtud del convenio, la SEDL puede obtener ingresos de terceros en contrapartida de la cesión de las obras realizadas.

46 Del análisis del convenio se desprende que su objeto principal, como sostiene la Comisión, es la ejecución de un conjunto de obras que culminan con la realización de una obra –en concreto, un centro de ocio– en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva. Los elementos constitutivos de servicios que se prevén en el convenio, como la adquisición inmobiliaria, la recaudación de fondos, la

convocatoria de un concurso de arquitectura o de ingeniería y la comercialización de edificaciones forman parte de la concreción de dicha obra.

47 Habida cuenta de lo que precede, debe responderse a la primera cuestión que un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1, letra a), de la Directiva, con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.

Segunda cuestión

48 Mediante su segunda cuestión el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia cuáles son los criterios que han de seguirse para determinar el valor del contrato de que se trata, a efectos de considerar o no alcanzado el umbral previsto en el artículo 6 de la Directiva.

49 El órgano jurisdiccional remitente propone tres posibles bases de cálculo de este umbral. En primer lugar, el valor del contrato ha de determinarse únicamente sobre la base de los importes abonados por la entidad adjudicadora en contrapartida de las obras que se le transmitan. En segundo lugar, el valor del contrato está constituido por todos los importes abonados por la entidad adjudicadora, es decir, tanto la contraprestación satisfecha por las obras que le sean transmitidas como la participación económica abonada por la totalidad de las obras que deban realizarse. En tercer lugar, para determinar el valor del contrato ha de tenerse en cuenta el valor total de las obras, que comprende los importes abonados por la entidad adjudicadora y los recibidos de terceros en contrapartida de las obras realizadas por su cuenta.

50 Procede señalar que el artículo 6 de la Directiva prevé que las disposiciones de ésta se apliquen a los contratos públicos de obras cuyo valor alcance el umbral previsto en dicho artículo. Sin embargo, no prevé ninguna regla que limite los importes que deben tenerse en cuenta para la determinación del valor de un contrato a los procedentes de la entidad adjudicadora.

51 Por otro lado, deducir esta regla del mencionado artículo 6 supone vulnerar el espíritu y la finalidad de la Directiva.

52 Tal como se desprende de sus considerandos segundo y décimo, la Directiva pretende eliminar las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, con el fin de abrir tales mercados a una competencia efectiva (sentencia Ordine degli Architetti y otros, antes citada, apartado 52). El décimo considerando de la Directiva precisa que el desarrollo de esta competencia requiere una publicidad comunitaria de los anuncios de los contratos que incluya la suficiente información para que los

contratistas de la Comunidad Europea puedan apreciar si los contratos propuestos les interesan. A este respecto, con el umbral previsto en el artículo 6 de la Directiva se pretende garantizar que los contratos públicos que, por lo elevado de su valor, puedan suscitar participación intracomunitaria sean comunicados a los potenciales licitadores.

53 Puesto que el objetivo de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras previstos por la Directiva es precisamente garantizar a los potenciales licitadores establecidos en la Comunidad Europea el acceso a los contratos públicos que les interesan, su punto de vista es la base de la que hay que partir para determinar si el valor de un contrato alcanza o no el umbral fijado en el artículo 6 de la Directiva.

54 A este respecto, resulta manifiesto que si el valor de un contrato está constituido por ingresos que proceden a un tiempo de la entidad adjudicadora y de terceros, el interés de un licitador potencial en el contrato abarca su valor global.

55 Por el contrario, la tesis de que sólo deben tenerse en cuenta los importes abonados por la entidad adjudicadora para calcular el valor de un contrato a los efectos del artículo 6 de la Directiva supondría vulnerar la finalidad de ésta. De este modo, la entidad adjudicadora podría adjudicar un contrato con un valor global superior al umbral fijado en el mencionado artículo 6, que podría interesar a otros empresarios operativos en el mercado, sin aplicar los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva.

56 Por último, debe recordarse que, en virtud del artículo 3 de la Directiva, las concesiones de obras públicas están sometidas a las reglas de publicidad previstas en la Directiva en el caso de que se alcance el umbral que se fija en dicha disposición. Dado que una de las características esenciales de estas concesiones es que la contrapartida de las obras procede en todo o en parte de terceros, contravendría el objetivo y sistema subyacentes a la Directiva el que, en el marco de los contratos públicos de obras, se excluyeran los importes procedentes de terceros del cálculo del valor del contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva.

57 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la segunda cuestión que para determinar el valor de un contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva, debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que comprende no sólo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros.

Tercera cuestión

58 En su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si para celebrar un convenio como el controvertido en el litigio principal la entidad adjudicadora está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de

contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que, conforme al Derecho nacional, el citado convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas, que tienen también la condición de entidad adjudicadora y que están obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes.

59 Con carácter preliminar, debe señalarse que las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva son las que se mencionan expresamente en ella (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 43, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 45).

60 Ahora bien, la Directiva no contiene ninguna disposición comparable al artículo 6 de la Directiva 92/50, que excluye de su ámbito de aplicación los contratos públicos adjudicados, en determinadas condiciones, a entidades adjudicadoras (véanse las sentencias, antes citadas, Teckal, apartado 44, y Carbotermo y Consorzio Alisei, apartado 46).

61 Debe subrayarse que el artículo 11 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), prevé, en particular, una excepción para las entidades adjudicadoras que adquieran obras por medio de las centrales de compras definidas en el artículo 1, apartado 10, de la misma Directiva. Sin embargo, esta disposición no es aplicable *ratione temporis* a los hechos del litigio principal.

62 Por consiguiente, la entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que pretende celebrar el contrato en cuestión con una segunda entidad adjudicadora (véanse, por analogía, las sentencias Teckal, antes citada, apartado 51; de 7 de diciembre de 2000, ARGE, C-94/99, Rec. p. I-11037, apartado 40, y de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 47). Esta apreciación no afecta a la obligación que, por su parte, incumbe a esta última entidad adjudicadora de aplicar los procedimientos de licitación previstos en la Directiva (véase, por analogía, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 45).

63 Es cierto que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la licitación no es necesaria para los contratos celebrados entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de éste conforme a los cuales es preciso que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (véanse las sentencias Teckal, antes citada, apartado 50, y de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartados 38 y 39).

64 El hecho de que la SEDL sea una sociedad mercantil de capital mixto en la que se da participación privada excluye que pueda considerarse que el municipio de Roanne ejerce sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos distintos de los perseguidos por una autoridad pública (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartados 49 y 50). El razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, en relación con los contratos públicos de servicios se aplica también a los contratos públicos de obras.

65 Tanto de las observaciones efectuadas por el municipio de Roanne como de las presentadas por los Gobiernos francés y polaco se desprende que, en su opinión, el efecto útil de la Directiva queda preservado en los casos en que, como en el presente asunto, una segunda entidad adjudicadora debe aplicar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras previstos en la Directiva en todos los contratos subsiguientes. Para garantizar la competencia efectiva, carece de relevancia el que sea la primera entidad adjudicadora la que organice el procedimiento o una segunda.

66 En primer lugar, ha de recordarse que la Directiva no contiene disposiciones que permitan dejarla inaplicada en los contratos públicos de obras celebrados entre dos entidades adjudicadoras, aun suponiendo que la segunda entidad se vea obligada a subcontratar el valor total del contrato con sucesivos contratistas y a aplicar, a tal efecto, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos previstos en la Directiva.

67 Asimismo, el convenio no prevé, en el presente caso, que la SEDL esté obligada a subcontratar la totalidad del contrato inicial a sucesivos contratistas. Por otro lado, como ha señalado acertadamente la Abogado General en el punto 72 de sus conclusiones, cuando una segunda entidad adjudicadora recurre a subcontratistas, no es infrecuente que el objeto de cualquier contrato sucesivo sólo represente una parte del contrato global. De esta circunstancia puede derivarse que el valor de los contratos subsiguientes, celebrados por la segunda entidad adjudicadora, sea inferior al que figura en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva. De este modo, podría eludirse la aplicación de la Directiva mediante la celebración de una serie de contratos sucesivos.

68 Habida cuenta de lo que precede, procede responder a la tercera cuestión que la entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que, conforme al Derecho nacional, el convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas, que tienen también la condición de entidad adjudicadora y que están obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes.

Costas

69 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) Un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1, letra a), 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, con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser a propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.

2) Para determinar el valor de un contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52, debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que comprende no sólo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros.

3) La entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52, en razón de que, conforme al Derecho nacional, el convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas, que tienen también la condición de entidad adjudicadora y que están obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes.

Firmas

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA
CVRIA
LUXEMBOURG
EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 18 de diciembre de 2007 *

«Contratación pública – Liberalización de los servicios postales – Directivas 92/50/CEE y 97/67/CE − Artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE – Normativa nacional que permite que las Administraciones públicas celebren, al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, convenios relativos a la prestación de servicios postales, tanto reservados como no reservados, con una empresa pública, a saber, el proveedor del servicio postal universal en el Estado miembro de que se trate»

En el asunto C-220/06,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Audiencia Nacional, mediante resolución de 15 de marzo de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de mayo de 2006, en el procedimiento entre

Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia

y

Administración General del Estado,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. R. Schintgen, A. Borg Barthet, M. Ilešič y E. Levits, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretario: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

* Lengua de procedimiento: español.

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de junio de 2007;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, por la Sra. J.M. Piqueras Ruíz, abogado;

– en nombre del Gobierno español, por el Sr. F. Díez Moreno, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno belga, por la Sra. A. Hubert, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

– en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. X. Lewis y K. Simonsson, en calidad de agentes, asistidos por las Sras. C. Fernández e I. Moreno-Tapia Rivas, abogadas,

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 20 de septiembre de 2007;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 43 CE y 49 CE, en relación con el artículo 86 CE, en el contexto del proceso de liberalización de los servicios postales y a la luz de las normas comunitarias en materia de contratación pública.

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (en lo sucesivo, «Asociación Profesional») y la Administración General del Estado, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (en lo sucesivo, «Ministerio»), en relación con la decisión de este último de adjudicar los servicios postales, sin licitación pública previa, a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (en lo sucesivo, «Correos»), sociedad que es el proveedor del servicio postal universal en España.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

Directiva 97/67/CE

3 La Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio (DO 1998, L 15, p. 14), establece, en su artículo 1, normas comunes relativas, entre otros extremos, a la prestación de un servicio postal universal en el interior de la Comunidad Europea y a los criterios que delimitan los servicios que pueden forman parte del sector reservado a los proveedores del servicio universal.

4 En virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 97/67, los Estados miembros garantizarán a los usuarios el derecho a un servicio universal que corresponda a una oferta de servicios postales de calidad determinada prestados de forma permanente en todos los puntos del territorio a precios asequibles a todos los usuarios.

5 A tenor del artículo 3, apartado 4, de dicha Directiva:

«Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el servicio universal incluya por lo menos las siguientes prestaciones:

– la recogida, clasificación, transporte y distribución de los envíos postales de hasta 2 kg;

– la recogida, clasificación, transporte y distribución de los paquetes postales de hasta 10 kg;

– los servicios de envíos certificados y envíos con valor declarado.»

6 El artículo 7 de la misma Directiva, que figura en el capítulo 3 de ésta, titulado «Armonización de los servicios que pueden formar parte del sector reservado», dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

«1. En la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio universal, los servicios que los Estados miembros podrán reservar al proveedor o los proveedores del servicio universal serán la recogida, la clasificación, el transporte y la distribución de los envíos de correspondencia interna, tanto si se trata de distribución urgente como si no, cuyo precio sea inferior a cinco veces la tarifa pública de un envío de correspondencia de la primera escala de pesos de la categoría normalizada más rápida, cuando ésta exista, siempre que su peso sea inferior a 350 g. […]

2. En la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio universal, el correo transfronterizo y la publicidad directa podrán seguir formando parte del sector reservado, con las limitaciones de precios y pesos establecidas en el apartado 1.»

Directiva 92/50/CEE

7 Según el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001 (DO L 285, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 92/50»), se entenderá por «contratos públicos de servicios» los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los contratos enumerados en los incisos i) a ix) de dicha disposición.

8 A tenor del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, se entenderá por «entidad adjudicadora»: «el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes». La letra c) de ese mismo artículo define como «prestador de servicios» «toda persona física o jurídica, incluidos los organismos públicos, que ofrezca servicios».

9 El artículo 3, apartado 2, de la citada Directiva precisa que las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.

10 El artículo 6 de la Directiva 92/50 tiene la siguiente redacción:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado [CE]».

11 El artículo 7, apartado 1, letra a), segundo guión, inciso ii), de la Directiva 92/50, en relación con la categoría 4 del anexo I A de dicha Directiva, prevé que ésta se aplicará a los contratos públicos de servicios que tengan por objeto el transporte de correo por vía terrestre y aérea, adjudicados por las entidades adjudicadoras designadas en el artículo 1, letra b), de la misma Directiva que no sean las mencionadas en el anexo I de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), y cuyo valor estimado, excluido el impuesto sobre el valor añadido, iguale o sobrepase 200.000 DEG [derechos especiales de giro].

12 El artículo 7, apartado 5, de la Directiva 92/50 dispone lo siguiente:

«En el caso de que un contrato no especifique su precio total, su valor estimado se calculará tomando como base:

– cuando sean contratos de duración determinada, y siempre que ésta sea igual o inferior a cuarenta y ocho meses, el valor total del contrato durante ese período;

– cuando sean contratos de duración indeterminada o superior a cuarenta y ocho meses, un importe equivalente a 48 veces el valor mensual».

13 Con arreglo al artículo 8 de la Directiva 92/50, los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI de dicha Directiva, lo que implica, entre otras cosas, que deberán adjudicarse en virtud de un procedimiento de licitación y ser objeto de adecuada publicidad.

Normativa nacional

14 Según la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que tiene por objeto adaptar el Derecho interno español a la Directiva 97/67, los servicios postales son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Sólo tiene la consideración de servicio público o está sometido a obligaciones de servicio público el servicio postal universal. El artículo 18 de la citada Ley reserva, con carácter exclusivo, determinados servicios al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal.

15 El proveedor en España del mencionado servicio postal universal, a saber, Correos, es una sociedad anónima pública, cuyo capital es público en su integridad.

16 En virtud del artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en lo sucesivo, «Ley de Contratos de las Administraciones Públicas»), los contratos de las Administraciones públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la referida Ley, y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.

17 Del artículo 206, apartado 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas resulta que, en principio, la adjudicación de contratos para la prestación de servicios postales forma parte de los contratos públicos que regula dicha Ley.

18 No obstante, en virtud del artículo 3, apartado 1, letra d), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, quedan fueran del ámbito de aplicación de dicha Ley los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al

derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en dicha Ley o en normas administrativas especiales.

19 Según el análisis que el órgano jurisdiccional remitente ha efectuado sobre el marco jurídico en el que se inscribe el litigio del que conoce, los convenios de colaboración de este tipo se configuran como actos jurídicos que quedan al margen de las normas legales aplicables a los contratos públicos y, en consecuencia, los principios de concurrencia, publicidad y libre competencia, que caracterizan la contratación pública, no resultan aplicables a los referidos actos.

20 El artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (en lo sucesivo, «Ley 14/2000»), prevé que las Administraciones públicas podrán celebrar los convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con Correos, para la prestación de las actividades que corresponden a su objeto social.

21 Según los razonamientos jurídicos del órgano jurisdiccional remitente, habida cuenta del objeto social de Correos, tal como se define en el artículo 58 de la Ley 14/2000, la posibilidad de celebrar los convenios de colaboración de que se trata no se circunscribe a los servicios postales no liberalizados o reservados, sino que comprende la gestión y explotación de cualesquiera servicios postales, sin distinguir ni limitarse, por tanto, al servicio postal universal y dentro de éste a los reservados.

22 Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente indica que, en virtud del artículo 58 de la Ley 14/2000, la prestación de determinados servicios postales le viene impuesta a Correos con carácter obligatorio. En efecto, entre sus funciones destaca la asunción obligatoria de los servicios relacionados con su objeto social que puedan encargarle las Administraciones públicas. De este modo, faltaría la voluntad en la contratación para una de las partes.

Litigio principal y cuestión prejudicial

23 A resultas de un procedimiento negociado que se tramitó sin haberse convocado licitación pública previa, el Ministerio y Correos firmaron, el 6 de junio de 2002, un convenio de colaboración para la prestación de servicios postales y telegráficos (en lo sucesivo, «convenio de colaboración»).

24 El mencionado convenio de colaboración prevé la prestación por Correos, en beneficio del Ministerio, de los servicios postales y telegráficos relacionados con los siguientes objetos:

– Cartas (ordinarias, certificadas y urgentes), urbanas, interurbanas e internacionales, sin limitación de peso o volumen.

– Paquetes (postal, azul e internacional) sin limitación de peso o volumen.

– Postal exprés nacional y EMS («Express Mail Service») internacional, sin limitación de peso o volumen.

– Entrega de libros, correo bibliotecario, revistas y el Boletín Oficial del Ministerio a nivel nacional (urbana e interurbana) e internacional (por vía terrestre y aérea), sin limitación de peso o volumen.

25 La contraprestación económica de la prestación de servicios depende del volumen de facturación. Ante el órgano jurisdiccional remitente se estimó, sin que ello fuera objeto de controversia, que el importe anual de dicha contraprestación es superior a 12.020,42 euros.

26 El convenio de colaboración se celebró por tiempo indefinido y seguía vigente en la fecha de la resolución de remisión.

27 La Asociación Profesional interpuso recurso ante el Ministerio contra la resolución administrativa que, mediante el convenio de colaboración, había adjudicado servicios postales liberalizados sin licitación pública previa.

28 Mediante resolución de 20 de marzo de 2003, el Ministerio desestimó dicho recurso, basándose en que el procedimiento de adjudicación de los servicios postales que tramitó se fundaba en la existencia de un convenio de colaboración, convenio que queda fuera del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública y que, por este motivo, no está sujeto a los principios de publicidad y libre competencia.

29 A este respecto, el Ministerio consideró que no había celebrado ningún contrato con Correos, sino que esta entidad presta sus servicios en virtud de un convenio de colaboración celebrado con arreglo al artículo 3, apartado 1, letra d), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y al artículo 58, apartado 2, párrafo quinto, de la Ley 14/2000.

30 Contra esta resolución denegatoria del Ministerio de 20 de marzo, de 2003, la Asociación Profesional interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

31 Según este último Tribunal, la solución del litigio del que conoce depende de la interpretación del Derecho comunitario. En efecto, el Tribunal de Justicia podría entender que la utilización de los convenios de colaboración es incompatible con los principios de publicidad y libre concurrencia aplicables a la contratación administrativa, considerando, bien que tales convenios tan sólo pueden ser utilizados en el ámbito de los servicios postales reservados por la ley al proveedor del servicio universal, bien que son incompatibles con los referidos principios también en este ámbito. En el supuesto de tal constatación, habría que llegar a la conclusión del carácter ilegal de un convenio de colaboración como el

controvertido en el caso de autos, cuyo contenido sería nulo en su totalidad o sólo en lo que excediera de los servicios postales en relación con los cuales el Tribunal de Justicia considerase que es procedente la utilización de tal convenio de colaboración.

32 En tales circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Deben interpretarse los artículos 43 [CE] y 49 [CE], en relación con el artículo 86 [CE], en su aplicación en el marco de la liberalización de los servicios postales establecida por las Directivas [97/67] y 2002/38/CE y en el marco de los criterios rectores de la contratación pública que establecen las Directivas *"ad hoc"*, en el sentido de que no admiten un convenio cuyo objeto incluye la prestación de servicios postales, tanto reservados como no reservados y, por tanto, liberalizados, suscrito entre una sociedad estatal de capital íntegramente público que además es el operador habilitado para la prestación del servicio postal universal y un órgano de la Administración del Estado?»

Sobre la cuestión prejudicial

33 Con carácter liminar, procede hacer constar que, aun cuando el órgano jurisdiccional remitente menciona en el enunciado de su cuestión la Directiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad (DO L 176, p. 21), dicha Directiva no es aplicable al litigio principal. En efecto, con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la misma, el plazo concedido a los Estados miembros para adaptar sus ordenamientos jurídicos internos a la Directiva no finalizó hasta el 31 de diciembre de 2002.

Sobre la admisibilidad

34 El Gobierno español estima que la petición de decisión prejudicial es inadmisible en la medida en que, en realidad, se interroga al Tribunal de Justicia sobre la cuestión de si el convenio de colaboración resulta conforme con las Directivas sobre adjudicación de contratos públicos y liberalización de los servicios postales, cuestión que corresponde a la competencia del órgano jurisdiccional nacional.

35 Procede hacer constar, de entrada, que ni el tenor literal de la cuestión planteada ni los razonamientos jurídicos en que se fundamenta, tal como se exponen en la resolución de remisión, ponen de relieve que el órgano jurisdiccional remitente haya pedido al Tribunal de Justicia que resuelva él mismo la cuestión de determinar si el convenio de colaboración resulta conforme con el Derecho comunitario.

36 Por otra parte, procede recordar que, si bien el Tribunal de Justicia no es competente, en el marco del artículo 234 CE, para aplicar las normas del Derecho comunitario a un caso concreto ni para enjuiciar la compatibilidad de las disposiciones del Derecho nacional con esas normas, dicho Tribunal puede, no obstante, proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación del Derecho comunitario que pudieran ser útiles para la valoración de los efectos de las disposiciones del mismo (véase la sentencia de 9 de julio de 2002, Flightline, C-181/00, Rec. p. I-6139, apartado 20).

37 Por consiguiente, procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

Sobre el fondo

38 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales –tanto reservados como no reservados– a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro.

Los servicios postales reservados con arreglo a la Directiva 97/67

39 Con carácter liminar, procede recordar que el artículo 7 de la Directiva 97/67 autoriza a los Estados miembros a reservar determinados servicios postales al proveedor o proveedores del servicio postal universal, en la medida en que sea necesario para el mantenimiento de dicho servicio postal universal. Por consiguiente, siempre que se hayan reservado, de conformidad con la citada Directiva, servicios postales a un único proveedor del servicio postal universal, será inevitable que tales servicios queden al margen de la competencia, ya que ningún otro operador económico estará autorizado a prestarlos.

40 Por lo tanto, es preciso declarar que, en lo que atañe a tales servicios reservados, no resultan aplicables las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, cuyo objetivo principal es la libre circulación de las mercancías y de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 58).

41 Procede, pues, responder a la cuestión planteada que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales reservados, con arreglo a la Directiva 97/67, a una sociedad

anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro.

Los servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67

42 Determinar si la celebración de un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal debe atenerse a las normas comunitarias en materia de contratos públicos es una cuestión que tan sólo procede examinar en lo que atañe a los servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67.

– Directiva 92/50

43 En primer lugar, procede dilucidar si un convenio como el controvertido en el litigio principal estaba comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva pertinente en materia de contratos públicos de servicios postales en la fecha de los hechos del litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente, a saber, la Directiva 92/50.

44 La citada Directiva supedita la adjudicación de los contratos públicos a los que se aplica a la observancia de determinadas exigencias de procedimiento y de publicidad.

45 Según el propio tenor literal del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, un contrato público de servicios presupone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora en el sentido de la letra b) de ese mismo artículo 1.

46 Tal como el Abogado General señala en el punto 63 de sus conclusiones, procede admitir que el Ministerio es una entidad adjudicadora y Correos un prestador de servicios en el sentido de las disposiciones mencionadas en el apartado anterior. Por otro lado, consta en autos que el convenio de colaboración se celebró por escrito y a título oneroso.

47 No obstante, al haberse limitado el órgano jurisdiccional remitente a indicar que el importe anual de los servicios prestados en aplicación del referido convenio es superior a 12.020,42 euros, se suscita la cuestión de determinar si este importe alcanza el umbral de 200.000 DEG fijado en el artículo 7, apartado 1, letra a), segundo guión, inciso ii), de la Directiva 92/50, cuyo equivalente en la fecha de los hechos del litigio principal ascendía a 249.681 euros.

48 Incumbe al órgano jurisdiccional nacional verificar si, a la vista de las disposiciones nacionales que adaptaron el Derecho interno al artículo 7, apartado 5, segundo guión, de la Directiva 92/50, se ha alcanzado el umbral de 249.681 euros.

49 En el supuesto de que se haya alcanzado el referido umbral, se suscita la cuestión de determinar si el convenio de colaboración constituye efectivamente un contrato

en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50. En efecto, el Gobierno español considera que el citado convenio de colaboración no reviste carácter contractual sino instrumental, dado que Correos no tiene ninguna posibilidad de negarse a celebrar tal convenio, sino que debe aceptarlo obligatoriamente.

50 A este respecto, procede recordar que la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho comunitario, de modo que la calificación del convenio de colaboración en Derecho español no es pertinente para dilucidar si este último está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, Rec. p. I-8831, apartado 36, y de 18 de de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-0000, apartado 30).

51 Es verdad que, en el apartado 54 de la sentencia de 19 de abril de 2007, Asemfo (C-295/05, Rec. p. I-2999), el Tribunal de Justicia declaró que el requisito de aplicabilidad de las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos relativo a la existencia de un contrato no se cumple cuando la sociedad estatal controvertida en el asunto que dio lugar a aquella sentencia no dispone de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos de las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta, extremo que incumbía verificar al órgano jurisdiccional remitente.

52 Tal razonamiento debe entenderse, no obstante, en su contexto específico. En efecto, es el corolario de la constatación según la cual, en virtud de la legislación española, la citada sociedad estatal es un medio propio instrumental y un servicio técnico de la Administración General del Estado y de la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas interesadas, habiendo ya considerado el Tribunal de Justicia, en un contexto que no es el del asunto que dio lugar a la sentencia Asemfo, antes citada, que la sociedad en cuestión, en cuanto medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo los trabajos que le encarguen la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas (sentencia Asemfo, antes citada, apartados 49 y 53).

53 Ahora bien, Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal, tiene un cometido totalmente distinto, que implica en particular que su clientela está compuesta por cualquier persona interesada en utilizar el servicio postal universal. El mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades.

54 En efecto, tal situación no es necesariamente diferente de la que existe cuando un cliente privado quiere utilizar los servicios de Correos que forman parte del servicio postal universal, puesto que del propio cometido del proveedor de este

servicio se desprende que, en tal supuesto, también está obligado a prestar el servicio solicitado, y ello, en su caso, a tarifas fijas o, de todos modos, a tarifas transparentes y no discriminatorias. Pues bien, no cabe duda alguna de que tal relación debe calificarse de contractual. Tan sólo en el supuesto de que el convenio celebrado entre Correos y el Ministerio fuera en realidad un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de dicha sociedad –extremo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente–, podría llegarse a la conclusión de que no existe contrato alguno y de que, por consiguiente, no resulta aplicable la Directiva 92/50.

55 En el marco de tal verificación, el órgano jurisdiccional remitente habrá de examinar, entre otros extremos, si Correos dispone de la capacidad de negociar con el Ministerio el contenido concreto de los servicios que debe prestar y las tarifas aplicables a tales servicios, así como si dicha sociedad tiene, en lo que atañe a los servicios no reservados, la facultad de liberarse de las obligaciones derivadas del convenio de colaboración, observando el preaviso que dicho convenio establece.

56 Procede asimismo desestimar los restantes argumentos alegados por el Gobierno español para demostrar que un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal no está sujeto a las normas aplicables en materia de contratos públicos.

57 El Gobierno español sostiene concretamente que, en todo caso, el convenio de colaboración no puede estar sujeto a las normas que regulan los contratos públicos, dado que concurren los criterios «in house» establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

58 A este respecto, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es entidad adjudicadora debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50; Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49; Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 33, así como Asemfo, antes citada, apartado 55).

59 Sin que resulte necesario analizar con mayor detenimiento la cuestión de si se cumple el primero de los dos requisitos mencionados en el apartado anterior, basta con declarar que en el litigio principal no se cumple el segundo requisito. En efecto, consta que Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en

España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal.

60 El Gobierno español alega, no obstante, que las relaciones que vinculan a la Administración Pública con una sociedad titular de un derecho exclusivo son, por su propia naturaleza, relaciones de exclusiva, lo que supone un estadio superior al de «actividad esencial». Pues bien, añade dicho Gobierno, Correos es titular de un derecho exclusivo debido al hecho de que dicha sociedad está obligada, en virtud del artículo 58 de la Ley 14/2000, a prestar a las Administraciones públicas los servicios que constituyen su objeto social, objeto social que incluye tanto los servicios reservados como los no reservados.

61 A este respecto, es preciso declarar que, aun suponiendo que la referida obligación pudiera calificarse efectivamente de derecho exclusivo –extremo cuya apreciación incumbiría al órgano jurisdiccional remitente–, tal derecho no es idóneo para, en el marco del análisis que debe efectuarse en lo que atañe a los dos requisitos recordados en el apartado 58 de la presente sentencia, satisfacer la exigencia según la cual el proveedor de servicios de que se trate debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que lo controlan.

62 En efecto, esta última exigencia tiene por objeto, en particular, garantizar que la Directiva 92/50 siga siendo aplicable en el caso de que una empresa controlada por uno o varios de estos entes opere en el mercado y pueda competir, por tanto, con otras empresas (véase, por analogía, la sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 60). Pues bien, consta que Correos opera en el mercado postal español y que, salvo en lo que atañe a los servicios reservados con arreglo a la Directiva 97/67, compite en dicho mercado con otras empresas postales, cuyo número se eleva a unas 2.000 según las observaciones del Gobierno español.

63 Por consiguiente, procede concluir que un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal no cumple los requisitos recordados en el apartado 58 de la presente sentencia y no puede, por ello, quedar al margen de la aplicación de la Directiva 92/50.

64 No obstante, la existencia de un derecho exclusivo puede justificar la no aplicación de la Directiva 92/50, dado que, a tenor de su artículo 6, dicha Directiva «no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado».

65 Pues bien, sin que resulte necesario analizar si Correos cumple el primero de los tres requisitos enumerados en el citado artículo 6 –relativo a la condición de

entidad adjudicadora de dicha sociedad–, y aun suponiendo que ésta goce, en virtud del artículo 58 de la Ley 14/2000, del derecho exclusivo a proporcionar a las Administraciones públicas los servicios postales que constituyen su objeto social, basta con observar que, en cualquier caso, no se cumple el tercero de los mencionados requisitos, según el cual la disposición que atribuya el derecho exclusivo debe ser compatible con el Tratado.

66 En efecto, aun suponiendo que la disposición nacional de que se trata atribuya al proveedor nacional del servicio postal universal el derecho exclusivo a prestar a las Administraciones públicas los servicios postales no reservados con arreglo al artículo 7 de la Directiva 97/67 –servicios a los que se circunscribe el presente análisis–, dicha disposición nacional es incompatible con la finalidad de esta Directiva.

67 Según resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros no pueden ampliar según su voluntad los servicios reservados a los proveedores del servicio postal universal en virtud del artículo 7 de la Directiva 97/67, ya que tal ampliación sería contraria a la finalidad de dicha Directiva, que, en virtud de su octavo considerando, persigue establecer una liberalización progresiva y controlada en el sector postal (sentencia de 11 de marzo de 2004, Asempre y Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería, C-240/02, Rec. p. I-2461, apartado 24).

68 Esta constatación no sólo es valida para una reserva horizontal, es decir, para la reserva de un determinado servicio postal en cuanto tal, sino que, en aras de garantizar el efecto útil del artículo 7 de la Directiva 97/67, también lo es para la reserva vertical de un servicio de este tipo que consista, como en el asunto principal, en la prestación exclusiva de servicios postales a determinados clientes. En efecto, tal como indica la Comisión de las Comunidades Europeas, la aplicación de la normativa española controvertida en el litigio principal supondría que, en la práctica, todos los servicios postales que cualquier entidad pública española necesitara podrían ser potencialmente prestados por Correos, con exclusión de cualquier otro operador postal, lo que resultaría manifiestamente contrario a la finalidad de la citada Directiva.

69 Procede, pues, responder a la cuestión plantada que la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique

– alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y

– constituyan, con arreglo al artículo 1, letra a), de dicha Directiva, contratos celebrados por escrito y a título oneroso,

extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

– Las exigencias en materia de adjudicación de contratos públicos derivadas del Tratado

70 En la medida en que la normativa nacional controvertida en el litigio principal sea aplicable a convenios que no alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50, procederá examinar, en segundo lugar, si tal normativa se atiene a las exigencias en materia de adjudicación de contratos públicos derivadas del Tratado.

71 En efecto, pese a que determinados contratos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 32, y jurisprudencia que se cita).

72 Este criterio se aplica con mayor razón aún cuando se trata de contratos públicos de servicios cuyo valor no supera los umbrales fijados por la Directiva 92/50. El mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartado 19, y sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 33).

73 Entre las disposiciones del Tratado aplicables específicamente a los contratos públicos de servicios cuyo valor no alcanza los umbrales fijados por la Directiva 92/50 figuran los artículos 43 CE y 49 CE.

74 Además del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a tales contratos públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad (véanse, por analogía, las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 48, y de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 20).

75 Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública adjudicadora se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia los contratos de

prestación de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, por analogía, las sentencias Parking Brixen, apartado 49, y ANAV, apartado 21, antes citadas).

76 En principio, la falta total de licitación en la adjudicación de un contrato público de servicios como el que es objeto del caso de autos no responde a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (véanse, por analogía, las sentencias Parking Brixen, apartado 50, y ANAV, apartado 22, antes citadas).

77 Además, del artículo 86 CE, apartado 1, se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de contratos públicos de servicios sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (véanse, por analogía, las sentencias Parking Brixen, apartado 52, y ANAV, apartado 23, antes citadas).

78 Pues bien, es verdad que de la lectura conjunta de los apartados 1 y 2 del artículo 86 CE resulta que el apartado 2 de éste puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro, a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, de derechos especiales o exclusivos contrarios a las normas del Tratado, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios comerciales no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad (sentencia de 17 de mayo de 2001, TNT Traco, C-340/99, Rec. p. I-4109, apartado 52).

79 Ha de señalarse también que una empresa como Correos, a la que se ha encargado, con arreglo a la normativa de un Estado miembro, garantizar el servicio postal universal, constituye una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2 (véase, en este sentido, la sentencia TNT Traco, antes citada, apartado 53).

80 No obstante, aun suponiendo que la obligación de proporcionar a las Administraciones públicas los servicios que constituyen el objeto social de Correos –obligación impuesta a esta sociedad en virtud del artículo 58 de la Ley 14/2000– pudiera considerarse como un derecho exclusivo en beneficio de esta última, es preciso hacer constar que no puede invocarse el artículo 86 CE, apartado 2, para justificar una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que ésta se refiera a los servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67.

81 En efecto, tal como indicaba el Abogado General en el punto 99 de sus conclusiones, la Directiva 97/67 desarrolla el artículo 86 CE, apartado 2, en lo que atañe a la posibilidad de reservar determinados servicios postales al proveedor del

servicio postal universal. Pues bien, tal como se ha recordado en el apartado 67 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los Estados miembros no pueden ampliar según su voluntad los servicios reservados a los proveedores del servicio postal universal en virtud del artículo 7 de la Directiva 97/67, ya que tal ampliación sería contraria a la finalidad de dicha Directiva, que persigue establecer una liberalización progresiva y controlada en el sector postal.

82 En este contexto, procede recordar que, en el marco de la Directiva 97/67, se tiene en cuenta la cuestión de saber si reservar determinados servicios postales al proveedor del servicio postal universal es necesario para que dicho servicio postal universal pueda prestarse en condiciones económicamente aceptables (sentencia de 15 de noviembre de 2007, International Mail Spain, C-162/06, Rec. p. I-0000, apartado 50).

83 Por consiguiente, tratándose de los servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 –únicos servicios que son objeto del presente análisis–, el artículo 86 CE, apartado 2, no puede servir de fundamento para justificar el derecho exclusivo, en beneficio del proveedor del servicio postal universal, a prestar tales servicios a las Administraciones públicas.

84 No obstante, el Gobierno español alega que, debido a su carácter instrumental y no contractual, el convenio de colaboración no puede estar sujeto a las normas en materia de adjudicación de contratos públicos. Según dicho Gobierno, en efecto, Correos no tiene ninguna posibilidad de negarse a celebrar un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal, sino que debe aceptarlo obligatoriamente.

85 A este respecto, procede declarar que, tal como se ha indicado en el apartado 54 de la presente sentencia, tan sólo en el supuesto de que el convenio de colaboración fuera en realidad un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de dicha sociedad –extremo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente–, podría llegarse a la conclusión de que tal convenio no está sujeto a las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

86 En cuanto al argumento del Gobierno español según el cual el convenio de colaboración no puede estar sujeto a las normas que regulan los contratos públicos debido al hecho de que se trata de una situación «in house», cabe admitir que, en el ámbito de los contratos públicos de servicios, queda excluida la aplicación de las normas enunciadas en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales de los que constituyen expresión específica, si concurre el doble requisito de que el control ejercido por la Administración pública adjudicadora sobre la entidad en beneficio de la cual se ha producido la adjudicación sea análogo al que dicha Administración ejerce sobre sus propios servicios y de que dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con la

Administración que la controla (véase, por analogía, las sentencias Parking Brixen, apartado 62, y ANAV, apartado 24, antes citadas).

87 No obstante, tal como se ha declarado en el apartado 63 de la presente sentencia, un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal no cumple el segundo de los requisitos mencionados en el apartado anterior y no puede, por ello, quedar al margen de la aplicación de las normas enunciadas en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales de los que constituyen expresión específica.

88 Procede, pues, responder también a la cuestión planteada que tanto los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE como los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique

– no alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y

– no constituyan, en realidad, un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del servicio postal universal y que se aparte sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último,

extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

Costas

89 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales reservados, con arreglo a la Directiva 97/67/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro.

2) La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique

- **alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y**
- **constituyan, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, contratos celebrados por escrito y a título oneroso,**

extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

3) Tanto los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE como los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique

- **no alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, y**
- **no constituyan, en realidad, un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del**

servicio postal universal y que se aparte sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último,

extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

Firmas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
de 15 de mayo de 2003 *

«Incumplimiento de Estado ─ Directiva 89/665/CEE ─ Procedimientos de recurso en materia de contratos públicos ─ Adaptación del Derecho interno ─ Concepto de "entidad adjudicadora" ─ Organismo de Derecho público ─ Actos recurribles ─ Medidas provisionales»

En el asunto C-214/00,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. G. Valero Jordana, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Reino de España, representado por el Sr. S. Ortiz Vaamonde, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

que tiene por objeto que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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

* Lengua de procedimiento: español.

adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular:

- al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por todas las entidades adjudicadoras, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), incluidas las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público;

- al no permitir la interposición de recursos contra todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidos todos los actos de trámite, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público; y

- al no haber previsto la posibilidad de que se tomen todo tipo de medidas cautelares procedentes en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la suspensión de una decisión administrativa, eliminando para ello las dificultades y los obstáculos de cualquier tipo y en particular la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. R. Schintgen, en funciones de Presidente de la Sala Sexta, y el Sr. V. Skouris (Ponente), las Sras. F. Macken y N. Colneric y el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Léger;
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídos los informes orales de las partes en la vista celebrada el 14 de marzo de 2002;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 13 de junio de 2002;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 30 de mayo de 2000, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 226 CE, un recurso con objeto de que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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 (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva 89/665»), al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular:

— al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por todas las entidades adjudicadoras, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), incluidas las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público;

— al no permitir la interposición de recursos contra todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidos todos los actos de trámite, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público; y

— al no haber previsto la posibilidad de que se tomen todo tipo de medidas cautelares procedentes en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la suspensión de una decisión administrativa, eliminando para ello las dificultades y los obstáculos de cualquier tipo y en particular la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

2 De los considerandos primero y segundo de la Directiva 89/665 se desprende que los mecanismos que existían en la fecha de su adopción, tanto en el ámbito nacional como en el comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos y en particular de las Directivas 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9), y 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29), no permitían siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular en la fase en que las infracciones aún podían corregirse.

3 El tercer considerando de la Directiva 89/665 señala que «la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulta importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho».

4 Del quinto considerando de dicha Directiva resulta que, «dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar» y que «la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas».

5 El artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 establece lo siguiente:

«1. En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE [...], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado

contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. [...]»

6 A tenor del artículo 2, apartados 1, letra a), 3 y 4, de la Directiva 89/665:

«1. Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por [las entidades adjudicadoras];

[...]

3. Por sí mismos, los procedimientos de recurso no deberán tener necesariamente efectos suspensivos automáticos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a los que se refieran.

4. Los Estados miembros podrán determinar que el organismo responsable, al estudiar si procede adoptar medidas provisionales, pueda tener en cuenta las consecuencias probables de dichas medidas para todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general, y decidir no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas. La decisión de no conceder estas medidas provisionales no prejuzgará los demás derechos reivindicados por la persona que solicite tales medidas.»

7 La Directiva 71/305 y la Directiva 77/62 fueron derogadas, respectivamente, por la Directiva 93/37 y por la Directiva 93/36. Las referencias que hacen el primer considerando y el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 a las Directivas así derogadas deben entenderse hechas a las Directivas 93/37 y 93/36.

8 Conforme al artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, cuyo tenor es esencialmente idéntico al del artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37:

«[...] se entenderá por [...] *entidad adjudicadora:* el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

Se entenderá por *organismo de Derecho público* todo organismo:

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

— dotado de personalidad jurídica, y

— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

[...]»

9 El artículo 1, puntos 1 y 2, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), tiene el siguiente tenor:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) *poderes públicos:* el Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público, las asociaciones formadas por una o varias de dichas entidades o de dichos organismos de Derecho público.

Se considerará como organismo de Derecho público, cualquier organismo que:

— haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no [sean] de carácter industrial o comercial,

— tenga una personalidad jurídica propia, y

— esté financiado, mayoritariamente, por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público; o su gestión esté sujeta a un control por parte de estos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión más de la mitad de cuyos miembros son nombrados por el Estado, por las entidades territoriales o por otros organismos de Derecho público;

2) *empresas públicas:* aquéllas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

— tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o

— dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o

— puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa».

10 Los procedimientos de recurso iniciados contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en el marco de la Directiva 93/38 están regulados por la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 76, p. 14), cuyo cuarto considerando señala que la Directiva 89/665 se limita a los procedimientos de formalización de contratos dentro del ámbito de aplicación de las Directivas 71/305 y 77/62.

Normativa nacional

11 El ámbito de aplicación personal de la legislación española en materia de contratación pública está definido en el artículo 1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nº 119, de 19 de mayo de 1995, p. 14601; en lo sucesivo, «Ley 13/1995»), que incluye a todas las administraciones públicas territoriales, ya sea la administración del Estado o las administraciones autonómicas y locales. En su apartado 3, dicho artículo establece:

«Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

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

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

12 La disposición adicional sexta de la misma Ley, titulada «Principios de contratación en el sector público», tiene el siguiente tenor:

«Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.»

13 Debe señalarse que, posteriormente a la interposición del presente recurso, el Reino de España ha adoptado, mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas (BOE nº 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775), una nueva versión refundida de la Ley antes citada, que se limita, no obstante, a reunir y ordenar las disposiciones anteriores, sin modificar su contenido.

14 Por lo que se refiere a los recursos administrativos, el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su versión modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE nº 12, de 14 de enero de 1999, p. 1739; en lo sucesivo, «Ley 30/1992»), señala que pueden ser objeto de recurso directo «los actos de trámite, si [...] deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos».

15 Por lo que respecta al recurso contencioso-administrativo, el artículo 25, apartado 1, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE nº 167, de 14 de julio de 1998, p. 23516; en lo sucesivo, «Ley 29/1998»), se expresa en términos idénticos a los de la Ley 30/1992, al disponer:

«El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.»

16 El artículo 111 de la Ley 30/1992, titulado «Suspensión de la ejecución», establece lo siguiente:

«1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien competa resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho [...]

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. [...]

[...]»

17 De la exposición de motivos de la Ley 29/1998 se desprende que, «teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible» y que «la Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo».

18 Según el artículo 129, apartado 1, de la Ley 29/1998:

«Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.»

19 El artículo 136 de la misma Ley establece:

«1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. [...]

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.»

20 Es preciso añadir que los artículos 29 y 30 de la Ley 29/1998 se refieren, en primer lugar, a los casos en que la administración está obligada, en virtud de una disposición, de un contrato o de un acto, a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas; en segundo lugar, a los casos en que la administración no ejecuta sus actos firmes, y, en tercer lugar, a la vía de hecho.

Procedimiento administrativo previo

21 Mediante escrito de 18 de diciembre de 1991, el Gobierno español comunicó a la Comisión los textos legales vigentes en aquel momento que a su juicio constituían la adaptación del Derecho interno a la Directiva 89/665, a saber, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, la Ley de Procedimiento Administrativo de 18 de julio de 1958, la Ley de Contratos del Estado y la Constitución Española.

22 Con fecha de 21 de junio de 1994, los servicios de la Comisión transmitieron al

Representante Permanente de España ante la Unión Europea sus primeras observaciones sobre el contenido de las medidas nacionales de adaptación del Derecho interno.

23 La respuesta dada por las autoridades españolas el 13 de septiembre de 1994 fue considerada insuficiente por la Comisión, que, en consecuencia, remitió al Gobierno español, el 29 de mayo de 1996, un escrito de requerimiento en el que indicaba, en primer lugar, que el ámbito de aplicación de las medidas nacionales no coincidía con el de la Directiva 89/665; en segundo lugar, que según estas medidas los actos denominados «de trámite» sólo podían ser objeto de recurso directo en supuestos excepcionales, y, en tercer lugar, que las citadas medidas únicamente contemplaban la posibilidad de suspender la ejecución de un acto administrativo si se había interpuesto un recurso contra dicho acto.

24 En su respuesta de 9 de octubre de 1996, el Gobierno español alegó sobre el primer punto que la Ley 13/1995 contenía una transcripción literal del concepto de «organismo de Derecho público» contemplado en las Directivas 93/36, 93/37 y 92/50. Respecto a los otros dos puntos, recordó los casos en los que un acto de trámite puede ser objeto de recurso directo e insistió en la exigencia legal de que se interponga previamente un recurso para poder suspender la ejecución de un acto.

25 A raíz de una reunión que se celebró en octubre de 1997 entre las autoridades españolas competentes y los servicios de la Comisión, aquellas enviaron a la Comisión un nuevo escrito, con fecha de 30 de enero de 1998, en el que mantenían íntegramente las opiniones defendidas en su respuesta de 9 de octubre de 1996.

26 Durante una reunión que tuvo lugar en octubre de 1998 y en un escrito de 14 de enero de 1999, las autoridades españolas confirmaron su postura en relación tanto con el ámbito de aplicación como con las medidas provisionales. Por lo que respecta a la cuestión de los actos recurribles, remitían a la Ley 29/1998, que había modificado en parte el régimen aplicable a los actos de trámite.

27 Por último, el 2 de febrero de 1999, las autoridades españolas comunicaron oficialmente a la Comisión las Leyes 29/1998 y 4/1999. Tras analizar estos nuevos textos legales, la Comisión concluyó que el Reino de España no había puesto fin a los incumplimientos de la Directiva 89/665 y, el 25 de agosto de 1999, le remitió un dictamen motivado en el que lo instaba a que adoptase las medidas necesarias para atenerse a él en el plazo de dos meses desde su notificación.

28 El Gobierno español respondió a dicho dictamen motivado mediante escrito de 8 de noviembre de 1999, en el que refutaba el análisis realizado por la Comisión.

29 En tales circunstancias, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el fondo

Sobre la adaptación del Derecho interno en lo relativo al ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665

Alegaciones de las partes

30 La Comisión recuerda, con carácter preliminar, que, al adaptar su ordenamiento jurídico interno a las directivas comunitarias, los Estados miembros están obligados a respetar el sentido de los términos y conceptos empleados en éstas, con el fin de garantizar la uniformidad de la interpretación y la aplicación de los textos comunitarios en los distintos Estados miembros. Por consiguiente, las autoridades españolas están obligadas a dar a la expresión «organismo de Derecho público», empleada en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, el sentido que tiene en el Derecho comunitario.

31 A este respecto, la Comisión destaca que estas Directivas no hacen mención alguna al régimen, público o privado, con arreglo al cual se han constituido los organismos de Derecho público ni a la forma jurídica adoptada, sino que se interesan por otros criterios, entre los cuales se encuentra la finalidad para la que dichos organismos han sido creados. En particular, alega que la interpretación funcional del concepto de «entidad adjudicadora» y, por tanto, del de «organismo de Derecho público» adoptada en la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia implica que este último concepto engloba a las sociedades mercantiles bajo control público, a condición de que cumplan los requisitos previstos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas antes citadas y sin que la forma jurídica de las entidades de que se trate tenga relevancia.

32 Pues bien, la Comisión sostiene que, aunque el tenor del artículo 1 de la Ley 13/1995 reproduce de manera casi literal el de las disposiciones correspondientes de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, contiene, no obstante, una diferencia sustancial, ya que excluye del ámbito de aplicación de esta Ley a las entidades de Derecho privado. En efecto, la Ley 13/1995 añade un requisito previo relativo a la forma de constitución de las entidades, que no está previsto en la legislación comunitaria, a saber, que la entidad sea de Derecho público.

33 La Comisión considera que la exclusión que realiza el artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995 se ve confirmada por la disposición adicional sexta de dicha Ley, cuya única razón de ser reside, a su juicio, en el hecho de que, si no existiera esta disposición, los contratos a los que se refiere quedarían totalmente excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley.

34 La Comisión afirma que, al quedar fuera del ámbito de aplicación personal de la normativa española en materia de contratos públicos, las entidades de Derecho privado también quedan fuera del ámbito de aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por ende, del régimen de recursos en materia de contratación pública. A juicio de la Comisión, esta exclusión infringe las disposiciones de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 relativas a su ámbito de aplicación, así como las disposiciones de la Directiva 89/665, en la medida en que impide la aplicación de las garantías procesales previstas por ésta. La Comisión concluye de ello que el ordenamiento jurídico español no se ha adaptado correctamente a la Directiva 89/665, ya que no garantiza, para todo el ámbito de aplicación personal de dicha Directiva, los recursos previstos por ella.

35 El Gobierno español sostiene, con carácter principal, que esta imputación es manifiestamente infundada. Señala que, aunque la Comisión le imputa una infracción de la Directiva 89/665, no hace ninguna alusión a ésta sino al ámbito de aplicación personal de otras directivas, a saber, las directivas materiales relativas a la contratación pública. El Gobierno español deduce de lo anterior que lo que la Comisión impugna en realidad en el caso de autos es la adaptación del Derecho interno al artículo 1 de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y no una adaptación incorrecta a la Directiva 89/665, cuya infracción invoca.

36 En efecto, dicho Gobierno considera que, por una parte, la Directiva 89/665 no contiene normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por tanto, no define el ámbito de aplicación personal de las citadas normas de procedimiento que figuran en las Directivas 93/50, 93/36 y 93/37. Por otra parte, la referida Directiva entra en juego en una fase posterior, puesto que exige que los Estados miembros establezcan procedimientos de recurso eficaces y rápidos en caso de que se infrinjan las normas previstas en las directivas que regulan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. En consecuencia, según el Gobierno español, si el Tribunal de Justicia estimase este motivo, tendría que examinar en el caso de autos si fue correcta la adaptación del Derecho interno a la Directiva 89/665, cuando dicha Directiva ni siquiera regula la materia en la cual la Comisión afirma que la adaptación del Derecho interno fue incorrecta. En opinión del Gobierno español, la Comisión debiera haber iniciado un procedimiento separado para poder examinar si el Reino de España ha adaptado correctamente su ordenamiento jurídico a las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, que sí contienen elementos y normas concretas que delimitan su ámbito de aplicación personal.

37 Con carácter subsidiario, el Gobierno español alega que, en lo relativo al ámbito de aplicación personal de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, el Derecho interno se adaptó correctamente.

38 Este Gobierno destaca que la interpretación del concepto de «organismo de Derecho público» no es uniforme en los distintos Estados miembros y que, en consecuencia, no es posible dar una solución definitiva de carácter general. Por tanto, considera que, para determinar si un organismo cumple o no los requisitos para entrar en el ámbito de aplicación personal de las Directivas de que se trata, es necesario realizar un análisis detallado en cada caso concreto.

39 A este respecto, el Gobierno español señala, por una parte, que la expresión «organismo de Derecho público» empleada en las citadas Directivas se refiere a una entidad de Derecho público y que en el ordenamiento jurídico español las expresiones «entidad de Derecho público» y «organismo de Derecho público» se utilizan indistintamente.

40 Por otra parte, dicho Gobierno sostiene que, en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, el concepto de «organismo de Derecho público» no incluye a las sociedades mercantiles bajo control público y que el hecho de que la Directiva 93/38 diferencie este concepto, idéntico en las cuatro Directivas, del de «empresa pública», cuya definición se corresponde con la de «sociedad mercantil pública», demuestra que se trata de dos conceptos distintos.

41 Por otro lado, el Gobierno español estima que, para delimitar el concepto de «organismo de Derecho público», es necesario determinar previamente el carácter mercantil o industrial de la «necesidad de interés general» que se pretende satisfacer. En este contexto, destaca que, en el ordenamiento jurídico español, las sociedades mercantiles públicas persiguen en principio satisfacer necesidades de interés general, lo que explica que estén bajo control público. No obstante, dichas necesidades tienen carácter mercantil o industrial, pues en caso contrario no constituirían el objeto de una sociedad mercantil.

42 En efecto, según el Gobierno español, es difícil negar el carácter mercantil o industrial de las sociedades mercantiles o industriales o de las necesidades a las que responden, ya que tienen tal carácter desde todos los puntos de vista. A este respecto, dicho Gobierno hace referencia a su forma jurídica, que es de tipo privado, al régimen jurídico aplicable a sus actividades, que es el régimen mercantil, al hecho de que estas sociedades siempre tienen por objeto una actividad mercantil y a su finalidad, que gira en torno al ánimo de lucro, ajeno al interés general que persiguen las asociaciones, fundaciones y organismos de Derecho público, y que nunca trasciende los intereses privados de los socios.

43 En respuesta a las alegaciones del Gobierno español sobre el carácter manifiestamente infundado de su primera imputación, la Comisión señala que la propia Directiva 89/665 define, en su artículo 1, apartado 1, su ámbito de aplicación por referencia al de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. Añade que, para definir el ámbito de aplicación de la Directiva 89/665, el legislador comunitario podría haber reproducido en ésta las disposiciones necesarias de las otras tres Directivas. El hecho de que el legislador optase por utilizar otra técnica con el fin de no sobrecargar de manera inútil el contenido de la Directiva 89/665 no puede invocarse para impedir que el Tribunal de Justicia controle la adaptación del ordenamiento jurídico español a esta Directiva.

44 Por lo que se refiere a la supuesta distinción que realiza la Directiva 93/38 entre los conceptos de «organismo de Derecho público» y «empresa pública», la Comisión alega que dicha Directiva no explicita el concepto de organismo de Derecho público, definido del mismo modo en las cuatro Directivas de que se trata, sino que amplía el ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias sobre contratación pública a determinados sectores (agua, energía, transportes y telecomunicaciones) excluidos de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, con el fin de abarcar ciertas entidades que tienen una actividad importante en los citados sectores, a saber, las empresas públicas y las que tienen derechos exclusivos o especiales concedidos por las autoridades. Además, la Comisión considera necesario recordar que el concepto de empresa pública siempre ha sido distinto del de organismo de Derecho público, ya que los organismos de Derecho público se crean para satisfacer de manera específica necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, mientras que las empresas públicas actúan para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil.

45 Por último, por lo que se refiere a la alegación del Gobierno español relativa a la necesidad de realizar un análisis en cada caso concreto para determinar si un organismo cumple o no los requisitos de sujeción a las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, la Comisión sostiene que no se puede, como hace la normativa española, excluir *a priori* del ámbito de aplicación de la Directiva 89/665 a un grupo entero de organismos, a saber, las entidades de Derecho

privado que cumplen los tres requisitos enunciados en las citadas Directivas, aunque esta exclusión se examine de nuevo en cada caso concreto.

46 Por otro lado, la Comisión afirma que esta interpretación es conforme con el sistema de las disposiciones consideradas. A su juicio, si el legislador comunitario hubiera querido vincular la falta de carácter industrial o mercantil al régimen jurídico del organismo y no al interés que éste persigue, no habría incluido la mención «que no tengan carácter industrial o mercantil» en el guión correspondiente a las necesidades que se satisfacen sino en el renglón anterior, para calificar directamente al organismo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

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

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

49 A este respecto, procede recordar que, según se desprende de sus considerandos primero y segundo, la Directiva 89/665 pretende reforzar los mecanismos existentes, tanto en el ámbito nacional como en el comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas en materia de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de suministro y de obras, en particular en la fase en que las infracciones aún pueden corregirse. Para ello, el artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que las decisiones ilegales adoptadas por las entidades adjudicadoras en el marco de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

50 Dado que la Directiva 89/665 se aplica a los procedimientos de recurso iniciados contra las decisiones de las entidades adjudicadoras adoptadas en el marco de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, su ámbito de aplicación personal coincide necesariamente con el de dichas Directivas.

51 De ello se desprende que, para determinar si la normativa española adoptada para ejecutar el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 incorpora correctamente el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en este artículo, es necesario hacer referencia a la definición de dicho concepto y, de manera más particular, a la de «organismo de Derecho

público» utilizada, con unos términos esencialmente idénticos, en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

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

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

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

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

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

57 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, no cabe interpretar el concepto de

«organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665.

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

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

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

61 En tales circunstancias, debe acogerse la primera imputación de la Comisión.

Sobre la adaptación del Derecho interno en lo relativo al ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665

Alegaciones de las partes

62 La Comisión alega que el ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665 se redujo indebidamente, ya que las disposiciones españolas en materia de recursos, a saber, los artículos 107 de la Ley 30/1992 y 25, apartado 1, de la Ley 29/1998, excluyen la posibilidad de recurrir contra determinadas decisiones ilegales adoptadas por las entidades adjudicadoras. La Comisión afirma que, en particular, dichas disposiciones limitan la posibilidad de recurrir contra los actos de trámite, es decir, contra los actos administrativos que no ponen fin a un procedimiento administrativo. Pues bien, como confirmó el Tribunal de Justicia en su sentencia de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros (C-81/98, Rec. p. I-7671), esta Directiva no establece excepción alguna al respecto.

63 En apoyo de su alegación, la Comisión invoca los artículos 1, apartado 1, y 2, apartados 1, letra b), y 8, de la Directiva 89/665, de los que, según afirma, se desprende que cualquier medida presuntamente ilegal debe poder ser recurrida de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible.

64 La Comisión señala que la primera parte de la proposición («cualquier medida presuntamente ilegal») debe entenderse en el sentido de que se refiere a cualquier tipo de actos supuestamente ilegales y no sólo a los actos definitivos. Por otro lado, afirma que la segunda parte de la proposición («recurrida de manera eficaz y [...] lo más rápidamente posible») obliga a concluir que la posibilidad de recurrir contra los actos de trámite es una de las mejores técnicas para garantizar la eficacia y la rapidez de los recursos, ya que esperar a que se resuelva el procedimiento de adjudicación del contrato es la mejor manera de debilitar o incluso de destruir la eficacia y la rapidez de los recursos que exige la Directiva 89/665.

65 A título de ejemplo, la Comisión cita una sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1994, relativa a un procedimiento negociado, en la cual el órgano jurisdiccional español declaró que no cabía recurso contra la decisión de una entidad adjudicadora de pedir a las empresas que habían licitado que presentasen documentación adicional para regularizar su situación y que la regularidad de dicha decisión sólo podía cuestionarse en el marco del procedimiento de revisión del acto definitivo que pusiera fin al procedimiento negociado. La Comisión afirma que el hecho de calificar de acto de trámite la petición de que se presentase documentación daba lugar así a que la petición sólo pudiera ser impugnada si la empresa afectada se veía excluida del procedimiento por no haber presentado la documentación adicional reclamada. Pues bien, la Comisión considera que esta empresa, aunque no quedase excluida del citado procedimiento, podía encontrarse, no obstante, en una posición de debilidad respecto a las demás empresas licitadoras y que, por tanto, debía poder recurrir contra la petición de que presentase documentación complementaria.

66 El Gobierno español refuta esta imputación alegando que la Comisión no ha probado la existencia de un incumplimiento. En efecto, afirma que ésta se ha limitado a exigir que se suprima la distinción entre los actos definitivos y los actos de trámite, sin citar el menor ejemplo que acredite que esta distinción desvirtúa efectivamente la finalidad de la Directiva 89/665 y, por tanto, sin probar que la normativa española puede impedir que se alcance el objetivo de dicha Directiva.

67 El Gobierno español alega que la posición de la Comisión se basa en el desconocimiento del concepto de acto de trámite. Estima que, por definición, un acto de trámite no ocasiona un perjuicio al interesado sino que como mucho prepara una decisión definitiva que le será favorable o desfavorable. Así, el acto de trámite no implica una toma de posición sino que forma parte de un procedimiento iniciado con el fin de obtener una decisión. A este respecto, el Gobierno español explica que, si un acto con apariencia de acto de trámite implicase por sí mismo una toma de posición, dejaría de ser un acto de trámite propiamente dicho y sería recurrible.

68 Este Gobierno añade que las disposiciones de Derecho español relativas a la posibilidad de impugnar los actos de trámite que han sido citadas por la Comisión no son propias de la contratación pública, sino que se aplican a todos los procedimientos. Destaca que esta técnica, que persigue evitar que los procedimientos se vean paralizados por reclamaciones y recursos sucesivos interpuestos en la fase de los actos preparatorios que aún no afectan definitivamente a los derechos de los interesados, no sólo tiene gran arraigo en el

ordenamiento jurídico español, sino que además es común a todos los ordenamientos de los Estados miembros.

69 El Gobierno español destaca que, por lo demás, esta idea ha sido recogida en la propia jurisprudencia comunitaria, y hace especial referencia a la sentencia de 18 de marzo de 1997, Guérin automobiles/Comisión (C-282/95 P, Rec. p. I-1503). Afirma que el Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que el carácter preparatorio del acto recurrido es uno de los motivos de inadmisibilidad del recurso de anulación y que se trata de un motivo que dicho Tribunal puede examinar de oficio (sentencia de 14 de febrero de 1989, Bossi/Comisión, 346/87, Rec. p. 303).

70 Tomando como ejemplo las ayudas de Estado, el Gobierno español recuerda además que ni las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas de Estado ni el Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 83, p. 1), prevén de manera expresa que los actos de mero trámite que no producen ningún efecto definitivo para las partes interesadas no puedan ser objeto de un recurso separado. Sin embargo, en principio no procedería admitir ningún recurso contra la decisión de la Comisión de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, sin perjuicio de los motivos que puedan invocarse contra dicha decisión, que es un acto de trámite, cuando llegue el momento de recurrir contra la decisión final. Por tanto, el Gobierno español concluye que no existía ninguna razón para incluir en la Directiva 89/665 esta distinción elemental que permite funcionar a todos los sistemas de recursos administrativos o jurisdiccionales.

71 Por otra parte, dicho Gobierno estima que la Comisión tampoco ha aportado ninguna razón que justifique que los criterios aplicados por el Tribunal Supremo en la sentencia que cita son contrarios al objetivo de la Directiva 89/665. Afirma que en la referida sentencia el Tribunal Supremo explicó que la petición de que se presentase documentación complementaria era un acto de trámite, puesto que no ponía fin a la licitación sino que era un simple acto previo a la decisión de adjudicación. El Gobierno español precisa además que la adjudicación final del contrato fue impugnada porque la empresa adjudicataria no había presentado la documentación exigida por la administración. Pues bien, a juicio de ésta, la documentación que faltaba no era fundamental y su ausencia era un vicio subsanable. Este Gobierno añade que, en un procedimiento negociado, que no es público y no contiene una fase de exclusión, el acto definitivo de adjudicación es el único relevante a efectos de un eventual recurso, debido a la propia naturaleza del procedimiento, y que en consecuencia no procede distinguir entre los actos de trámite y los actos definitivos.

72 La Comisión replica que la alegación del Gobierno español según la cual la imposibilidad de recurrir contra los actos de trámite es una técnica profundamente arraigada en el ordenamiento jurídico español y común a todos los ordenamientos de los Estados miembros es improcedente en la medida en que pretende interpretar los términos de una directiva utilizando los Derechos nacionales. Pues bien, afirma que el ámbito de aplicación material de los recursos contemplados en la Directiva 89/665 está determinado por la propia Directiva y no por disposiciones nacionales. En caso contrario, dicha Directiva no se aplicaría de manera uniforme en los distintos Estados miembros, lo que podría privar de efecto a la armonización perseguida en el ámbito comunitario.

73 Por lo que se refiere a las alegaciones del Gobierno español basadas en la jurisprudencia comunitaria relativa a la impugnación de las decisiones adoptadas por la Comisión en el ámbito del Derecho de la competencia y de las ayudas de Estado, ésta destaca que se trata de sentencias y de disposiciones que no guardan relación con la Directiva 89/665 y que, por consiguiente, no pueden ser utilizadas para justificar la conformidad del ordenamiento jurídico español con dicha Directiva. A este respecto, la Comisión subraya el hecho de que un ordenamiento jurídico contiene una pluralidad de normas que resuelven de manera distinta los problemas planteados según el sector que regulan y que la unidad del ordenamiento jurídico no puede dar lugar a su uniformidad ni a que la voluntad del intérprete suplante a la del legislador.

Apreciación del Tribunal de Justicia

74 Con carácter preliminar, procede recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 30/1992 y en el artículo 25, apartado 1, de la Ley 29/1998, los actos de trámite sólo pueden ser objeto de recursos administrativos y de recursos contencioso-administrativos si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión o un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

75 Ha quedado acreditado que estas disposiciones tienen la consecuencia de excluir los actos de trámite del ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665, salvo que cumplan alguno de los requisitos citados.

76 Dado que la Directiva 89/665 no define de manera expresa el alcance del concepto de «decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras» que figura en su artículo 1, apartado 1, la cuestión de si los actos de trámite que no cumplen ninguno de los requisitos mencionados constituyen decisiones en relación con las cuales los Estados miembros deben garantizar la existencia de recursos a efectos de la referida Directiva debe examinarse a la luz de la finalidad de ésta y cuidando de que no se desvirtúe su efecto útil.

77 A este respecto, es necesario recordar que, con arreglo a su sexto considerando y a su artículo 1, apartado 1, la Directiva 89/665 pretende garantizar que en todos los Estados miembros existan procedimientos adecuados que permitan la anulación de las decisiones de las entidades adjudicadoras que infrinjan el Derecho comunitario relativo a la contratación pública o las normas nacionales que adapten el ordenamiento jurídico interno a dicho Derecho, así como la indemnización de las personas perjudicadas por tal infracción.

78 Según se desprende del artículo 1, apartados 1 y 3, de dicha Directiva, los procedimientos de recurso a que ésta se refiere deben ser, por una parte, eficaces y lo más rápidos posible y, por otra, accesibles a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

79 A este respecto, procede señalar por un lado que, como se ha recordado en el apartado 74

de la presente sentencia, la normativa española garantiza a los interesados la posibilidad de recurrir no sólo contra los actos definitivos sino también contra los actos de trámite, siempre que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o que produzcan indefensión o un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

80 Por otro lado, la Comisión no ha acreditado que esta normativa no garantice una tutela judicial adecuada de los particulares perjudicados por infracciones de las normas pertinentes del Derecho comunitario o de las normas nacionales que adapten el ordenamiento jurídico interno a dicho Derecho.

81 Resulta de lo anterior que debe desestimarse la segunda imputación de la Comisión.

Sobre la adaptación del Derecho interno al régimen de medidas provisionales previsto por la Directiva 89/665

Alegaciones de las partes

82 La Comisión alega que las disposiciones nacionales que adaptan el Derecho interno español al artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665, a saber, los artículos 111 de la Ley 30/1992 y 129 a 136 de la Ley 29/1998, no garantizan la existencia de un procedimiento de urgencia, independiente de la interposición de un recurso, que tenga por objeto suspender el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos o la ejecución de cualquier decisión adoptada por las entidades adjudicadoras.

83 De manera más particular, la Comisión señala que, salvo en el caso excepcional del artículo 136, apartado 2, de la Ley 29/1998, la normativa española no establece ninguna posibilidad de adoptar medidas provisionales si no existe un recurso en cuanto al fondo. Pues bien, la Comisión afirma que del apartado 11 de la sentencia de 19 de septiembre de 1996, Comisión/Grecia (C-236/95, Rec. p. I-4459), se desprende que todas las medidas provisionales deben poder adoptarse independientemente de cualquier acción previa.

84 Por lo demás, la Comisión destaca, por una parte, que la única medida cautelar que puede adoptarse en los recursos administrativos es la suspensión de la ejecución. Por otra parte, en los recursos contencioso-administrativos, el juez de medidas provisionales tiene tendencia a no adoptar ninguna medida distinta de la suspensión de la ejecución. La Comisión explica que, según resulta de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, las medidas cautelares no pueden referirse al fondo del asunto porque no deben anticipar el resultado del litigio principal. Pues bien, la Comisión considera que este principio de neutralidad de las medidas cautelares en relación con el fondo del litigio principal provoca que, al contrario de lo que exige el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665, el juez de medidas provisionales no pueda adoptar todas las medidas necesarias para corregir una infracción.

85 El Gobierno español no discute que tanto las normas del procedimiento administrativo como las del recurso contencioso-administrativo dan lugar a que la adopción de una medida provisional esté supeditada a la interposición previa de un recurso y no pueda en

ningún caso solicitarse de manera autónoma.

86 En efecto, por lo que se refiere al artículo 136 de la Ley 29/1998, el Gobierno español precisa que, si bien en los supuestos en él contemplados las medidas cautelares pueden solicitarse y acordarse antes de la interposición del recurso, esta disposición no implica que dichas medidas sean independientes de éste, ya que el interesado debe necesariamente interponer el recurso contra el acto que considera ilegal en el plazo de diez días a partir de que se le notifique la resolución que acuerde las medidas solicitadas. Deberá entonces solicitar la ratificación de dichas medidas y, en el caso de que no interponga recurso en plazo, éstas quedarán automáticamente sin efecto.

87 Por lo que respecta a la suspensión en vía judicial, el Gobierno español destaca que el proceso contencioso-administrativo no se inicia mediante demanda sino mediante un simple escrito que debe citar el acto impugnado o denunciar la inactividad de la administración y en el cual el interesado puede pedir la suspensión de la ejecución del acto impugnado, sin necesidad de redactar la demanda. El Gobierno español explica que, una vez interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional reclama a la administración el expediente administrativo y sólo después de que éste sea entregado al recurrente empieza a contar el plazo para formalizar la demanda y formular los motivos de su recurso.

88 En cuanto al hecho de que no exista una posibilidad como ésta en la normativa que regula la suspensión en vía administrativa, el Gobierno español alega que es totalmente excepcional que resulte necesario interponer un recurso administrativo en materia de contratación pública y que, en el supuesto improbable de que sea preciso agotar los recursos administrativos, el plazo previsto en el artículo 111, apartado 3, de la Ley 30/1992 es brevísimo. En efecto, estima que esta disposición contiene un régimen particularmente avanzado al respecto, ya que establece que, si la autoridad administrativa no ha dictado resolución expresa sobre la solicitud de suspensión en el plazo de treinta días, la suspensión se entenderá concedida.

89 Por lo que se refiere a la justificación de la obligación de interponer recurso contra el acto cuya ilegalidad dio lugar a la solicitud de suspensión, el Gobierno español señala que las medidas provisionales contempladas en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665 se denominan «provisionales» precisamente porque pretenden garantizar los resultados de un litigio creando una situación transitoria hasta que éste se resuelva y que dicha Directiva parte siempre de la hipótesis de que las medidas provisionales son solicitadas por la persona que impugna la validez del acto. Dicho Gobierno afirma que se deduce de ello que no tiene sentido reclamar para las medidas provisionales la independencia absoluta que exige la Comisión puesto que, por definición, cualquier medida provisional es una medida accesoria.

90 Por otra parte, dado que los recursos contencioso-administrativos se interponen por medio de un simple escrito, sería inconcebible, en opinión del Gobierno español, que, en una interpretación finalista de la Directiva 89/665, una forma de interposición de los recursos como ésta pueda considerarse una traba o un obstáculo, ya que el interesado puede solicitar y obtener la medida cautelar que desee antes de concretar los motivos del recurso que presenta contra el acto que estima ilegal.

91 El Gobierno español invoca asimismo los artículos 242 CE y 243 CE y el artículo 83 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de los que se desprende, a su juicio, que en el ordenamiento jurídico comunitario la solicitud de medidas provisionales no constituye una vía de recurso autónoma, sino más bien una solicitud accesoria del recurso de anulación.

92 Por lo que respecta a la conclusión que extrae la Comisión de la sentencia Comisión/Grecia, antes citada, el Gobierno español considera que, si la declaración aislada del Tribunal de Justicia contenida en el apartado 11 de esta sentencia tuviera la consecuencia que la Comisión le atribuye, la Directiva 89/665 exigiría que el juez pudiera adoptar medidas provisionales sin que nadie se lo hubiera pedido. Sostiene además que, aunque la palabra «acción» utilizada por el Tribunal de Justicia lo fuera en el sentido técnico de acción procesal, ello no significa que dicha sentencia confirme la alegación de la Comisión. En efecto, dicho Gobierno afirma que las medidas autónomas exigidas por ésta implican también el ejercicio de una acción ante un órgano jurisdiccional. En cualquier caso, el Gobierno español observa que en la referida sentencia el Tribunal de Justicia no tuvo que pronunciarse sobre el fondo del incumplimiento imputado, dado que el Estado demandado había reconocido que no había adaptado su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Directiva 89/665 en el plazo establecido por el dictamen motivado.

93 En cuanto a la posibilidad de que se adopten medidas positivas, el Gobierno español señala que, según se desprende de la exposición de motivos y del artículo 129 de la Ley 29/1998, esta Ley introdujo la posibilidad de solicitar y obtener cualquier medida cautelar, incluso medidas positivas, y que corresponde al juez que conoce del asunto determinar cuáles se imponen en función de las circunstancias. A este respecto, añade que el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a obtener medidas cautelares forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Más particularmente, en una sentencia de 29 de abril de 1993 que se refería a una orden impugnada porque establecía unos servicios mínimos más amplios de lo necesario, dicho Tribunal declaró que el artículo 24 de la Constitución Española, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, permite al juez adoptar la medida cautelar consistente en dar nueva redacción a una orden dictada para asegurar servicios mínimos en caso de huelga general.

94 Por último, el Gobierno español explica que no comprende la alegación de la Comisión según la cual la obligación de impugnar en cuanto al fondo la legalidad de un acto de la entidad adjudicadora simultáneamente a la presentación de la solicitud de medidas cautelares priva de eficacia al sistema, ya que, a su juicio, cualquier solicitud de medidas cautelares implica un examen del fondo del asunto, aunque se limite a una apreciación *prima facie* del problema.

Apreciación del Tribunal de Justicia

95 Ha quedado acreditado que, a excepción de los supuestos contemplados en el artículo 136, apartado 2, de la Ley 29/1998, la normativa española supedita la solicitud de medidas provisionales a la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo.

96 Para comprobar la conformidad de dicha normativa con la Directiva 89/665, es necesario recordar, con carácter preliminar, que, según se desprende del quinto considerando de dicha Directiva, la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos requiere un tratamiento urgente de las infracciones de las normas relevantes del Derecho comunitario, o de las normas nacionales que adaptan el ordenamiento jurídico interno al citado Derecho, de que adolezcan estos procedimientos.

97 Con tal fin, el artículo 2, apartado 1, letra a), de esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de habilitar a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso para que adopten, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por las entidades adjudicadoras.

98 En la sentencia Comisión/Grecia, antes citada, que versaba sobre la conformidad con la Directiva 89/665 de una normativa nacional que, por una parte, limitaba la tutela judicial provisional a los procedimientos de suspensión de la ejecución de un acto administrativo y, por otra parte, supeditaba la medida de suspensión a la interposición de un recurso de anulación contra el acto impugnado, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de precisar el alcance de las obligaciones derivadas al respecto de la citada Directiva. En particular, declaró que, en virtud del artículo 2 de esta Directiva, los Estados miembros están obligados, más en general, a conferir a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso la facultad de adoptar, independientemente de cualquier acción previa, todas las medidas provisionales, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión (sentencia Comisión/Grecia, antes citada, apartado 11).

99 A este respecto, procede señalar que, si bien la normativa española establece la posibilidad de que se adopten medidas cautelares de carácter positivo, no cabe considerar que constituya un sistema de tutela judicial provisional adecuado para corregir de manera eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras, dado que exige por regla general la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo como condición para la adopción de una medida provisional contra una decisión de la entidad adjudicadora.

100 Esta apreciación no queda desvirtuada por el hecho de que, en el marco de la suspensión en vía judicial, el recurso pueda interponerse mediante un simple escrito y que la demanda pueda formalizarse posteriormente a la solicitud de la medida cautelar, dado que la exigencia de que se cumpla previamente una formalidad de este tipo tampoco puede considerarse compatible con las prescripciones de la Directiva 89/665, tal como fueron precisadas en la sentencia Comisión/Grecia, antes citada.

101 Se desprende de ello que debe acogerse la tercera imputación de la Comisión.

102 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede declarar que el Reino de España

ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/665, al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular:

– al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; y

– al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

103 Procede desestimar el recurso en todo lo demás.

Costas

104 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. En virtud del artículo 69, apartado 3, de dicho Reglamento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas. Dado que se ha desestimado una de las pretensiones de la Comisión, procede condenar a ésta a abonar un tercio de las costas y al Reino de España a abonar dos tercios de las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)

decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al no

haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular:

- **al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; y**

- **al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.**

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Condenar a la Comisión de las Comunidades Europeas a cargar con un tercio de las costas y al Reino de España a cargar con dos tercios de las costas.

Schintgen Skouris Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 15 de mayo de 2003.

El Secretario El Presidente de la Sala Sexta

R. Grass J.-P. Puissochet

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)
de 18 de noviembre de 1999 *

«Contratos públicos de servicios y de suministro ─ Directivas 92/50/CEE y 93/36/CEE ─ Adjudicación, por parte de un ente territorial a una mancomunidad a la que está asociado, de un contrato de suministro de productos y de prestación de servicios determinados»

En el asunto C-107/98,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), por el Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Teckal Srl

y

Comune di Viano,

Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia,

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1),

* Lengua de procedimiento: italiano.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por los Sres.: D.A.O. Edward, Presidente de Sala; L. Sevón, J.-P. Puissochet, P. Jann (Ponente) y M. Wathelet, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Cosmas;
Secretario: Sr. H.A. Rühl, administrador principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- En nombre de Teckal Srl, por los Sres. A. Soncini y F. Soncini, Abogados de Parma, y P. Adami, Abogado de Roma;

- en nombre de Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, por los Sres. E.G. Di Fava, Abogado de Reggio Emilia, y G. Cugurra, Abogado de Parma;

- en nombre del Gobierno italiano, por el profesor U. Leanza, Jefe del servizio del contenzioso diplomatico del ministero degli Affari esteri, en calidad de Agente, asistido por el Sr. P.G. Ferri, avvocato dello Stato;

- en nombre del Gobierno belga, por el Sr. J. Devadder, conseiller général del service juridique del ministère des Affaires étrangères, du Commerce extérieur et de la Coopération au développement, en calidad de Agente;

- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. W. Okresek, Sektionschef del Bundeskanzleramt, en calidad de Agente;

- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. P. Stancanelli, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Teckal Srl, representada por los Sres. A. Soncini y P. Adami; de Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, representada por el Sr. G. Cugurra; del Gobierno italiano, representado por el Sr. P.G. Ferri; del Gobierno francés, representado por la Sra. A. Bréville-Viéville, chargé de mission de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, en calidad de Agente, y de la Comisión, representada por el Sr. P. Stancanelli, expuestas en la vista de 6 de mayo de 1999;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 1 de julio de 1999;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 10 de marzo de 1998, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de abril siguiente, el Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1).

2 Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre Teckal Srl (en lo sucesivo, «Teckal») y el municipio de Viano y la Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia (en lo sucesivo, «AGAC») acerca de la adjudicación, por parte de este municipio, de la gestión del servicio de calefacción de determinados edificios municipales.

La normativa comunitaria

3 El artículo 1, letras a) y b), de la Directiva 92/50 dispone lo siguiente:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) *contratos públicos de servicios:* los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora [...]

b) *entidad adjudicadora:* el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

[...]»

4 El artículo 2 de la Directiva 92/50 determina:

«Si un contrato público tiene por objeto, a la vez, productos, según se definen en la Directiva 77/62/CEE, y servicios, según se contemplan en los Anexos I A y I B de la presente Directiva, se regirá por esta última cuando el valor de los servicios sea superior al de los productos a los que se refiere el contrato.»

5 Según el artículo 6 de la Directiva 92/50:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado.»

6 La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), derogó la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29). Las referencias a la Directiva derogada se entienden hechas, a la Directiva 93/36, con arreglo al artículo 33 de ésta.

7 El artículo 1, letras a) y b), de la Directiva 93/36 dispone lo siguiente:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) *contratos públicos de suministro:* los celebrados por escrito a título oneroso que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos entre un proveedor (persona física o jurídica), por una parte, y uno de los poderes adjudicadores definidos en la letra b), por otra. La entrega de los productos podrá incluir, con carácter accesorio, trabajos de colocación e instalación;

b) *poderes adjudicadores:* el Estado, los entes públicos territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

[...]»

La normativa nacional

8 El artículo 22, apartado 1, de la Ley italiana nº 142, de 8 de junio de 1990, sull'ordinamento delle autonomie locali (Ley de Régimen Local; GURI nº 135, de 12 de junio de 1990; en lo sucesivo, «Ley nº 142/90»), establece que los municipios se encargarán de la gestión de los servicios públicos que tienen por objeto la producción de bienes y actividades para conseguir fines sociales y promover el desarrollo económico y civil de los entes locales.

9 Según el artículo 22, apartado 3, de la Ley nº 142/90, los municipios podrán asumir directamente la gestión de estos servicios o prestarlos mediante concesión a terceros o a través de empresas especiales, de instituciones sin intereses empresariales o de sociedades por acciones de capital público local mayoritario.

10 El artículo 23 de la Ley nº 142/90, que define las empresas especiales y las instituciones sin intereses empresariales, establece:

«1. La empresa especial es un organismo (ente strumentale) de la entidad local, dotado de personalidad jurídica, de autonomía empresarial y de estatutos propios, aprobados por la corporación municipal o provincial.

[...]

3. Los órganos de la empresa y de la institución serán el consejo de administración, el presidente y el director, que asumirá la responsabilidad de la gestión. El nombramiento y la revocación de los administradores se regirán por lo dispuesto en los estatutos de la entidad local.

4. La empresa y la institución se atendrán, en el ejercicio de sus actividades, a criterios de eficacia, eficiencia y rentabilidad y estarán obligadas a lograr el equilibrio presupuestario mediante el equilibrio de costes e ingresos, incluidas las transferencias.

[...]

6. La Administración local aportará el capital de dotación, definirá los objetivos y las orientaciones, aprobará los actos constitutivos, ejercerá el control, verificará los resultados de la gestión y cubrirá los posibles costes sociales.

[...]»

11 Según el artículo 25 de la Ley nº 142/90, los municipios y las provincias podrán, a efectos de la gestión asociada de uno o de varios servicios, constituir una mancomunidad de conformidad con las disposiciones relativas a las empresas especiales contempladas en el artículo 23. Para ello, cada corporación aprobará por mayoría absoluta un convenio y, simultáneamente, los estatutos de la mancomunidad. La asamblea de la mancomunidad estará compuesta por representantes de las entidades asociadas, en la persona del alcalde, del presidente o de un delegado de éstos. La asamblea elegirá la comisión gestora y aprobará los actos constitutivos establecidos en los estatutos.

12 La AGAC es una mancomunidad constituida por varios municipios ─entre otros, el de Viano─ para la gestión de los servicios de energía y de medio ambiente, en el sentido del artículo 25 de la Ley nº 142/90. En virtud del artículo 1 de sus Estatutos (en lo sucesivo, «Estatutos»), está dotada de personalidad jurídica y de autonomía de gestión. El artículo 3, apartado 1, de los Estatutos establece que la AGAC asume de forma directa y gestiona determinados servicios públicos que se enumeran, entre otros, «gas para usos civiles y productivos; calefacción para usos civiles y productivos; actividades conexas y accesorias a éstas».

13 Según el artículo 3, apartados 2 a 4, de los Estatutos, la AGAC podrá extender sus actividades a otros servicios conexos y accesorios, participar en sociedades públicas o privadas o en entidades para la gestión de actividades conexas y accesorias, y, por último, prestar servicios o efectuar suministros a personas privadas o a organismos públicos que no sean los municipios mancomunados.

14 Con arreglo a los artículos 12 y 13 de los Estatutos, los actos de gestión más importantes, entre otros, los balances y los presupuestos, han de ser aprobados por la asamblea de la AGAC, integrada por representantes de los municipios. Los demás órganos de dirección son la comisión gestora, el presidente de ésta y el director general. Estos órganos no responden de su gestión ante los municipios. Las personas físicas que integran estos órganos no cumplen funciones en los municipios mancomunados.

15 Conforme al artículo 25 de los Estatutos, la AGAC debe lograr el equilibrio presupuestario y llevar una gestión rentable. Con arreglo al artículo 27 de los Estatutos, los municipios aportan fondos o bienes a la AGAC, que abona intereses anuales. El artículo 28 de los Estatutos establece que los posibles beneficios del ejercicio podrán ser repartidos entre los municipios mancomunados, podrán ser conservados por la AGAC para incrementar el fondo de reserva o podrán ser reinvertidos en otras actividades de la AGAC. Según el artículo 29 de los Estatutos, en caso de pérdidas, el saneamiento de la situación económica podrá efectuarse, en particular, mediante la aportación de capital adicional por parte de los municipios mancomunados.

16 El artículo 35 de los Estatutos prevé un procedimiento de arbitraje para resolver los conflictos entre los municipios mancomunados o entre éstos y la AGAC.

El litigio principal

17 Mediante Acuerdo nº 18 de 24 de mayo de 1997 (en lo sucesivo, «Acuerdo»), el Ayuntamiento de Viano confió a la AGAC la gestión del servicio de calefacción de determinados edificios municipales. Este Acuerdo no estuvo precedido de ningún procedimiento de licitación.

18 La misión de la AGAC consiste específicamente en la explotación y mantenimiento de las instalaciones de calefacción de diversos edificios municipales, incluidas las intervenciones de mejora necesarias, así como el suministro de combustible.

19 La remuneración de la AGAC se fijó en 122 millones de ITL para el período comprendido entre el 1 de junio de 1997 y el 31 de mayo de 1998. Sobre este importe, el valor del suministro de combustible representa 86 millones y el coste de explotación y mantenimiento de las instalaciones, 36 millones.

20 Según el artículo 2 del Acuerdo, al expirar el período inicial de un año, la AGAC se compromete a seguir asegurando el servicio por un período adicional de tres años, a petición del Ayuntamiento de Viano, previa actualización de las condiciones definidas en el Acuerdo. También prevé la posibilidad de una prolongación posterior.

21 Teckal es una empresa privada que desempeña actividades en el ámbito de los servicios de calefacción. En particular, suministra a particulares y a organismos públicos el gasóleo que compra previamente a las empresas productoras. Además, se ocupa del mantenimiento de instalaciones de calefacción que funcionan con gasóleo y con gas.

22 Teckal interpuso un recurso contra el Acuerdo ante el Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, alegando que el municipio de Viano debería haber utilizado los procedimientos de adjudicación de contratos públicos previstos en la normativa comunitaria.

23 El órgano jurisdiccional remitente, que se plantea cuál de las Directivas 92/50 y 93/36 es la aplicable, considera que, en todo caso, se ha sobrepasado el umbral de 200.000 ECU fijado

fijado por ambas Directivas.

24 Habida cuenta de la naturaleza mixta de la misión confiada a la AGAC, que consiste, por una parte, en la prestación de diversos servicios y, por otra, en el suministro de combustible, el órgano jurisdiccional nacional estimó que no podía excluir la aplicabilidad del artículo 6 de la Directiva 92/50.

25 En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale suspendió el procedimiento y solicitó al Tribunal de Justicia la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50 «en cuanto a los aspectos indicados en los fundamentos de Derecho».

Sobre la admisibilidad

26 La AGAC y el Gobierno austriaco consideran que debe declararse la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial. La AGAC alega, en primer lugar, que el importe del contrato controvertido en el litigio principal es inferior al umbral previsto por las Directivas 92/50 y 93/36. En efecto, por un lado, el precio del combustible debe ser deducido del importe estimado del contrato en la medida en que la AGAC, al ser ella misma una entidad adjudicadora, se abastece de combustible mediante procedimientos públicos de licitación. Por otro lado, no se trata de un contrato de duración indeterminada.

27 En segundo lugar, la AGAC considera que la cuestión prejudicial se refiere, en realidad, a la interpretación del Derecho nacional. En efecto, el Juez remitente solicita al Tribunal de Justicia la interpretación de determinadas disposiciones del Derecho nacional para poder determinar si se aplica la excepción prevista en el artículo 6 de la Directiva 92/50.

28 El Gobierno austriaco, por su parte, sostiene que no es admisible la petición de decisión prejudicial debido a que no contiene una cuestión prejudicial. Estima que en el ámbito del Derecho de los contratos públicos, la formulación precisa de las cuestiones es particularmente importante.

29 Por lo que se refiere, en primer lugar, a si el valor del contrato controvertido en el litigio principal sobrepasa el umbral previsto por las Directivas 92/50 y 93/36, es preciso recordar que, en virtud del artículo 177 del Tratado, basado en una clara separación de las funciones de los órganos jurisdiccionales nacionales y del Tribunal de Justicia, éste sólo es competente para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de una norma comunitaria a partir de los hechos que le proporcione el órgano jurisdiccional nacional (véase, en particular, la sentencia de 2 de junio de 1994, AC-ATEL Electronics Vertriebs, C-30/93, Rec. p. I-2305, apartado 16).

30 Dentro de estos límites, no corresponde al Tribunal de Justicia sino al órgano jurisdiccional nacional establecer los hechos que originaron el litigio y extraer sus consecuencias para la resolución que debe dictar (sentencia AC-ATEL Electronics Vertriebs, antes citada, apartado 17).

31 Si bien es cierto que el método de cálculo del importe del contrato público está definido en disposiciones comunitarias, a saber, los artículos 7 de la Directiva 92/50 y 5 de la Directiva

Directiva 93/36, sobre cuya interpretación el Juez nacional puede, en su caso, plantear cuestiones prejudiciales, corresponde, sin embargo, a éste, según el reparto de tareas establecido por el artículo 177 del Tratado, aplicar las normas del Derecho comunitario a un caso concreto. En efecto, dicha aplicación no puede efectuarse sin considerar los hechos del asunto en su conjunto (véase la sentencia de 8 de febrero de 1990, Shipping and Forwarding Enterprise Safe, C-320/88, Rec. p. I-285, apartado 11).

32 De ello se deduce que el Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación del órgano jurisdiccional remitente en cuanto al cálculo del valor del contrato público por su propia apreciación y declarar la inadmisibilidad de la petición prejudicial.

33 Procede recordar a continuación que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse, en el marco del artículo 177 del Tratado, sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales ni sobre la conformidad de tales disposiciones con el Derecho comunitario. No obstante, puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el problema jurídico que le ha sido sometido (sentencia de 4 de mayo de 1993, Distribuidores Cinematográficos, C-17/92, Rec. p. I-2239, apartado 8).

34 Por último, según reiterada jurisprudencia, ante cuestiones formuladas de forma imprecisa, el Tribunal de Justicia se reserva la facultad de deducir de todos los elementos proporcionados por el órgano jurisdiccional nacional y de los autos del litigio principal los elementos de Derecho comunitario que precisan una interpretación habida cuenta del objeto del litigio (sentencias de 13 de diciembre de 1984, Haug-Adrion, 251/83, Rec. p. 4277, apartado 9, y de 26 de septiembre de 1996, Arcaro, C-168/95, Rec. p. I-4705, apartado 21).

35 A la luz de las indicaciones contenidas en la resolución de remisión, hay que considerar que el Juez nacional pide esencialmente que se dilucide si las disposiciones del Derecho comunitario en materia de adjudicación de contratos públicos son aplicables cuando un ente territorial confía el suministro de productos y la prestación de servicios a una mancomunidad en la que participa, en condiciones como las del asunto principal.

36 Por lo tanto, debe declararse la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

Sobre el fondo

37 De la resolución de remisión resulta que el municipio de Viano confió a la AGAC, mediante un acto único, tanto la prestación de determinados servicios como el suministro de determinados productos. Consta también que el valor de estos productos es superior al de los servicios.

38 Pues bien, del artículo 2 de la Directiva 92/50 se deduce, *contrario sensu*, que, si un contrato público tiene por objeto, a la vez, productos, según se definen en la Directiva 93/36, y servicios, según se contemplan en la Directiva 92/50, se regirá por la Directiva 93/36 cuando el valor de los productos sea superior al de los servicios a que se refiere el

contrato.

39 Para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional que le plantea una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el Juez nacional no se haya referido en su cuestión (sentencias de 20 de marzo de 1986, Tissier, 35/85, Rec. p. 1207, apartado 9, y de 27 de marzo de 1990, Bagli Pennacchiotti, C-315/88, Rec. p. I-1323, apartado 10).

40 De ello se deduce que, para proporcionar una interpretación adecuada al Juez nacional, es preciso interpretar las disposiciones de la Directiva 93/36, y no el artículo 6 de la Directiva 92/50.

41 Para determinar si el hecho de que un ente territorial confíe el suministro de productos a una mancomunidad en la que participa debe dar lugar al procedimiento de licitación establecido en la Directiva 93/36, procede examinar si dicha adjudicación constituye un contrato público de suministro.

42 Si es así y si el importe estimado, sin Impuesto sobre el Valor Añadido, es igual o superior a 200.000 ECU, la Directiva 93/36 es aplicable. A este respecto, no es determinante que el proveedor sea, o no, una entidad adjudicadora.

43 En efecto, procede recordar que las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva 93/36 son las mencionadas taxativa y expresamente en ella (véase, respecto de la Directiva 77/62, la sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España, C-71/92, Rec. p. I-5923, apartado 10).

44 Pues bien, la Directiva 93/36 no contiene una disposición comparable al artículo 6 de la Directiva 92/50, que excluye de su ámbito de aplicación los contratos públicos adjudicados, en determinadas condiciones, a entidades adjudicadoras.

45 Por lo demás, debe observarse que esta afirmación no afecta a la obligación de estas últimas entidades adjudicadoras de aplicar, a su vez, los procedimientos de licitación establecidos en la Directiva 93/36.

46 El municipio de Viano, como ente territorial, es una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36. Por consiguiente, corresponde al Juez nacional verificar si la relación entre dicho municipio y la AGAC reúne también los demás requisitos exigidos por la Directiva 93/36 para constituir un contrato público de suministro.

47 Así será, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, si se trata de un contrato celebrado por escrito a título oneroso que tiene por objeto, en particular, la compra de productos.

48 Consta en el caso de autos que la AGAC suministra productos, a saber, combustible, al municipio de Viano mediante pago de un precio.

49 Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas.

50 A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

51 Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora.

Costas

52 Los gastos efectuados por los Gobiernos italiano, belga, francés y austriaco y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna mediante resolución de 10 de marzo de 1998, declara:

La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora.

Edward Sevón Puissochet

Jann Wathelet

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 18 de noviembre de 1999.

El Secretario | El Presidente de la Sala Quinta

R. Grass | D.A.O. Edward

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA

CVRIA
LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 22 de noviembre de 2007 [1]

Asunto C-393/06

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH
contra
Fernwärme Wien GmbH

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Austria)]

«Contratos públicos – Procedimiento de adjudicación – Sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales – Directiva 2004/17/CE – Ámbito de aplicación – Entidades adjudicadoras – Empresas públicas – Contrato ofertado por una empresa pública en otros sectores – No se somete a la Directiva 2004/17/CE – Empresa pública que puede ser calificada de "organismo de derecho público" – Sometimiento a la Directiva 2004/18/CE, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios – Nociones de "organismo de derecho público" y de "necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil" – Mercado que se ha de tomar en consideración para determinar si se está en presencia de una necesidad industrial o mercantil – Organismo de derecho público que actúa al mismo tiempo en mercados abiertos y en otros cerrados – Actividad contractual en libre competencia – Queda sujeta a la Directiva 2004/18/CE, aun cuando exista separación económica y contable entre los dos ámbitos de actuación»

[1] – Lengua original: español.

I. Introducción

1. El Vergabekontrollsenat des Landes Wien (sala administrativa independiente para el control de las licitaciones del Land de Viena) propone tres preguntas sobre la interpretación de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, ambas del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobadas el 31 de marzo de 2004, que coordinan, respectivamente, los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, así como de los contratos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. [2]

2. Con esta consulta, se brinda al Tribunal de Justicia la oportunidad de delimitar los ámbitos de aplicación de las citadas Directivas y de perfilar, una vez más, la noción de «organismo de derecho público» en tanto «poder adjudicador».

3. Se pretende averiguar si una empresa pública, según la definición del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/17, queda sujeta a sus prescripciones cuando gira en actividades no incluidas en los artículos 3 a 7 (primera pregunta). Si la respuesta fuera negativa, el auto de remisión plantea si, no obstante, esa compañía merecería el calificativo de «organismo de derecho público» por dedicarse, sin competencia efectiva, a satisfacer necesidades de interés general carentes de índole industrial o mercantil (el suministro de la calefacción urbana por tuberías en la ciudad de Viena), rigiéndose por la Directiva 2004/18, aun cuando negocie en un mercado distinto con otros concurrentes (segunda pregunta), atadura de la que podría librarse si demostrara que ambas actividades se gestionan económicamente como compartimentos estancos (tercera pregunta).

4. En el fondo de estas cuestiones late la «teoría del contagio» (plasmada en la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros), [3] que supedita todas las actividades de un «poder adjudicador» a las Directivas sobre contratación, con la salvedad (incorporada por el abogado general Jacobs en las conclusiones de 21 de abril de 2005, en el asunto Impresa Portuale di Cagliari, [4] archivado sin sentencia) de que se acredite la inexistencia de subvenciones cruzadas entre los contratos en el mercado abierto y los concertados en condiciones no competitivas.

5. Pero el Vergabekontrollsenat des Landes Wien no ostenta en el derecho austriaco la condición de órgano jurisdiccional; además, sus resoluciones son recurribles ante el Verwaltunsgerichtshof (tribunal federal administrativo), con sede en Viena. Conocida mi posición sobre la noción de órgano jurisdiccional

[2] – DO L 134, pp. 114 y 1, respectivamente.

[3] – Asunto C-44/96, Rec. p. I-73.

[4] – Asunto C-174/03, no publicado en la Recopilación (punto 68).

según el artículo 234 CE, que explico en las conclusiones de 28 de junio de 2001 en el asunto De Coster, [5] me siento obligado, para no pecar de incongruente, a aconsejar al Tribunal de Justicia el rechazo *ad limine* de este incidente prejudicial.

II. El marco jurídico

A. *Normativa austriaca*

6. La Wiener Vergaberechtschutzgesetz [6] (ley de tutela en materia de adjudicación de contratos por el Land de Viena) atribuye al Vergabekontrollsenat des Landes Wien la competencia para controlar la selección de contratistas realizada por esa entidad territorial y por otras autoridades adjudicadoras en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (artículo 1).

7. Con arreglo al artículo 2, esa sala administrativa independiente ejerce sus competencias en primera y única instancia, sin que sus decisiones se revisen en la vía gubernativa (apartado 2), aunque cabe la impugnación jurisdiccional ante el Verwaltunsgerichtshof (apartado 4).

8. El Vergabekontrollsenat está integrado por siete miembros, nombrados por el Gobierno del Land por un periodo de seis años, renovable (artículo 3, apartado 1). Han de contar con conocimientos específicos en materia económica o técnica sobre contratos públicos (artículo 3, apartado 2), y desempeñan sus funciones con independencia, sin acatar instrucciones (artículo 3, apartado 3) ni percibir retribución alguna (artículo 3, apartado 4).

B. *El derecho comunitario*

1. La Directiva 2004/18

9. Esta Directiva refunde en un solo texto el derecho derivado existente, [7] armonizando en el ámbito comunitario los procedimientos nacionales de

[5] – En el que se dictó sentencia el 29 de noviembre del mismo año (C-17/00, Rec. p. I-9445).

[6] – LGBl., nº 25/2003.

[7] – En la contratación administrativa, la aproximación normativa se puso en marcha con la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9), que, tras diversas modificaciones, se codificó en la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, con idéntico título (DO L 199, p. 54). La coordinación procedimental en los contratos de suministro se ordenó, en un primer momento, en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976 (DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29) y después en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199. p. 1). Los contratos de servicios se abordaron en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (DO L 209, p. 1). Antes de su integración en la Directiva 2004/18, las precedentes normas se actualizaron en la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 (DO L 328, p. 1).

adjudicación para acomodarlos a los principios del Tratado que inspiran la contratación administrativa (considerandos primero y segundo). Regula los contratos que define como «públicos» en el artículo 1, apartado 2, no excluidos en los artículos 12 a 18 y que igualen o superen las cantidades señaladas en el artículo 7, siempre que los celebren «poderes adjudicadores».

10. A tenor del artículo 1, apartado 9, disfrutan de esa cualidad el Estado, las demás administraciones territoriales, los organismos de derecho público y sus asociaciones. Son «organismos de derecho público» 1) los concebidos para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, 2) los dotados de personalidad jurídica y 3.a) los financiados mayoritariamente por entes territoriales u otros organismos de derecho público, o 3.b) cuya gestión se controle por estos últimos, o 3.c) cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los que más de la mitad los nombren el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público.

2. La Directiva 2004/17

11. La Directiva 2004/17 [8] persigue similar propósito que la Directiva 2004/18 para los contratos de suministro, de obras y de servicios (que describe en el artículo 1, apartado 2) en sectores determinados, significados por su carácter cerrado debido a la concesión de derechos especiales o exclusivos (considerandos primero a tercero).

12. Se aplica, según el artículo 2, apartado 2, a las «entidades adjudicadoras» que realicen alguna de las actividades contempladas en los artículos 3 (gas, calefacción y electricidad), 4 (agua), 5 (transporte), 6 (servicios postales) y 7 (prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, puertos y aeropuertos), salvo que estas actividades se efectúen con abierta competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado (artículo 30, apartado 1).

13. La Directiva califica de «entidades adjudicadoras», además de a los «poderes adjudicadores» [definidos en el artículo 2, apartado 1, letra a), de igual forma que en la Directiva 2004/18], a las «empresas públicas», es decir, aquellas sobre las que los «poderes adjudicadores» pueden influir, directa o indirectamente, de manera dominante, bien por disfrutar de la propiedad o de una participación financiera, bien por mandato de las normas que las rigen. Gozan de tal influencia (1) si disponen de la mayoría del capital suscrito o (2) de los votos correspondientes a las participaciones emitidas o (3) si designan a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia [artículo 2, apartado 1, letra b)].

[8] – Sucede a la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84).

14. También reputa «entidades adjudicadoras» a las organizaciones que, sin ser «poderes adjudicadores» ni «empresas públicas», llevan a cabo alguna de las actividades previstas en los artículos 3 a 7 en virtud de derechos especiales o exclusivos [artículo 2, apartado 2, letra b)].

15. El artículo 20, apartado 1, deja fuera de la Directiva los contratos de las «entidades adjudicadoras» con fines distintos de los mencionados en los artículos 3 a 7.

III. Los hechos del litigio principal y las cuestiones prejudiciales

16. Fernwärme Wien GmbH es una sociedad creada el 22 de enero de 1969 y debidamente inscrita en el Registro Mercantil de Viena, modo con el que adquirió personalidad jurídica. Su objeto social radica en el suministro de calefacción urbana por tuberías a viviendas, establecimientos públicos, oficinas, empresas y otros locales, en el término municipal de Viena, sin perjuicio de ocuparse también, en competencia con otros operadores, de la planificación general de instalaciones de refrigeración para grandes proyectos inmobiliarios.

17. En la actualidad, tras sucesivas modificaciones del contrato fundacional, en las que no se alteró el objeto social, adopta la forma de sociedad de responsabilidad limitada y pertenece en su integridad al Ayuntamiento de Viena. [9] El Kontrollamt (cámara de cuentas) de Viena comprueba sus finanzas, mientras que el municipio, ejerciendo en la asamblea general los derechos que le corresponden, nombra y revoca a los administradores, cuya gestión aprueba, así como a los miembros del consejo de vigilancia.

18. En una nota insertada en el *Amtsblatt der Stadt Wien* (diario oficial de Viena) de 1 de marzo de 2006, Fernwärme Wien anunció la licitación de las obras de instalación de refrigeración para un complejo de oficinas y locales de negocio en dicha ciudad (denominado «Town-Town»), señalando que no regiría la normativa nacional en materia de adjudicación.

19. Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, que se aquietó con las condiciones publicadas, participó en el proceso selectivo con dos ofertas, una principal y otra alternativa. El 18 de mayo de 2006, Fernwärme Wien le comunicó el rechazo de la segunda, decisión que impugnó ante el Vergabekontrollsenat des Landes Wien.

20. Fernwärme Wien puso en tela de juicio la competencia de este órgano, supeditada a que la sociedad demandada fuera una «entidad adjudicadora» o un «poder adjudicador» conforme a las Directivas 2004/17 y 2004/18. Planteado el

[9] – Un 99,999 % se asigna a Wien Energie GmbH y un 0, 001 % a Wiener Stadtwerke Holding AG, siendo la primera propiedad de la segunda, de la que su único accionista es la ciudad de Viena.

debate en tales términos, el Vergabekontrollsenat des Landes Wien ha suspendido el procedimiento y formulado al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas:

«1) ¿Cabe interpretar la Directiva 2004/17/CE […] en el sentido de que una entidad adjudicadora que interviene en los sectores contemplados en el artículo 3 […], también está comprendida en [su] ámbito de aplicación en relación con una actividad distinta, que desarrolla en condiciones de competencia?

2) En el supuesto de que únicamente fuera así para los poderes adjudicadores, ¿una empresa como Fernwärne Wien debe considerarse organismo público según la Directiva 2004/17/CE o la Directiva 2004/18/CE […] si desenvuelve su actividad de suministrador de calefacción urbana por tuberías en determinada zona, sin competencia efectiva, o la calificación como tal depende del mercado de calefacción en general, extendiéndose también a la calefacción de espacios interiores por medio de otros combustibles, como, por ejemplo, gas, gasóleo o carbón?

3) ¿Una actividad prestada en libre competencia por una sociedad que no realiza sus cometidos con carácter industrial o mercantil ha de incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17/CE o de la Directiva 2004/18/CE si puede evitarse, empleando mecanismos como la facturación separada en el balance o en los libros de contabilidad, la financiación cruzada con las actividades desempeñadas en libre competencia?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

21. Las partes en el litigio principal, la Comisión y los Gobiernos austriaco, húngaro y finlandés han depositado observaciones escritas, habiendo comparecido en la vista sustanciada el 11 de octubre de 2007 los representantes de Ing. Aigner, del Gobierno austriaco y de la mencionada Institución, para exponer oralmente sus alegaciones.

V. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

22. El Tribunal de Justicia, en la sentencia de 18 de junio de 2002, HI, [10] calificó al Vergabekontrollsenat des Landes Wien como un «órgano jurisdiccional» a los efectos del artículo 234 CE (apartado 28); ajustándose a su reiterada jurisprudencia sobre esa noción, constató que satisface los criterios relativos al origen legal, a la obligatoriedad de su jurisdicción, al procedimiento contradictorio y a la aplicación de normas jurídicas (apartado 26), al tiempo que, por su composición y funcionamiento, reúne las notas de permanencia y de independencia (apartado 27).

[10] – Asunto C-92/00, Rec. p. I-5553.

23. Medio año antes, en mis conclusiones del asunto De Coster, critico esa jurisprudencia «por flexible en exceso y carente de coherencia», [11] sugiriendo un golpe de timón para emprender derroteros más firmes, [12] que, apuntando a la esencia del instrumento prejudicial, alimenten una fructífera cooperación entre jueces.

24. Con ese ánimo, propongo que, como pauta general, el artículo 234 CE únicamente cobije a los órganos integrados en el poder judicial de cada Estado, cuando ejerzan sus funciones propiamente jurisdiccionales, incorporando, como excepción, aquellos que, sin pertenecer a esa estructura, tengan la última palabra en el ordenamiento jurídico interno, siempre que satisfagan los requisitos decantados por la jurisprudencia, en particular, los de independencia y de contradicción.

25. En este entendimiento, más riguroso, el Vergabekontrollsenat des Landes Wien permanece al margen de la noción, pues es ajeno a la organización judicial austriaca («sala administrativa independiente») y sus decisiones, que agotan la vía gubernativa, pueden impugnarse jurisdiccionalmente ante el Verwaltunsgerichtshof. [13]

26. No conviene reproducir aquí mis consideraciones en las conclusiones De Coster (puntos 75 a 79) sobre los inconvenientes de la intromisión de una autoridad administrativa, por muy independiente que sea, en un encuentro entre jueces, que reitero (el 24 de mayo de 2007) en las conclusiones del asunto C-195/06, Österreichischer Rundfunk (ÖRF) [14]–puntos 35 a 36–. Tampoco conviene ignorar la fructífera colaboración del Vergabekontrollsenat des Landes Wien en la interpretación del derecho de los contratos públicos, [15] pero, hasta entrando en el posibilismo jurídico, las razones que justificaron la apertura del diálogo prejudicial a entes no estrictamente jurisdiccionales pierden mucho peso en una Comunidad de veintisiete Estados, en un momento en el que aquel sector

[11] – Barav, A., «Tâtonnement préjudiciel. La notion de juridiction en droit communautaire», en *Liber amicorum Bo Vesterdorf*, Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 2007, (en imprenta), subraya la ambigua incoherencia de la jurisprudencia, emperrada en decantar unos atributos que, en su mayoría, no son específicos ni exclusivos de la noción de órgano jurisdiccional, incrementando las dificultades para su cabal delimitación.

[12] – Moitinho de Almeida, J.C., «La notion de juridiction d´un État membre (article 177 du traité CE)», en *Mélanges F. Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 463, 464 y 478, observa que la evolución de la jurisprudencia comunitaria provoca ciertas dudas que el Tribunal de Justicia debe clarificar.

[13] – Este dato no aparece en la sentencia HI.

[14] – Sentencia de 18 de octubre de 2007 (aún no publicada en la recopilación).

[15] – A título de ejemplo, además de la sentencia HI, cabe recordar la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau (C-470/99, Rec. p. I-11617).

del ordenamiento comunitario y su interpretación se hallan plenamente consolidados. [16]

27. La reciente evolución jurisprudencial muestra [17] un celo más intenso en la caracterización de los trazos que perfilan la noción de órgano jurisdiccional, especialmente el de la independencia, vislumbrándose una posición próxima a la de las conclusiones De Coster. [18] Así, la sentencia Schmid [19] declaró la incompetencia del Tribunal de Justicia para conocer de las remisiones de la Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion (sala V de recurso de la dirección regional de hacienda) de Viena, Baja Austria y Burgenland, mientras que la sentencia Syfait y otros [20] tampoco admitió un reenvío del Epitropi Antagonismou (comisión de defensa de la competencia griega). [21]

28. Esta tendencia se percibe significativamente si se comprueba que, en el pasado, el Tribunal de Justicia abordó cuestiones prejudiciales de organismos similares a los citados, como los tribunales económico-administrativos españoles [22] y el también español Tribunal de Defensa de la Competencia. [23]

29. Transcurridos los años, siguen plenamente vigentes las conclusiones De Coster, [24] por lo que, no sólo por coherencia, sino también por sincera convicción, reitero que el Vergabekontrollsenat des Landes Wien no es un órgano jurisdiccional del artículo 234 CE y sugiero al Tribunal de Justicia que se declare incompetente para examinar sus cuestiones prejudiciales.

[16] – El abogado general Tesauro en las conclusiones de 15 de mayo de 1997, en el asunto Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961), remarca que si un órgano no participa de la naturaleza jurisdiccional, «el hecho de que no exista nada mejor no cambia las cosas» (punto 40).

[17] – Como subrayo en las conclusiones del asunto en el que recayó la sentencia de 30 de marzo de 2006, Emanuel (C-259/04, Rec. p. I-3089), punto 26.

[18] – Sarmiento, D., en *Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 201 a 203, estudia la influencia de las conclusiones De Coster en la jurisprudencia posterior.

[19] – Sentencia de 30 de mayo de 2002 (C-516/99, Rec. p. I-4573).

[20] – Sentencia de 31 de mayo de 2005 (C-53/03, Rec. p. I-4609).

[21] – Lenaerts, K., Arts, D., y Maselis, I., «Procedural Law of the European Union», Robert Bray editor, Londres, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 40 y 41, a propósito de esta entidad administrativa, dan cuenta del tránsito del Tribunal de Justicia hacia un entendimiento más restrictivo del concepto de órgano jurisdiccional.

[22] – Sentencia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros (C-110/98 a C-147/98, Rec. p. I-1577).

[23] – Sentencia de 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros (C-67/91, Rec. p. I-4785).

[24] – Para Sarmiento, D., en la *op. cit.* p. 200, las conclusiones De Coster «han supuesto el más duro ataque a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia» y están propiciando un «cierto orden en el caos jurisprudencial».

30. Albergo la esperanza de que los jueces a los que me dirijo se persuadan de las virtudes de la idea plasmada en el asunto De Coster, [25] pero, ante la eventualidad de que no aprueben este enfoque, analizo, a título subsidiario, el contenido sustantivo de este reenvío prejudicial, con el ánimo de cumplir mi deber de presentar conclusiones públicamente, con toda imparcialidad e independencia.

VI. Análisis de las cuestiones prejudiciales

A. *Las Directivas 2004/17 y 2004/18: dos caminos hacia una misma meta (primera cuestión)*

31. El derecho comunitario sobre los contratos públicos responde a un propósito inmediato limitado: la coordinación de los procedimientos de adjudicación. Pero este propósito, tal y como se deduce del segundo considerando de la Directiva 2004/18 y del noveno de la Directiva 2004/17, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [26] no es más que una herramienta para alcanzar un designio de mayor calado: el desarrollo de una competencia objetiva en este sector, en aras de la realización de las libertades esenciales en la integración europea. Se intenta, pues, suprimir las trabas a la libre circulación, protegiendo los intereses de los operadores económicos de un Estado miembro que desean vender bienes o servicios a las entidades adjudicadoras de otros Estados miembros. Consecuentemente, hay que eliminar el riesgo de que se otorgue preferencia a los licitadores nacionales *(buy national)*, excluyendo que el órgano encargado de la adjudicación se guíe por razones distintas de las de carácter económico [27] (por este motivo, el criterio básico de adjudicación es siempre el de la oferta más baja o la económicamente más ventajosa).

1. Una dimensión personal

32. La Directiva 2004/18, al igual que sus predecesoras, delimita su ámbito: subjetivamente, definiendo, por un lado, las figuras del «contratista», del «proveedor» y del «prestador de servicios», y, por otro lado, la de «poder adjudicador» (artículo 1, apartados 8 y 9); y objetivamente, describiendo los

[25] – Cienfuegos, M., en «La noción comunitaria de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ex artículo 234 del Tratado CE y su necesaria revisión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia,* julio/agosto 2005, nº 238, p. 26, alerta de la insuficiencia de actuaciones coyunturales, como la de endurecer el criterio tradicional de la independencia del remitente, tamizando su aplicación individualizada al caso concreto, y postula, en sintonía con las conclusiones De Coster, una mutación general de dicha noción.

[26] – Entre otras, las sentencias de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartado 18 *in fine;* de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821), apartado 41; de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec. p. I-8035), apartado 16; y de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia (C-237/99, Rec. p. I-939), apartado 41.

[27] – Sentencias antes citadas Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, apartado 33; BFI Holding, apartado 42; University of Cambridge, apartado 17; y Comisión/Francia, apartado 42.

contratos públicos de obras, de servicios y de suministro, así como lo que ha de entenderse por concesión, de obras públicas o de servicios (artículo 1, apartados 2 a 4).

33. Así, los contratos sometidos a la Directiva 2004/18, aprobados por un «poder adjudicador», deben atribuirse en todos los Estados miembros conforme a los principios y a las reglas de procedimiento de la propia Directiva.

34. Se pone, pues, el acento en la dimensión personal: el elemento decisivo no radica en la naturaleza del negocio, sino en quien lo brinda, ya que cualquier contratación de los poderes públicos se sujeta a la coordinación procedimental emprendida por el derecho derivado.

35. La referida exigencia es tan fundamental que la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros extendió la disciplina comunitaria (en ese caso, la Directiva 93/37) a toda la actuación de los organismos de derecho público, amparándose en que el legislador no distingue según que los contratos guarden relación con las necesidades de interés general o prescindan de ese aspecto, apelando a la seguridad jurídica (apartados 32 y 34).

2. Una aproximación material

36. Esta aproximación «intersectorial» (calificativo empleado por la Comisión en sus observaciones escritas) varía, sin embargo, en la Directiva 2004/17, que no se aplica a cualquier conducta de las «entidades adjudicadoras», sino únicamente a la de los artículos 3 a 7.

37. Esta singularidad se explica porque, en origen, los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones no fueron armonizados [28] por la diversidad del estatuto jurídico (público o privado) de las organizaciones de las que dependen. Había que evitar el sometimiento a diferentes sistemas a tenor de que la responsabilidad correspondiera bien al Estado, a las colectividades territoriales o a otras entidades de derecho público, bien a organizaciones con personalidad jurídica privada, esperando que la experiencia suministrara una solución definitiva. [29]

38. La ocasión llegó con la Directiva 93/38, que coordinó los procedimientos de adjudicación de los contratos en aquellos mercados excluidos y definió los órganos de contratación prescindiendo de su estatuto jurídico (público o privado). Tampoco olvidó la capacidad de influencia de las autoridades nacionales en su comportamiento, debido al hermetismo de los mercados afectados y a la existencia de derechos especiales o exclusivos, con el propósito de abrirlos también a la

[28] – Artículos 3, apartados 4 y 5, de la Directiva 71/305 y 2, apartado 2, de la Directiva 77/62.

[29] – Considerandos cuarto a sexto de la Directiva 71/305 y sexto a octavo de la Directiva 77/62. El octavo considerando de la Directiva 93/38 ratifica esta idea.

competencia (considerandos noveno, undécimo y duodécimo). Así se justifica que su componente subjetivo incluyera, además de las entidades enunciadas en las Directivas clásicas sobre la materia, las empresas públicas y las asociadas (artículo 1, puntos 2 y 3), cuidándose de precisar que se regían por la Directiva únicamente si actuaban en las parcelas que menciona (decimotercer considerando [30] y artículo 2).

39. La Directiva 2004/17 sigue la misma pauta (considerandos segundo y tercero) y conceptúa las «entidades adjudicadoras» prescindiendo de su régimen jurídico (décimo considerando), por lo que estima como tales, además de a los «poderes adjudicadores», caracterizados de igual manera que en la Directiva 2004/18, a las empresas públicas y a las que disfrutan de derechos exclusivos o especiales, siempre que realicen las funciones relacionadas en los artículos 3 a 7 (artículos 2, apartados 1 y 2, y 20, apartado 1).

40. Por tanto, la Directiva 2004/17 regula la contratación en los tradicionalmente llamados «sectores excluidos» con un espíritu distinto del que inspira la Directiva 2004/18: el elemento decisivo no reside en la entidad que propone el contrato, sino en la naturaleza de la actividad sobre la que recae, aplicándose sólo en esos sectores.

41. Esta tesis se afianza en una doble vertiente. Por un lado, el artículo 12, párrafo primero, de la Directiva 2004/18 aleja de su ámbito los contratos de los «poderes adjudicadores» en las conductas enumeradas en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17, lo que pone de manifiesto la fuerza del componente material en la vigencia de esta última norma. Por otro, la repetida Directiva 2004/17 pretende coadyuvar a la instauración de la libre competencia, por lo que su aplicación sobra, como expresa su artículo 30, apartado 1, si dichas actividades se prestan en mercados de libre acceso.

42. Así pues, los «poderes adjudicadores» de la Directiva 2004/18 se atienen a la Directiva 2004/17 si giran en su ámbito material, mientras que no ocurre lo mismo con las empresas públicas y las titulares de derechos exclusivos o especiales, en cuanto tales.

43. Estas circunstancias avalan la inoperancia en este asunto de la «teoría del contagio». El abogado general Léger, en las conclusiones de 16 de septiembre de 1997 en el asunto Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, destaca que el ámbito de la Directiva 93/37 (también el de la Directiva 2004/18) no se determina en atención a la actividad en cuyo marco se adjudican los contratos, sino según las características del organismo que contrata (punto 81). Es decir, mientras que la Directiva 2004/18 se centra en la noción de «poder adjudicador», sin que, por

[30] – Este considerando descarta de la Directiva «[…] las actividades de estas entidades que quedan fuera de los sectores del agua, de la energía, de los transportes o de las telecomunicaciones, o que aun estando en estos sectores se hallan directamente expuestas a la competencia en mercados cuyo acceso no está limitado».

razones de seguridad jurídica, sea aconsejable embarcarse en la tarea de desentrañar la parte de su gestión que se destina a satisfacer los intereses generales y la parte que persigue otros objetivos, la Directiva 2004/17 permite deslindar perfectamente los campos materiales de la acción de las «entidades adjudicadoras», proporcionando, en el artículo 9, pautas concretas al respecto.

44. En otros términos, si un «poder adjudicador» en su acepción más estricta, en la del artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18 y en la del artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/17, ofrece un contrato en actividades extrañas a las de los artículos 3 a 7 de esta última norma, se aplica la otra Directiva. Pero, si quien trabaja al margen de ese entorno es una empresa pública u otra titular de derechos especiales o exclusivos [artículo 2, apartados 1, letra b), y 2, letra b), de la Directiva 2004/17] no obra ninguna de las dos Directivas.

45. En suma, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la primera de las tres cuestiones prejudiciales suscitadas por el Vergabekontrollsenat des Landes Wien, declarando que la Directiva 2004/17 no rige para los contratos que las «entidades adjudicadoras», en el sentido de su artículo 2, apartado 2, conciertan en actividades ajenas a las comprendidas en los artículos 3 a 7.

46. Esta solución se asienta en la jurisprudencia comunitaria. En efecto, la sentencia de 16 de junio de 2005, Strabag y Kostmann, [31] resolvió que la Directiva 93/38 (por lo tanto, también la Directiva 2004/17) se proyecta sobre las «entidades adjudicadoras» en la medida en la que actúen en los sectores materiales previstos en su texto. En caso contrario, sus contratos se sujetan, si procede, a la normativa sobre la contratación pública (apartado 37).

B. *La noción de organismo de derecho público: la relevancia del nivel de competencia en el mercado (segunda cuestión)*

47. Todos los que han participado en este proceso prejudicial coinciden en que el contrato del litigio principal atañe a un cometido de Fernwärme Wien extraño a la Directiva 2004/17 (obras de instalación de refrigeración para un complejo de oficinas y locales de negocio), por lo que, a tenor del desenlace que propongo para la primera pregunta, conviene aclarar, como pide el órgano remitente, si esa compañía constituye un «poder adjudicador», pues, si fuera así, se regiría por la Directiva 2004/18.

48. Concretamente, hay que dirimir si es un «organismo de derecho público». Nadie discute su personalidad jurídica ni su estrecha vinculación con el Ayuntamiento de Viena, propietario, directa o indirectamente, de su capital. Las dudas se centran en el primer requisito normativo, su específica vocación de

[31] – Asuntos C-462/03 y C-463/03, Rec. p. I-5397, que, por decisión del Tribunal de Justicia, se juzgó sin conclusiones del abogado general.

satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

49. También hay consenso en que el objeto social de la empresa es de interés general, pues desarrolla un servicio de calefacción urbana por tuberías, con un sistema respetuoso del medio ambiente, como el de la combustión de residuos. [32] El debate se reduce, pues, a decidir si reviste «carácter industrial o mercantil».

50. A tal fin, se ponderan la totalidad de los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, así como las circunstancias que rodearon el nacimiento del organismo y las condiciones en las que ejerce sus tareas, [33] incluidas, en particular, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos y su eventual financiación pública. [34]

51. En este contexto procede examinar la incidencia en la noción de la estructura del sector al que el organismo se dedica. De entrada, no hay alusión alguna en la fórmula legal a la eventual concurrencia de empresas privadas, [35] lo que supondría un indicio de la naturaleza industrial o mercantil de la necesidad pública que pretende satisfacer, [36] pero insuficiente para excluir motivaciones ajenas a las de índole económica, [37] ya que el giro en un entorno cerrado no es indispensable para definir un organismo de derecho público. [38]

[32] – El Tribunal de Justicia ha adoptado una posición generosa sobre la noción de «necesidades de interés general». No la ha limitado al funcionamiento institucional del Estado o a la idea de orden público [sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros apartado 24, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España (C-283/00, Rec. p. I-11697), apartado 85], extendiéndola a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares [sentencia de 10 de mayo de 2001, Agorà y Excelsior (C-223/99 y C-260/99, Rec. p. I-3605), apartados 33 y 34], a la adquisición, la venta y el arrendamiento de bienes inmuebles, así como a la prestación de servicios de gestión inmobiliaria para un Ayuntamiento [sentencia de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros (C-18/01, Rec. p. I-5321), apartados 41 y 45] o a la construcción de viviendas destinadas a la venta y al alquiler para familias de recursos escasos (sentencia Comisión/Francia, apartado 47).

[33] – Sentencias de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, (C-373/00, Rec. p I-1931), apartado 66; y Korkonen y otros, apartados 48 y 59.

[34] – Sentencia Korkonen y otros, apartado 59.

[35] – Sentencia BFI Holding, ya citada, apartado 40.

[36] – Sentencias BFI Holding, apartado 49; Agorà y Excelsior, apartado 38 *in fine;* y Adolf Truley, apartado 60.

[37] – Sentencias BFI Holding, apartado 43, y Adolf Truley, apartado 61. Según el apartado 44 de la sentencia BFI Holding, parece difícil imaginar ocupaciones no realizables por empresas privadas, por lo que la ausencia de competidores deja sin contenido el concepto de organismo de derecho público de las Directivas.

[38] – Sentencia BFI Holding, apartado 47 *in fine.*

52. En este marco jurisprudencial se inserta la segunda pregunta del órgano administrativo remitente, empeñado en delimitar el mercado de referencia, para constatar su competencia, pero arranca de un presupuesto equivocado (en el que han incurrido todos los que han participado en este proceso prejudicial), según se desprende de lo que expongo al estudiar la primera pregunta.

53. En realidad, la Directiva 2004/18 respira una concepción subjetiva, comprendiendo a toda estructura organizativa que se comporte como «poder adjudicador», cualquiera que sea el ámbito material en el que opere (teoría del contagio), salvo que se implique en contratos excluidos en virtud de los artículos 12 a 18. Para los «organismos de derecho público», se exige su específica creación para satisfacer necesidades de interés general que carezcan de impacto industrial o mercantil, por lo que el mercado que se ha de considerar para valorar su nivel de competencia y para tildar su actividad de industrial o de mercantil es aquel para el que se fundaron, [39] en el caso de Fernwärme Wien el suministro de calefacción urbana por tuberías mediante la combustión de residuos.

54. Otro planteamiento conduciría a un resultado opuesto a la interpretación funcional defendida por la jurisprudencia comunitaria, [40] comprometiendo el efecto útil de la Directiva 2004/18. Bastaría, para eludir la aplicación de esta norma, que una entidad concebida sólo para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles se dedicara a negocios estrictamente comerciales, manteniendo su objeto inicial, y evitara, al ampliar los mercados en los que actúa, la calificación de «organismo de derecho público», de suerte que toda su contratación, de cualquier naturaleza, se llevara a cabo sin las exigencias de la armonización comunitaria. En el fondo, mi tesis complementa la solución de la sentencia Universale-Bau, [41] que contempló un supuesto inverso, pues había una empresa constituida para una actividad exclusivamente privada a la que, más tarde, se le encargó la explotación de un servicio público. En ambas hipótesis la interpretación funcional se orienta a que compañías gestoras de intereses generales capaces de operar al margen de las fuerzas del mercado contraten sin atenerse a esas propias fuerzas.

55. La Directiva 2004/18 no deja otra opción, pues al igual que el Estado o los entes locales no pierden la categoría de poder adjudicador cuando contratan en sectores abiertos, tampoco la pierden las estructuras que dichas administraciones

[39] – La sentencia BFI Holding, citada, matizó que la falta de acento industrial o mercantil ayuda a construir el concepto de necesidades de interés general (apartado 32).

[40] – Sentencias de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda (C-353/96, Rec. p. I-8565), apartado 36; BFI Holding apartado 62; Comisión/Francia apartado 43; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España (C-214/00, Rec. p. I-4667), apartado 53; y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España apartado 73.

[41] – Esta sentencia propugnó la ponderación de las actividades ejercidas por una entidad para comprobar si se creó para satisfacer necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil (apartado 56).

territoriales conciben con personalidad jurídica y bajo su dependencia para «satisfacer […] necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil». Este entendimiento rezuma aromas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La repetida sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros subrayó que el requisito de que el organismo se instituya «específicamente» para colmar esas necesidades no lo constriñe a proveer únicamente tales necesidades (apartado 26), sin dedicarse a otros menesteres, incluso mayoritariamente, pues la definición legal no tiene en cuenta la importancia relativa de ese tipo de actividades en su giro global (apartados 25, 26 y 31). [42]

56. En atención a lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia aclarar al Vergabekontrollsenat des Landes Wien que el suministro de calefacción urbana por tuberías es el mercado que ha de examinar para indagar si Fernwärme Wien merece la calificación de «organismo de derecho público» en el sentido del artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18.

57. De cualquier manera, la indagación propuesta en la segunda cuestión prejudicial parece irrelevante, porque, a raíz de los datos facilitados en la resolución de remisión, cualquiera que sea el campo delimitado (sólo la calefacción urbana por tuberías o también la producida mediante otros combustibles), en la actualidad Fernwärme Wien se ha revelado como la única empresa capaz de atender tal necesidad de interés general, pudiendo comportarse con criterios ajenos a los estrictamente económicos, coyuntura que justifica la intervención del derecho comunitario, para armonizar los criterios de adjudicación, abrir el mercado a la competencia y garantizar su transparencia.

C. *La posible ruptura de la teoría del contagio (tercera cuestión)*

58. La Comisión no ha sabido apreciar en su justa medida la tercera cuestión. El Vergabekontrollsenat des Landes Wien no quiere averiguar la relevancia del nivel de competencia en el mercado de referencia para determinar el sometimiento a las Directivas sobre contratación pública, extremo al que se dirige la segunda cuestión. Con mayor sencillez, pregunta si una «entidad adjudicadora» o un «poder adjudicador» que desarrolla al mismo tiempo actividades industriales o mercantiles en un mercado abierto, se sujeta, respecto de estas últimas actividades, a las Directivas de 2004 si, empleando mecanismos como la separación de balances y de contabilidades, elimina el riesgo de financiación cruzada entre los diversos ámbitos de su negocio empresarial.

59. La consulta carece de trascendencia en lo que concierne a la Directiva 2004/17, ya que, como he señalado, las «entidades adjudicadoras» se rigen por sus dictados sólo si operan en los sectores materiales que constituyen su objeto, excepto cuando la actividad se ejerza en libre competencia, ámbito en el que,

[42] – En la misma dirección, las sentencias BFI Holding (apartados 55 y 56), Adolf Truley (apartado 56) y Korhonen y otros (apartado 58), ya referidas.

como el artículo 30, apartado 1, de la propia Directiva subraya, no se aplican sus previsiones armonizadoras.

60. La tarea se ciñe, pues, a precisar si los «poderes adjudicadores», en particular los «organismos de derecho público», que trabajan tanto en mercados competitivos como en otros cerrados han de atenerse a la Directiva 2004/18 cuando contratan en los mercados abiertos concurriendo las circunstancias a las que se remite esta tercera cuestión prejudicial (inexistencia de financiación cruzada).

61. La teoría del contagio se explica en los objetivos de la normativa comunitaria que armoniza la contratación pública, expresados en el punto 31 de estas conclusiones. Se busca que quienes disponen de la aptitud para atribuir los contratos se guíen por criterios economicistas, eludiendo la tentación de seguir pautas extrañas que otorguen preferencia a los licitadores nativos en perjuicio de los foráneos, por lo que los «poderes adjudicadores», susceptibles, por definición, de abstraerse a las fuerzas del mercado, siempre han de someterse a la Directiva 2004/18. Esta Directiva, para calificar un contrato de público, no exige su vinculación con la función del «poder adjudicador» de satisfacer necesidades de interés general (artículo 1, apartado 2, en relación con los anexos I y II). La sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (apartado 32) expuso antes este razonamiento en relación con la Directiva 93/37.

62. Aquella teoría también se basa, como enfatizó la mencionada sentencia en el apartado 34, en el principio de seguridad jurídica, que aconseja independizar la noción de «organismo de derecho público» del mayor o menor peso específico de las actividades industriales o mercantiles.

63. En las conclusiones Impresa Portuale di Cagliari (punto 68), el abogado general Jacobs recomienda una salvedad para los casos en los que se demuestre la total separación económica, financiera y contable entre las distintas clases de negocios de un «organismo de derecho público».

64. No atisbo ningún inconveniente en aceptar, teóricamente, su recomendación; [43] sin embargo, la prudencia que ha de imperar en quien sienta jurisprudencia obliga a descartarla, pues, en el actual estado del mercado comunitario, la experiencia enseña que los negocios y las relaciones empresariales revisten gran complejidad, dificultando sobremanera una separación tan radical como la esbozada por mi colega, que, según aduce la resolución de remisión, sólo

[43] – En realidad, el abogado general Jacobs pretende trasladar a la contratación pública nociones nacidas en el mundo de las ayudas de Estado incompatibles con el mercado común, que motivan la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las operaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318, p. 17), al igual que justificaron a su predecesora de idéntico nombre [Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980 (DO L 195, p. 35)]

parece posible entre compañías independientes, y no siempre. Aunque las cuentas se lleven separadas y se rechacen las subvenciones cruzadas, la dirección estratégica, las decisiones estructurales y el patrimonio son únicos y nada garantiza la estanqueidad de los ámbitos de actuación ni que, en situaciones de crisis, las pautas de comportamiento de un mercado cerrado no incidan en las de una actividad industrial o mercantil, provocando que el «organismo de derecho público» adjudicador se mueva con criterios «para-económicos», riesgo que implicaría la aplicación de las normas comunitarias que armonizan la contratación pública. Así pues, la seguridad jurídica, fundamento de la posición del Tribunal de Justicia en este terreno, aconseja su mantenimiento.

65. Otros obstáculos también de orden práctico abundan en esta línea, ya que la carga de probar tal escisión de los diferentes sectores de actividad correspondería al «organismo de derecho público», por lo que habría que arbitrar algún remedio para controlar (preventivamente o *a posteriori)* sus decisiones preliminares de índole contractual y constatar, en un primer momento, la absoluta disgregación de los diversos sectores de su actividad y, acto seguido, la pertenencia del negocio emprendido al campo excluido de la armonización comunitaria; en otro caso se dejaría a su libre albedrío la aplicación de este bloque normativo. Este panorama enmaraña el complicado sistema comunitario de la contratación pública, [44] por lo que no sería pertinente una solución que, sin ventaja añadida alguna, perjudicara un principio nuclear como el de seguridad jurídica.

66. En suma, estimo que en toda hipótesis un «organismo de derecho público» queda bajo la Directiva 2004/18, cualquiera que sea la naturaleza de los contratos que celebra, salvo que estén expresamente excluidos por la Directiva (artículos 12 a 18).

VII. Conclusión

67. A la luz de las reflexiones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia:

1) Proclamarse incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Vergabekontrollsenat des Landes Wien, por no ser un órgano jurisdiccional del artículo 234 CE.

2) Subsidiariamente, si admitiera el reenvío, declarar que:

«a) Una “entidad adjudicadora” en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos

44 – En las conclusiones citadas (punto 60), el abogado general Jacobs recalca esta complejidad, que la Comisión también resaltó en su comunicación *La contratación pública en la Unión Europea,* COM(98) 143 final, de 11 de marzo de 1998, p. 3, y en el *Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro,* COM(96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996, p. 5, punto 2.10, y p. 8, punto 3.6.

de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, no se sujeta a sus dictados cuando actúa en actividades ajenas a las relacionadas en los artículos 3 a 7 de la propia Directiva.

b) El mercado que ha de examinar para determinar su grado de competencia e indagar si la compañía Fernwärme Wien GmbH constituye un “organismo de derecho público”, según el artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, es el del abastecimiento de calefacción urbana por tuberías en la ciudad de Viena.

c) Los contratos a los que se refiere la Directiva 2004/18 ofertados por un “organismo de derecho público”, incluidos los sometidos a la libre competencia, siempre se rigen por sus normas.»

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA

CVRIA
LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 27 de noviembre de 2007 [1]

Asuntos C-147/06 y C-148/06

SECAP SpA
contra
Comune di Torino
y
Santorso Soc. coop. arl
contra
Comune di Torino

(Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Consiglio di Stato de la República Italiana)

«Contratos públicos de obras – Procedimientos de adjudicación – Ofertas anormalmente bajas – Verificación contradictoria – Contratos excluidos de las Directivas sobre coordinación procedimental – Principios del derecho comunitario de la contratación – Aplicación a los contratos excluidos – Normativa nacional que obliga a rechazar automáticamente las ofertas anormalmente bajas, sin previo trámite de audiencia»

[1] – Lengua original: español.

ES

I. Introducción

1. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) de la República Italiana, al amparo del artículo 234 CE, pregunta a este Tribunal de Justicia si el artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, [2] trasciende la propia Directiva y rige también la atribución de los contratos no comprendidos en su ámbito de aplicación.

2. La sentencia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, [3] interpretando dicho precepto, tildó de «fundamental» que cada licitador sospechoso de haber depositado una oferta anormalmente baja haga valer su opinión, aportando las justificaciones pertinentes (apartado 53).

3. En este reenvío se intenta dilucidar si aquella norma de derecho positivo encierra un principio general del orden comunitario, operativo en la contratación administrativa con independencia de su sometimiento a las Directivas sectoriales. [4]

4. El alto tribunal italiano plantea el dilema en una tesitura muy particular: una regulación interna que obliga a la exclusión automática de ese tipo de ofertas en los procedimientos de adjudicación de los contratos de cuantía inferior a la indicada en las Directivas, a la que se añade una práctica mediante la que, en esta clase de contratos, algunos licitadores influyen en el desenlace del concurso, con el ardid [5] de confabularse para presentar presupuestos parejos con el fin de provocar un determinado umbral de anomalía y dejar fuera a otros aspirantes.

[2] – DO L 199, p. 54.

[3] – Asuntos C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233.

[4] – Además de la Directiva 93/37 en cuanto al contrato de obras, está la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976 (DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29), después modificada por la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199, p. 1), para el contrato de suministro. Los contratos de servicios y la coordinación de sus procedimientos de adjudicación se contemplaban en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (DO L 209, p. 1). Estas normas [modificadas por la Directiva 97/52/CE (DO L 328, p. 1)] han sido codificadas y fusionadas en un único texto: 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 suministro, de servicios y de obras (DO L 134, p. 114).

[5] – Este tipo de ardides han existido siempre y Homero, *Odisea*, Ed. Gredos, trad. de José-Manuel Pavón, Madrid, 1993, relata múltiples ejemplos de la proverbial astucia de Ulises, como en la aventura del canto IX, cuando el héroe, prisionero de Polifemo, lo emborracha y le cuenta que se llama Ninguno; aprovechando la somnolencia provocada por el vino, Ulises le clava en su único ojo una estaca de olivo candente; ante los gritos de auxilio del cíclope, sus congéneres le preguntan qué le ocurre, quién le ataca, a lo que Polifemo responde «Ninguno me mata por dolo», malogrando así que acudieran en su defensa. (verso 408, p. 239).

5. Este incidente prejudicial reviste, pues, gran trascendencia, ya que se refiere a los principios generales del derecho comunitario, pero no olvida que la solución sólo puede fundarse en el sistema jurídico de la Unión Europea. En ambas dimensiones debe moverse el Tribunal de Justicia, facilitando al órgano jurisdiccional italiano una respuesta eficaz para resolver el litigio.

II. El marco jurídico

A. *El derecho comunitario*

6. Los artículos 43 CE y 49 CE proclaman, respectivamente, las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. La Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, [6] que puso en marcha la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de contratación pública, asumió como empeño básico, según subrayaba su primer considerando, la realización simultánea de aquellas dos libertades. Esta Directiva, que regía únicamente para los contratos de importe igual o superior a un millón de unidades de cuenta (octavo considerando), señaló como criterios de adjudicación el del precio inferior o el de la opción económicamente más ventajosa (artículo 29, apartado 1) y presagió que habría ofertas anormalmente bajas, posibilitando su exclusión, previa audiencia del licitador temerario (artículo 29, apartado 5).

7. Al interpretar este último precepto, el Tribunal de Justicia resolvió que el rechazo sólo se adoptaría después de brindar al empresario la oportunidad de aclarar su propuesta, es decir, una vez tramitado un procedimiento contradictorio de verificación, repudiando, por tanto, los descartes automáticos. [7]

8. La Directiva 71/305 experimentó sucesivas y dispersas modificaciones, [8] lo que aconsejaba su codificación, acometida también para salvaguardar las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (segundo considerando) por la Directiva 93/37. Aplicable a los contratos a partir de 5 millones ECU (artículo 6, apartado 1) y fiel a los criterios de adjudicación precedentes (artículo 30, apartado 1), esta Directiva 93/37 reprodujo el tenor del antiguo artículo 29, apartado 5, con ligeras alteraciones, en el artículo 30, apartado 4:

[6] – Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9).

[7] – Así lo entendió la sentencia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartados 16, 18 y 19, que prohibió las eliminaciones de oficio mediante criterios mecánicos (punto 1 de la parte dispositiva), doctrina reiterada en la sentencia de 18 de junio de 1991, Donà Alfonso (C-295/89, Rec. p. I-2967). Había el antecedente de la sentencia de 10 de febrero de 1982, Transporoute (76/81, Rec. p. 417), apartado 18.

[8] – Una afectó al artículo 29, apartado 5, con nueva redacción desde la Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989 (DO L 210, p. 1).

«Si, para un contrato determinado, alguna oferta se estima anormalmente baja, con relación a la prestación, antes de rechazarla, el poder adjudicador solicita, por escrito, las precisiones oportunas sobre la composición de la oferta y verifica esta composición a la luz de las justificaciones aportadas.

El poder adjudicador aprecia las justificaciones que hagan referencia a la economía del procedimiento de construcción, a las soluciones técnicas aprobadas, a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras o a la originalidad del proyecto.

Si los documentos relativos al contrato disponen la adjudicación al precio más bajo, el poder adjudicador comunica a la Comisión el rechazo de las ofertas demasiado bajas.

[…]»

9. La Directiva 2004/18, que los Estados miembros debían trasponer antes del 31 de enero de 2006 (artículo 80, apartado 1), ha derogado la Directiva 97/37, desde el 31 de marzo de 2004 (artículos 82 y 83). En la adjudicación de los contratos de obras cuyo precio ascienda al menos, a 5.278.000 EUR [artículo 7, letra c)], [9] los poderes adjudicadores están facultados para omitir las propuestas anormalmente bajas, mediando la tramitación de un procedimiento contradictorio de comprobación (artículo 55, apartados 1 y 2).

B. *La normativa italiana*

10. El apartado 4 del artículo 30 de la Directiva 97/37 fue incorporado al derecho italiano por el artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley nº 109/1994, de 11 de febrero de 1994, Ley marco en materia de obras públicas, [10] añadido a su redacción originaria por el artículo 7 de la Ley nº 216/1995, de 2 de junio. [11] Conforme a ese precepto:

«En los casos de adjudicaciones de contratos públicos de obras por valor igual o superior a 5 millones de ecus, según el criterio del precio más bajo, contemplado en el apartado 1, la Administración interesada evalúa la anomalía de las ofertas a las que alude el artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, en relación a todas las ofertas que supongan una baja igual o superior a la media aritmética de las rebajas porcentuales de todas las ofertas admitidas, con

[9] – Según la redacción del Reglamento (CE) nº 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005 (DO L 333, p. 28).

[10] – *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (en lo sucesivo, «GURI») nº 41, de 19 de febrero de 1994, p. 5.

[11] – GURI nº 127, de 2 de junio de 1995, p. 3. Este texto legal es el resultado de la convalidación, con modificaciones, del Decreto-ley nº 101/1995, de 3 de abril, sobre normas urgentes en materia de obras públicas (GURI nº 78, de 3 de abril de 1995, p. 8).

exclusión del 10 %, redondeado a la unidad superior, de las ofertas que contengan respectivamente la mayor y la menor rebaja, incrementada en la diferencia media aritmética de las bajas porcentuales que superen la precitada media.

La Administración pública pondera, en un plazo de sesenta días desde la presentación de las ofertas, las justificaciones sustentadas en la economía del procedimiento de construcción, en las soluciones técnicas emprendidas o en las condiciones especialmente favorables de que disfrute el licitador, con exclusión, en todo caso, de las apreciaciones sobre todos aquellos elementos cuyos valores mínimos se fijan en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o se señalan en catálogos oficiales.

Las ofertas se acompañan de las justificaciones sobre los componentes más significativos del precio, obrantes en el anuncio de licitación o en la invitación escrita, cuyo importe conjunto no sea inferior al 75 % del importe base de la licitación.

Sólo para los contratos de obras públicas de cuantía inferior al umbral comunitario, la Administración interesada excluye automáticamente del concurso las ofertas con una rebaja porcentual igual o superior a la del primer párrafo de dicho apartado. Este régimen de exclusión automática no se aplica cuando el número de ofertas válidas sea menor de cinco.» [12]

11. El Decreto Legislativo nº 163, de 12 de abril de 2006, [13] desarrolla en el ordenamiento nacional la Directiva 2004/18. En los preceptos sobre las ofertas excesivamente bajas (artículos 86 a 88) ha desaparecido el último párrafo del artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley nº 109/94.

III. Los litigios principales

12. En acuerdo de 28 de enero de 2003, el Ayuntamiento de Turín optó por dejar sin efecto *pro futuro* el artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley nº 109/94, para eludir la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas, de modo que, en la adjudicación de obras municipales, incluidas las que no alcanzaban el umbral comunitario, tales ofertas se comprobarían conforme al procedimiento contradictorio instaurado en la Directiva 93/37.

13. Las sociedades italianas SECAP SpA (asunto C-147/06) y Santorso Soc. Coop. arl. (asunto C-148/06) participaron en sendos concursos públicos convocados por la mencionada corporación para la ejecución de ciertos trabajos, [14]

[12] – Redacción introducida por el artículo 7 de la Ley nº 415/1998, de 18 de noviembre de 1998 (GURI nº 284, de 4 de diciembre de 1998, suplemento ordinario. p. 5).

[13] – GURI nº 100, de 2 de mayo de 2006.

[14] – La transformación de un antiguo palacio en albergue de juventud (4.699.999 euros) y la recalificación ambiental de la calle Francia, entre las plazas Statuto y Bernini (5.172.579 euros), respectivamente.

cuyos importes no sobrepasaban el referido umbral. Los anuncios de licitación corroboraban el criterio del mayor descuento, previa verificación de las proposiciones irregulares, sin descartar de manera automática, en virtud del acuerdo de 28 de enero de 2003, las anormalmente bajas. Sus propuestas resultaron las primeras entre las «correctas», pero, antes de decidir, la entidad municipal constató la seriedad de las que parecían anómalas, resolviendo atribuir los contratos a otros concurrentes.

14. Ambas compañías recurrieron ante el Tribunale amministrativo regionale de Piamonte y adujeron que el artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley nº 109/94 prescinde mecánicamente de las ofertas anómalas, impidiendo a las entidades adjudicadoras oír a sus autores y examinarlas antes de rehusarlas. El órgano jurisdiccional no compartió ese argumento y desestimó las demandas, porque, en su opinión, el precepto autoriza la eliminación automática de las ofertas anormalmente bajas, pero no lo impone, por lo que nada obsta a que la Administración contratante escuche a sus autores y las coteje.

15. El Consiglio di Stato, encargado de los recursos interpuestos por las demandantes, apoya su tesis y censura la interpretación del tribunal regional, pero no permanece insensible a las exigencias del derecho comunitario, alegadas por el Ayuntamiento de Turín, por lo que, al abrigo del artículo 234 CE, plantea al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas:

«1) ¿Constituye un principio fundamental del derecho comunitario la norma del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE o la análoga del artículo 55, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/18/CE (si se entiende que este último es pertinente), a cuyo tenor, cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas con relación a la prestación, antes de rechazarlas, el poder adjudicador está obligado a solicitar por escrito las precisiones oportunas sobre su composición y a verificarlas según las justificaciones aportadas?

2) Si la respuesta a la cuestión anterior fuera negativa, la norma del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE o la análoga del artículo 55, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/18/CE (si se entiende que este último es pertinente), a cuyo tenor, cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas con relación a la prestación, antes de rechazarlas, el poder adjudicador está obligado a solicitar por escrito las precisiones oportunas sobre su composición y a verificarlas según las justificaciones aportadas, aunque no reúne las cualidades de un principio fundamental del derecho comunitario, ¿es un corolario implícito o un «principio derivado» del principio de competencia, en relación con los de transparencia administrativa y de no discriminación por razón de nacionalidad y, por tanto, en cuanto tal, está dotado de carácter vinculante inmediato y prevalece sobre las normas internas eventualmente divergentes, promulgadas por los Estados miembros para regular los contratos de obras

públicas no comprendidos en el ámbito de aplicación directa del derecho comunitario?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

16. El presidente del Tribunal, en auto de 10 de mayo de 2006, acumuló los dos asuntos, en atención a su conexión objetiva.

17. Las empresas demandantes en los procesos principales, el Ayuntamiento de Turín, los Gobiernos italiano, alemán, austriaco, eslovaco, francés, lituano y neerlandés, así como la Comisión, han depositado observaciones escritas, de diversa orientación, aunque susceptibles de aglutinarse en dos categorías: la que milita bajo la égida del Ayuntamiento de Turín, entre las que se incluyen Lituania, Eslovaquia [15] y la Comisión, y la de todos los demás participantes en este reenvío, que patrocinan respuestas negativas a las cuestiones prejudiciales. Han comparecido en la vista sustanciada el 25 de octubre de 2007, para exponer oralmente sus alegaciones, los representantes de Santorso Soc. coop. arl, del Ayuntamiento de Turín, de los Gobiernos de Italia, Alemania y Lituania, así como el de la Comisión.

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales

18. Las dos preguntas del Consiglio di Stato se reducen, en la práctica, a una sola para dirimir si el artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37, que somete a un debate contradictorio las ofertas anormalmente bajas antes de decidir sobre su eventual exclusión, rige en los contratos exceptuados de su ámbito de aplicación; en otras palabras, si, para esta clase de contratos, el citado precepto se opone a que los Estados miembros decreten la eliminación automática de aquel tipo de ofertas.

19. Conviene, pues, indagar la naturaleza de esa regla para determinar si se integra en el derecho comunitario originario, trascendiendo la Directiva 93/37.

A. *El punto de partida*

20. La pesquisa se asienta sobre unos sólidos cimientos, firmemente anclados en la jurisprudencia, que ya he examinado; [16] los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos que, por diferentes causas (cuantitativas o conceptuales), quedan al margen de las Directivas sobre la materia no escapan a la disciplina del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, de suerte que sus principios

[15] – Aunque con algunos matices frente a la postura de Lituania y de la corporación de Turín, toda vez que, postulando el rechazo de la primera cuestión prejudicial, el Gobierno eslovaco se resiste a disociar la regla del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37 de los principios instaurados por el Tratado, convergiendo así con la decisión municipal.

[16] – Conclusiones de 8 de noviembre de 2006 en el asunto C-412/04, Comisión/Italia, en el que aún no ha recaído sentencia (puntos 44 a 47).

fundamentales y, en especial, las libertades básicas de circulación, se erigen en barreras infranqueables.

21. Esta idea, plasmada en el segundo considerando de la Directiva 2004/18, [17] ha adquirido cierta solera en los anales del Tribunal de Justicia. [18] La sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, [19] declaró que las entidades contratantes están obligadas a respetar las normas del Tratado en la atribución de los contratos excluidos del ámbito de las Directivas sectoriales (apartado 60), [20] doctrina reiterada en la sentencia de 18 de junio de 2002, HI (apartado 47), [21] y asumida más recientemente, con la mayor naturalidad**,** sin invocación de precedente alguno, en la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname. [22]

22. A su vez, el auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, [23] subrayó que el mero hecho de que los procedimientos especiales y rigurosos de las Directivas no

[17] – «La adjudicación de los contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, a los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como a los principios que de estas libertades se derivan, como el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia […]»

[18] – También en la Comisión, concretamente en la «Comunicación interpretativa sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública» (DO 2006, C 179, p. 2, en especial, pp. 5 y 6).

[19] – Asunto C-324/98, Rec. p. I-10745.

[20] – En ese asunto, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), reemplazada por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (DO L 134, p. 1).

[21] – Asunto C-92/00, Rec. p. I-5553. En realidad, esta sentencia, más que a un contrato excluido de una directiva, se refirió a un trámite no contemplado en la norma: el Tratado exigía una vía de recurso contra la decisión de cancelar la licitación, no reflejada en la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50.

[22] – Asunto C-231/03, Rec. p. I-7287. El apartado 16 de esta sentencia recordó que la adjudicación de una concesión de esta índole (para la gestión del servicio público de distribución de gas por una sociedad de capital mayoritariamente público) no se rige por ninguna de las directivas que regulan el ámbito de los contratos públicos. A falta de una norma específica, deben analizarse las consecuencias del derecho comunitario en la adjudicación de tales concesiones a la luz del derecho primario y, singularmente, de las libertades fundamentales del Tratado. En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parkíng Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 46, y de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartado 18.

[23] – Asunto C-59/00, Rec. p. I-9505.

sean apropiados para los contratos de escaso valor no implica que el derecho comunitario los ignore, ya que también han de acatar el Tratado (apartados 19 a 21), [24] si revisten interés para los operadores establecidos en otros Estados miembros. [25] La sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, [26] insistió en esta línea (apartado 33).

23. La fijación de un umbral económico para el sometimiento a las Directivas sobre contratos se basa en una presunción: los de reducida cuantía no atraen a los operadores establecidos allende las fronteras nacionales; carecen, pues, de envergadura comunitaria. Pero esta presunción, *iuris tantum*, admite prueba en contrario, por lo que, como aduce la Comisión en sus observaciones escritas, no cabe desechar que un contrato de escaso valor seduzca a los empresarios foráneos, en función, por ejemplo, del lugar de ejecución, próximo a su país, o porque beneficie su estrategia comercial.

24. Así pues, no puede negarse el carácter convencional de aquel límite cuantitativo, por lo que nada obsta a que un contrato de importe inferior llame la atención en otros Estados miembros, introduciendo el factor que desencadena la atracción del derecho comunitario y de sus objetivos. Consecuentemente, los procedimientos de adjudicación de estos contratos, que, pese a su magro interés, alcanzan trascendencia europea han de ajustarse a los principios del Tratado, sin perjuicio de que los de precio superior a las cantidades indicadas en las Directivas se atengan a las disposiciones de coordinación más estrictas. [27]

25. Una de tales disposiciones, la del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37, aplicable *ratione temporis* a los litigios principales, reiterada en el artículo 55, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/18, veda la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas. Pues bien, el Consiglio di Stato quiere saber si esta prohibición es una regla fundamental del derecho comunitario o, al menos, un corolario del principio de competencia en relación con los de transparencia administrativa y de no discriminación por la nacionalidad, cuyo respeto preside también la adjudicación de los contratos no comprendidos en las repetidas Directivas.

B. *Menos que un principio fundamental…*

26. Las nociones «principio fundamental» o «norma fundamental», empleadas por la jurisprudencia que he citado, tienen un contenido muy preciso. No aluden a

[24] – Dicha resolución calificó de contraria al artículo 28 CE la cláusula del pliego de condiciones de un contrato de obras de cuantía mínima, que requería, sin mayor explicación, la utilización de productos de cierta marca.

[25] – Apartado 20, *a contrario sensu*, de la sentencia Coname.

[26] – Asunto C-264/03, Rec. p. I-8831.

[27] – Conviene rememorar la segunda parte del segundo considerando de la Directiva 2004/18.

todo elemento axiológico latente en el Tratado; tampoco a cualquier medida aprobada para lograr sus fines; se emplazan justamente entre ambos extremos, en la letra del derecho originario, allí donde el «constituyente» comunitario situó las metas que se proponía con los medios primordiales para conseguirlas. Una somera lectura de los artículos 2 CE y 3 CE revela que se refieren al tránsito sin restricciones de personas, mercancías, servicios y capitales, instaurado a través de las correspondientes libertades de circulación (artículos 23 CE, 43 CE y 49 CE), a las que se agrega, como valor transversal que inspira un proyecto de integración entre varios países, la abolición de toda discriminación por la nacionalidad (artículo 12 CE).

27. Esta tesis, semejante a la del segundo considerando de la Directiva 2004/18, se adivina también en los pronunciamientos reseñados. La sentencia Telaustria y Telefonadress invocó ese principio de trato igualitario entre los nacionales de los diferentes Estados miembros (apartado 60); además la sentencia HI aludió a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (apartados 42 y 47); el auto Vestergaard acudió como *ratio decidendi* a la otra libertad de circulación, la de mercancías (apartado 21); y la sentencia Coname recurrió de nuevo a los artículos 43 CE y 49 CE, para rechazar una discriminación indirecta por la nacionalidad.

28. Si bien se mira, los «principios fundamentales» del Tratado, capaces de modular la potestad de los Estados miembros en los procedimientos de adjudicación de los contratos excluidos de la coordinación emprendida por las Directivas sectoriales, coinciden con los evocados por estas mismas Directivas en sus preámbulos, que han sido enfatizados por el Tribunal de Justicia.

29. Esta circunstancia, por lo demás, no debe extrañar a nadie, ya que, como el considerando segundo de la Directiva 2004/18 recalca, sus prescripciones derivan de aquellos principios, pues las Directivas reseñadas persiguen un fin inmediato limitado, la mencionada coordinación procedimental, para implantar una competencia objetiva en la contratación pública, [28] en aras de la realización de las libertades esenciales de la integración europea. Más en particular, se pretende suprimir las trabas a la libre circulación, protegiendo los intereses de los operadores económicos de un Estado miembro que desean vender bienes o servicios a las entidades adjudicadoras de otros Estados miembros. [29]

30. El reverso de esta imagen deja percibir que el empeño es doble: eliminar el riesgo de que se otorgue preferencia a los licitadores nacionales *(buy national)* y de que el órgano competente para la adjudicación se guíe por estimaciones ajenas

[28] – Sentencia Fratelli Costanzo, apartado 18.

[29] – Sentencias de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821), apartado 41; de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec. p. I-8035), apartado 16; y de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia (C-237/99, Rec. p. I-939), apartado 41.

a las financieras [30] (así, el criterio primordial de adjudicación es siempre el de la oferta más baja o la económicamente más ventajosa).

31. En este contexto, la primera cuestión prejudicial sólo merece una respuesta negativa, ya que la eliminación automática, en la adjudicación de un contrato público de obras, de las ofertas anormalmente bajas no supone una máxima nuclear del Tratado, pues las expresadas libertades básicas o la referida prohibición de discriminación no requieren en toda circunstancia y con carácter absoluto oír al licitador que emite una oferta de esa índole antes de que se decida su suerte.

32. Entre otros motivos, porque el principio de eficacia, activo también en el derecho comunitario de la contratación pública, impone su lógica. A la postre, la gestión de intereses generales demanda esa eficacia, que en ocasiones, no soporta el ritmo de un procedimiento de selección colmado de garantías. [31]

C. *...pero más que una mera regla de derecho positivo*

1. Los principios implícitos

33. El artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37 tampoco incorpora una precaución discrecional del legislador, incluso caprichosa, sin conexión externa alguna, que bien podría no haber existido.

34. Ya he avanzado que la sentencia Lombardini y Mantovani calificó de «fundamental» el trámite de audiencia organizado en esa norma. [32] Tras el adjetivo se esconde la convicción de que la verificación contradictoria de las ofertas anormalmente bajas resulta imprescindible para lograr una competencia real en la contratación pública, garantizando las libertades de circulación, lo que conlleva, según señalo en las conclusiones de ambos asuntos, la participación de los postulantes en pie de igualdad, sin asomo alguno de discriminación (punto 24).

35. La proscripción de cualquier discriminación, singularmente si enarbola la nacionalidad como pretexto, implica una obligación de transparencia, asegurando a todo licitador potencial una publicidad adecuada para extender el mercado a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación,

[30] – Sentencias de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartado 33; BFI Holding, apartado 42; University of Cambridge, apartado 17; y Comisión/Francia (C-237/99), apartado 42.

[31] – Punto 30 de mis conclusiones de 5 de junio de 2001 en el asunto en el que se dictó la sentencia Lombardini y Mantovani.

[32] – La propia sentencia subrayó que, conforme al precepto debatido, incumbe a la entidad adjudicadora identificar las ofertas sospechosas, dar a las empresas afectadas la oportunidad de demostrar su seriedad, valorar la pertinencia de las informaciones facilitadas y tomar la decisión de rechazarlas o de admitirlas (apartado 55).

según puso de manifiesto la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S (apartados 61 y 62). [33]

36. En esta tesitura parece legítimo preguntarse, como hace el Consiglio di Stato, si el reiterado artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37, pese a no expresar un principio fundamental del derecho de la Unión Europea, trasluce uno de sus corolarios irrenunciables, al que deben sujetarse los contratos administrativos, con independencia de su sometimiento a las Directivas**,** siempre que revistan interés comunitario

37. En otros términos, si la exclusión automática de las ofertas anómalas conculca esos corolarios, ¿cabría aplicar la regla controvertida a los contratos que no entran en el ámbito de la Directiva 93/37?

2. Los licitadores y la noción de oferta anormalmente baja

38. La noción de oferta anormalmente baja no se construye con perfiles abstractos; al contrario, se define por referencia al contrato que se ha de adjudicar, en relación con la prestación [34] sobre la que recae. Reúne, pues, las notas de un concepto jurídico indeterminado, impreciso *a priori*, pero predecible en función de las peculiaridades del objeto negocial.

39. Esta característica se acentúa en el sistema italiano, que profundiza la noción, atendiendo al contenido del negocio y a la factura de las diferentes propuestas, mediante un mecanismo matemático de fijación del umbral de anomalía.

40. Los concursantes, que, gracias a la propaganda, saben de la prestación y de su naturaleza, elaboran sus proyectos reservadamente, de manera que cada uno es el conocedor exclusivo del suyo. Por lo general, teniendo en cuenta que el sistema prima la oferta más baja o la económicamente más ventajosa, se aportan presupuestos muy ajustados, en busca del precio más reducido, aun a costa de mermar el beneficio empresarial.

41. Por tanto, todos asumen idéntico riesgo de que su oferta, una vez abiertas las plicas, se integre entre las anómalas.

42. Pero este equilibrio se rompe cuando uno o varios competidores disfrutan de los elementos de juicio pertinentes para incidir en la fijación del umbral de anomalía, quebrando así la ecuanimidad imprescindible.

[33] – Asunto C-275/98, Rec. pág. I-8291. En esta orientación se situaron también las sentencias Telaustria y Telefonoadress (apartados 61 y 62) y Parking Brixen (apartado 49).

[34] – Punto 32 de las conclusiones Lombardini y Mantovani.

3. Las prácticas colusorias en la presentación de las ofertas

43. El Consiglio di Stato, ponderando los hechos aducidos por el Ayuntamiento de Turín, esboza un cuadro, que este Tribunal de Justicia no puede ignorar, en el que la exclusión automática de las rebajas irrazonables, ineludible a tenor del último párrafo del artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley nº 109/1994, incentiva los acuerdos colusorios entre las empresas para influir *ex ante* en el resultado del proceso selectivo.

44. Ante este panorama el derecho comunitario no se mantiene al margen.

45. Parece evidente que la mecánica eliminación de las ofertas que, conforme al primer párrafo del referido precepto, se revelen anormalmente bajas no es en sí misma discriminatoria, dada su objetividad. Expongo en las conclusiones Lombardini y Mantovani que la legislación italiana introduce un dispositivo aritmético y automático de fijación del umbral de anomalía, adaptado perfectamente al diseño de la Directiva 93/37, favoreciendo que el mercado localice para cada contrato el límite a partir del que una oferta se reputa fuera de norma. Todos los aspirantes permanecen en pie de igualdad, sin que ninguno juegue con ventaja para preparar su proposición (puntos 33 y 35). Así pues, el rechazo directo, sin oportunidad de explicarse, de los licitadores irregulares a nadie discriminaría.

46. Mas el juicio varía si, en virtud de pactos torticeros, un grupo de empresarios, de ordinario los que operan en el mercado territorial del contrato, se conciertan para confeccionar presupuestos homogéneos, con diferencias infinitesimales, otorgando la cualidad de anormalmente bajos a los de los concurrentes marginados de la argucia, sin posibilidad de defenderse ni de acreditar la solvencia de su opción.

47. Se compromete así la transparencia y la sana competencia, postulados del derecho comunitario en el sector de los contratos públicos, pues, cuando los perjudicados estén establecidos en otros Estados miembros, deben tener la ocasión de comentar su posición si no se quiere incurrir en una discriminación repudiada en el Tratado. El Ayuntamiento de Turín ha expuesto en la vista de este proceso prejudicial que, tras la decisión de no aplicar la normativa nacional, se ha producido una reducción significativa de las ofertas realizadas con el propósito de alterar la libre competencia.

48. En suma, los postulados citados exigen que, en la adjudicación de los contratos con relevancia comunitaria, la Administración contratante atienda, en el seno de un debate contradictorio, las alegaciones de los empresarios cuyas ofertas se hayan calificado de anormalmente bajas. Se oponen, pues, a una normativa nacional que, para los contratos de cuantía inferior al umbral de las Directivas sectoriales, impone la exclusión automática de esas ofertas, sin trámite de audiencia.

4. El derecho a una buena administración

49. A la anterior dimensión, objetiva y abstracta, que trasciende los intereses individuales de los empresarios inmersos en un proceso de selección, se añade otra subjetiva, en la que sus derechos y, en particular, la prohibición de indefensión en el procedimiento administrativo adquieren gran relevancia.

50. Esa prohibición de indefensión está expresamente aceptada en el ordenº jurídico de todos los Estados miembros y forma parte del derecho a una buena administración, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [35] proclama en el artículo 41, dentro del capítulo V, dedicado a la ciudadanía. El apartado 2 de este precepto reconoce el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual.

51. La Carta, cuya importancia destacó el Tribunal de Justicia en fechas recientes, especialmente en la sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, [36] y en la sentencia de 8 de mayo de 2007, Advocaten voor de Wereld, [37] requiere que el licitador, antes de ser eliminado, exponga su opinión para convencer al poder adjudicador de la corrección de su propuesta.

52. Coincido con la Comisión en que este derecho, aisladamente entendido, no supone escuchar siempre al empresario presuntamente temerario, puesto que, en principio, ya está protegido con el examen imparcial de las ofertas, conforme a criterios predeterminados, objetivos y no discriminatorios. Pero un concursante en riesgo de ser preterido por el concierto de otros padece una desventaja, agravada si, además, no se le deja hacer alegaciones.

53. Así pues, el derecho a ser oído por la Administración suministra argumentos para desechar una exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas, pues, como he indicado, la noción de «anormalidad» representa un concepto jurídico indeterminado, que se completa en cada supuesto en función de las peculiaridades concurrentes.

54. Por tanto, el derecho a una buena administración desaconseja suprimir la verificación contradictoria de las ofertas antes de pronunciarse sobre su pertinencia, aun en los contratos marginados de las Directivas sectoriales, pues conllevaría una disminución de las garantías instauradas en las llamadas Directivas «recursos». [38]

[35] – DO 2000, C 364, p. 1.

[36] – Asunto C-540/03, Rec. p. I-5769.

[37] – Asunto C-303/05, aún no publicada en la Recopilación. Sobre la naturaleza de la Carta, los puntos 76 a 79 de mis conclusiones en dicho asunto.

[38] – La Directiva 89/665, ya citada, y la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, que coordina las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas a la

5. El margen de maniobra de los Estados miembros

55. De todo lo expuesto se deduce que el derecho comunitario se opone a una regulación nacional que exige a los poderes adjudicadores el rechazo automático de las ofertas anormalmente bajas en los contratos públicos para los que no rigen las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación; recomienda, por el contrario, brindar a tales poderes la ocasión de valorar, dependiendo de las circunstancias de cada caso, la conveniencia de iniciar un trámite de audiencia para comprobar de manera contradictoria, su estructura. [39]

56. Mas, la autonomía de los Estados miembros los libera de seguir el cauce del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37, permitiéndoles definir los medios para proteger los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los ciudadanos, sin más límites que los derivados de los principios de equivalencia y de efectividad, a saber: los procedimientos no pueden ser menos favorables que los previstos para la tutela de los derechos basados en el orden interno y han de organizarse de modo que no hagan en la práctica difícil o casi imposible la finalidad perseguida. [40]

VI. Conclusión

57. En atención a las precedentes reflexiones, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Consiglio di Stato de la República Italiana, declarando que:

«Los principios de libre competencia, de transparencia administrativa y de no discriminación por razón de la nacionalidad, que inspiran el derecho comunitario de la contratación pública, así como el derecho a una buena administración, se oponen a una normativa nacional que, en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos excluidos de las Directivas sobre la materia, constriñe al poder adjudicador a rechazar automáticamente las ofertas anormalmente bajas, sin ninguna posibilidad de verificación contradictoria.»

aplicación de las normas comunitarias en materia de procedimiento de contratación de los entes responsables del suministro de agua y energía y de los entes que proporcionan servicios de transporte, así como de los que operan en el sector de las telecomunicaciones (DO L 76, p. 14).

[39] – La sentencia de 7 de octubre de 2004, Sintesi (C-247/02, Rec. p. I-9215), censuró una normativa nacional que sujetaba los órganos de contratación a un único criterio de adjudicación de los contratos públicos de obras, privándolos de apreciar la naturaleza y las peculiaridades de tales contratos, según el criterio más idóneo para asegurar la libre competencia y seleccionar así la mejor oferta (apartado 40).

[40] – En una constante jurisprudencia, de la que la sentencia de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), significa el primer eslabón.

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA
CVRIA
LUXEMBOURG
EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 28 de febrero de 2008 *

«Directiva 85/337/CEE – Evaluación de las repercusiones de los proyectos sobre el medio ambiente – Aeropuerto dotado de una pista de despegue y aterrizaje de más de 2.100 metros de largo»

En el asunto C-2/07,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Cour de cassation (Bélgica), mediante resolución de 14 de diciembre de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de enero de 2007, en el procedimiento entre

Paul Abraham y otros

y

Région wallonne,

Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset,

T.N.T. Express Worldwide (Euro Hub) SA,

Société nationale des voies aériennes-Belgocontrol,

État belge,

Cargo Airlines Ltd,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, y los Sres. L. Bay Larsen, K. Schiemann, P. Kūris y J.-C. Bonichot (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

* Lengua de procedimiento: francés.

Secretario: Sr. M.-A. Gaudissart, jefe de unidad;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 18 de octubre de 2007;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre del Sr. Abraham y otros, por Mes L. Misson, L. Wysen y X. Close, avocats, y por la Sra. A. Kettels, Rechtsanwältin;

– en nombre del Sr. Beaujean y otros, por Mes L. Cambier y M. t'Serstevens, avocats;

– en nombre del Sr. Dehalleux y otros, por Me L. Cambier, avocat;

– en nombre del Sr. Descamps y otros, por Me A. Lebrun, avocat;

– en nombre de la Région wallonne, por Me F. Haumont, avocat;

– en nombre de la Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset, por Me P. Ramquet, avocat;

– en nombre de T.N.T. Express Worldwide (Euro Hub) SA, por Mes P. Henfling y V. Bertrand, avocats;

– en nombre del Gobierno belga, por las Sras. A. Hubert y C. Pochet, en calidad de agentes, asistidas por Me F. Haumont, avocat;

– en nombre del Gobierno checo, por el Sr. T. Boček, en calidad de agente;

– en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. M. Konstantinidis y J.-B. Laignelot, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 29 de noviembre de 2007;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 175, p. 40; EE 15/06, p. 9), en su redacción anterior a la resultante de la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de

1997 (DO L 73, p. 5), y, en particular, del punto 7 de su anexo I y del punto 12 de su anexo II.

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre numerosos residentes en las inmediaciones del aeropuerto de Lieja-Bierset (Bélgica) y la Región Valona, la Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset, T.N.T. Express Worldwide (Euro Hub) SA (en lo sucesivo, «T.N.T. Express Worldwide»), la Société nationale des voies aériennes Belgocontrol, el Estado belga y Cargo Airlines Ltd, relativo a la contaminación acústica resultante de la instalación, en dicho aeropuerto, de una terminal de carga aérea.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 La Directiva 85/337, aplicable al caso de autos en su redacción original, tiene por objeto, según su artículo 1, apartado 1, la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de determinados proyectos públicos y privados que pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

4 A tenor del apartado 2 del mismo artículo:

«[...] se entenderá por:

proyecto:

– la realización de trabajos de construcción o de otras instalaciones u obras,

– otras intervenciones en el medio natural o el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación de los recursos del suelo;

[promotor]:

bien el que solicita una autorización relativa a un proyecto privado, bien la autoridad pública que toma la iniciativa respecto de un proyecto;

autorización:

la decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al [promotor] el derecho a realizar el proyecto.»

5 Según el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337, «los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones. Estos proyectos se definen en el artículo 4».

6 El artículo 3 describe el objeto de la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente:

«La evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con los artículos 4 a 11, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los factores siguientes:

– el hombre, la fauna y la flora,

– el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje,

– la interacción entre los factores mencionados en los guiones primero y segundo,

– los bienes materiales y el patrimonio cultural.»

7 El artículo 4 distingue dos tipos de proyectos.

8 El artículo 4, apartado 1, exige que, sin perjuicio del apartado 3 del artículo 2, los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el anexo I se sometan a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10 de la propia Directiva. Entre los proyectos a que se refiere el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 85/337, el punto 7 del anexo I contempla la «construcción de […] aeropuertos (2) cuya pista de despegue y de aterrizaje tenga 2.100 metros de largo o más».

9 La nota a pie de página (2), relativa al citado punto 7, precisa que «la noción de “aeropuerto” con arreglo a la presente Directiva corresponde a la definición dada por el Convenio de Chicago de 1944 relativo a la creación de la Organización de la aviación civil internacional (Anexo 14)».

10 Por lo que respecta a los demás tipos de proyectos, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 dispone:

«Los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II se someterán a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10, cuando los Estados miembros consideren que sus características [lo exigen].

A tal fin, los Estados miembros podrán especificar, en particular, determinados tipos de proyectos que deban someterse a una evaluación o establecer criterios y/o umbrales necesarios para determinar cuáles, entre los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II, deberán ser objeto de una evaluación de conformidad con los artículos 5 a 10.»

11 Dentro de esos mismos proyectos a los que es aplicable el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, el punto 10, letra d), del anexo II de ésta contempla la «construcción […] de aeródromos (proyectos que no figuran en el Anexo I)» y el

punto 12 del mismo anexo menciona la «modificación de los proyectos que figuran en el Anexo I».

12 Los artículos 5 a 9 de la Directiva 85/337, a los que se refiere el artículo 4 de dicha Directiva, disponen esencialmente lo siguiente: el artículo 5 especifica las informaciones mínimas que debe proporcionar el promotor; el artículo 6 impone, entre otras, la obligación del promotor de informar a las autoridades y al público; el artículo 8 menciona la obligación de las autoridades competentes de tomar en consideración la información recopilada en el marco del procedimiento de evaluación, y el artículo 9 impone a las autoridades competentes la obligación de informar al público de la decisión adoptada y de las condiciones que eventualmente la acompañen.

Normativa nacional

13 En la Región Valona, la evaluación del impacto ambiental de los proyectos se regía, hasta el 1 de octubre de 2002, por un Decreto de 11 de septiembre de 1985 y por la Orden que lo desarrollaba, de 31 de octubre de 1991.

14 Estos textos disponían que los proyectos mencionados en el anexo I del Decreto de 11 de septiembre de 1985, que reproduce la lista del anexo I de la Directiva 85/337, y en el anexo II de la Orden de 31 de octubre de 1991 estaban sujetos de oficio a un estudio de impacto ambiental. Los demás proyectos, para los que no se prescribía de oficio un estudio de impacto ambiental, únicamente debían ser objeto de una nota de evaluación previa del impacto ambiental.

15 Con arreglo al anexo I del Decreto de 11 de septiembre de 1985, la construcción de aeropuertos cuya pista de despegue y aterrizaje tenga una longitud mínima de 2.100 metros deberá obligatoriamente ser objeto de un estudio de impacto ambiental. Por otra parte, y en virtud del anexo II de la Orden de 31 de octubre de 1991, la construcción de aeropuertos cuya pista de despegue y aterrizaje tenga una longitud de 1.200 metros o más, incluida la prolongación de las pistas ya existentes más allá de ese límite, así como los aeropuertos con fines recreativos, deberán asimismo ser objeto de un estudio de impacto ambiental.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

16 Los residentes en las inmediaciones del aeropuerto de Lieja-Bierset se quejan de la contaminación acústica, con frecuencia nocturna, resultante de la reestructuración de este antiguo aeropuerto militar y de su utilización desde 1996 por empresas de transporte aéreo.

17 Mediante un convenio firmado el 26 de febrero de 1996 entre la Región Valona, la Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset y T.N.T. Express Worldwide, se previó la realización de una serie de obras de modificación de las infraestructuras del citado aeropuerto para permitir su utilización durante

las 24 horas del día y los 365 días del año. En particular, se acondicionaron y prolongaron las pistas de despegue y aterrizaje. También se construyeron una torre de control, nuevos ramales de salida de las pistas y zonas de estacionamiento. En cambio, no se modificó la longitud de la pista de despegue y aterrizaje, de 3.297 metros.

18 Asimismo se concedieron las licencias urbanísticas y de explotación necesarias para permitir la realización de las obras.

19 El litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional belga se enmarca en el ámbito de la responsabilidad: las partes demandantes en el procedimiento principal reclamaron la indemnización del perjuicio que supuestamente les ocasionan las molestias –graves, según ellas– derivadas de la reestructuración del aeropuerto.

20 En este contexto, ante la Cour de cassation se interpuso un recurso de casación contra la sentencia dictada el 29 de junio de 2004 por la cour d'appel de Liège.

21 Al considerar que el litigio del que conoce suscita cuestiones de interpretación del Derecho comunitario, la Cour de cassation decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Constituye un proyecto, en el sentido de la Directiva 85/337 […], en su versión aplicable antes de su modificación por la Directiva 97/11 […], un convenio que vincula a los poderes públicos y a una empresa privada, firmado con el fin de permitir que dicha empresa se instale en un aeropuerto provisto de una pista [de despegue y aterrizaje] de longitud superior a 2.100 metros, que contiene la descripción precisa de las obras de infraestructura que se realizarán para acondicionar la pista, sin que ésta vaya a ser prolongada, y para construir una torre de control con el fin de permitir el vuelo de aviones de gran capacidad 24 horas al día los 365 días del año, y que prevé vuelos tanto nocturnos como diurnos desde el momento de la instalación de dicha empresa?

2) ¿Están comprendidas en el concepto de proyecto para el que se requiere un estudio de impacto ambiental, en el sentido de los artículos 1, 2 y 4 de la Directiva 85/337 […], en su versión aplicable antes de su modificación por la Directiva 97/11 […], las obras de modificación realizadas en la infraestructura de un aeropuerto ya existente al objeto de adaptarlo a un aumento proyectado del número de vuelos nocturnos y diurnos, sin que se prolongue la pista [de despegue y de aterrizaje]?

3) A pesar de que el aumento proyectado de actividad de un aeropuerto no se contempla expresamente en los anexos de la Directiva 85/337 […], ¿debe, sin embargo, el Estado miembro tener en cuenta dicho aumento al examinar el efecto potencial sobre el medioambiente de las modificaciones

introducidas en las infraestructuras del aeropuerto con el fin de permitir ese incremento de actividad?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión

22 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si un convenio como el que es objeto del procedimiento principal es un «proyecto» en el sentido de la Directiva 85/337.

23 La respuesta a esta cuestión debe ser negativa. En efecto, del propio tenor del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337 se desprende que el término «proyecto» hace referencia a obras o a intervenciones físicas. Por lo tanto, un convenio no puede considerarse un proyecto en el sentido de la Directiva 85/337, independientemente de que dicho convenio incluya una descripción, más o menos precisa, de obras que deban realizarse.

24 No obstante, para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional que le plantea una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el juez nacional no se haya referido en su cuestión (véase, en particular, la sentencia de 20 de marzo de 1986, Tissier, 35/85, Rec. p. 1207, apartado 9).

25 En el presente asunto, procede indicar al órgano jurisdiccional remitente que a él le corresponde determinar, basándose en la normativa nacional aplicable, si un convenio como el que es objeto del procedimiento principal implica una autorización en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337, es decir, una decisión de la autoridad competente que confiera al promotor el derecho a realizar el proyecto en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de junio de 1998, Gedeputeerde Staten van Noord-Holland, C-81/96, Rec. p. I-3923, apartado 20). Así sería si tal decisión pudiese considerarse, con arreglo al Derecho nacional, como una decisión de la autoridad o autoridades competentes que diese al promotor derecho a realizar obras de construcción u otras instalaciones u obras o intervenir en el medio natural o el paisaje.

26 Por otra parte, cuando el Derecho nacional prevea que el procedimiento de autorización conste de varias etapas, la evaluación del impacto medioambiental de un proyecto debe efectuarse, en principio, tan pronto como sea posible identificar y evaluar todos los efectos que dicho proyecto pueda producir en el medio ambiente (véase la sentencia de 7 de enero de 2004, Wells, C-201/02, Rec. p. I-723, apartado 53). Así, cuando una de dichas etapas sea una decisión principal y la otra una decisión de ejecución que no puede ir más allá de los parámetros determinados por la decisión principal, los efectos que el proyecto pueda producir en el medio ambiente deben identificarse y evaluarse en el procedimiento de adopción de la decisión principal. Sólo en el supuesto de que los referidos efectos

únicamente sean identificables durante el procedimiento relativo a la decisión de ejecución, la evaluación deberá realizarse durante dicho procedimiento (sentencia Wells, antes citada, apartado 52).

27 Por último, es preciso recordar al órgano jurisdiccional remitente que el objetivo de la normativa no puede eludirse mediante un fraccionamiento de los proyectos y que el hecho de que no se considere su efecto acumulativo no puede tener como consecuencia práctica que se sustraigan en su totalidad a la obligación de evaluación cuando, considerados conjuntamente, puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de septiembre de 1999, Comisión/Irlanda, C-392/96, Rec. p. I-5901, apartado 76).

28 Procede, por consiguiente, responder a la primera cuestión que, si bien un convenio como el que es objeto del procedimiento principal no es un proyecto en el sentido de la Directiva 85/337, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, basándose en la normativa nacional aplicable, si tal convenio implica una autorización en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337. En ese contexto, es preciso examinar si dicha autorización se integra dentro de un procedimiento en varias etapas que conste de una decisión principal y de varias decisiones de ejecución y si ha de tenerse en cuenta el efecto acumulativo de varios proyectos cuyo impacto sobre el medio ambiente deba apreciarse globalmente.

Sobre la segunda cuestión

29 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, sustancialmente, si las obras en la infraestructura de un aeropuerto ya construido y cuya pista de despegue y aterrizaje tiene ya una longitud de más de 2.100 metros están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del punto 12 del anexo II, en relación con las del punto 7 del anexo I, de la Directiva 85/337, en su redacción original.

30 En virtud del punto 12 del anexo II, en su redacción anterior a la resultante de la Directiva 97/11, la «modificación de los proyectos que figuran en el Anexo I» es un proyecto de los contemplados en el artículo 4, apartado 2. El punto 7 de dicho anexo I, por su parte, menciona la «construcción […] de aeropuertos […] cuya pista de despegue y de aterrizaje tenga 2.100 metros de largo o más».

31 La Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset, T.N.T. Express Worldwide y el Reino de Bélgica, afirman que de dicha redacción se desprende necesariamente que únicamente se alude a las modificaciones realizadas en la «construcción» de un aeropuerto cuya pista de despegue y de aterrizaje tenga 2.100 metros de largo o más, y no a las modificaciones realizadas en un aeropuerto existente.

32 No obstante, el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve en múltiples ocasiones que el ámbito de aplicación de la Directiva 85/337 es extenso y su objetivo muy amplio (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72/95, Rec. p. I-5403, apartado 31, y de 16 de septiembre de 1999, WWF y otros, C-435/97, Rec. p. I-5613, apartado 40). A este respecto, sería contrario al objeto mismo de la Directiva 85/337 sustraer del ámbito de aplicación de su anexo II las obras de mejora o de ampliación de la infraestructura de un aeropuerto ya construido con el argumento de que el anexo I de la Directiva 85/337 se refiere a la «construcción de aeropuertos» y no a los «aeropuertos» como tales. En efecto, tal interpretación permitiría que eludiesen las obligaciones derivadas de la Directiva 85/337 todas las obras de modificación realizadas en un aeropuerto preexistente, cualquiera que fuese la amplitud de dichas obras, privando así de toda eficacia, en ese aspecto, al anexo II de la Directiva 85/337.

33 En consecuencia, debe considerarse que las disposiciones del punto 12 del anexo II, leídas en relación con las del punto 7 del anexo I, se refieren asimismo a las obras de modificación llevadas a cabo en un aeropuerto ya construido.

34 Dicha interpretación no resulta desvirtuada en absoluto por la circunstancia de que la Directiva 97/11 haya sustituido el punto 12 del anexo II de la Directiva 85/337 por un nuevo punto 13, que designa expresamente como proyecto de los contemplados en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11, «cualquier cambio o ampliación de los proyectos que figuran en el Anexo I o en el Anexo II, ya autorizados, ejecutados, o en proceso de ejecución […]», mientras que el punto 12 del anexo II se limitaba a contemplar la «modificación de los proyectos que figuran en el Anexo I». En efecto, en este punto, la nueva redacción adoptada por la Directiva 97/11, cuyo cuarto considerando subraya la experiencia adquirida en la evaluación del impacto sobre el medio ambiente e insiste en la necesidad de introducir disposiciones destinadas a clarificar, completar y mejorar las normas relativas al procedimiento de evaluación, no hace sino explicar con mayor claridad el alcance que había de darse a la Directiva 85/337 en su redacción original. Por lo tanto, no puede deducirse de la intervención del legislador comunitario una interpretación *a contrario* de la Directiva en su versión original.

35 Por otra parte, la circunstancia de que las obras de que se trata en el procedimiento principal no afecten a la longitud de la pista de despegue y aterrizaje no influye en la cuestión de si dichas obras están comprendidas en el ámbito de aplicación del punto 12 del anexo II de la Directiva 85/337. En efecto, el punto 7 del anexo I de la Directiva 85/377 toma la precaución de aclarar el concepto de «aeropuerto» remitiéndose a la definición que se da en el anexo 14 del Convenio de Chicago, de 7 de diciembre de 1944, sobre Aviación Civil Internacional. Según dicho anexo, un aeródromo es un «área definida de tierra o de agua (que incluye todas sus edificaciones, instalaciones y equipos) destinada total o parcialmente a la llegada, salida y movimiento en superficie de aeronaves».

36 De ello se desprende que todas las obras que afecten a los edificios, las instalaciones o los equipamientos de un aeropuerto deben considerarse obras que afectan al aeropuerto como tal. A efectos de la aplicación del punto 12 del anexo II en relación con el punto 7 del anexo I de la Directiva 85/337, esto significa, por lo tanto, que las obras de modificación de un aeropuerto cuya pista de despegue y de aterrizaje tenga 2.100 metros de largo o más no son únicamente las obras que tengan por objeto alargar la pista, sino todas las obras que afecten a las edificaciones, instalaciones y equipos de dicho aeropuerto siempre que puedan considerarse, atendiendo especialmente a su naturaleza, su importancia y sus características, como una modificación del propio aeropuerto. Así sucede, en particular, con las obras destinadas a aumentar de forma significativa la actividad del aeropuerto y el tráfico aéreo.

37 Procede, por último, recordar al órgano jurisdiccional remitente que, si bien el artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 85/337 confiere a los Estados miembros un margen de apreciación para especificar determinados tipos de proyectos que deban someterse a una evaluación o para establecer criterios y/o umbrales necesarios, dicho margen de apreciación está limitado por la obligación, enunciada en el artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva, de someter a un estudio de sus repercusiones los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización (sentencia Kraaijeveld y otros, antes citada, apartado 50).

38 Así, un Estado miembro que estableciera criterios y/o umbrales teniendo en cuenta únicamente las dimensiones de los proyectos, sin tomar en consideración asimismo su naturaleza y su localización, sobrepasaría el margen de apreciación de que dispone en virtud del artículo 2, apartado 1, y del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337.

39 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente cerciorarse de que las autoridades competentes evaluaron correctamente si las obras de que se trata en el procedimiento principal debían ser objeto de un estudio de impacto ambiental.

40 Procede, por lo tanto, contestar a la segunda cuestión que las disposiciones del punto 12 del anexo II, leídas en relación con las del punto 7 del anexo I, de la Directiva 85/337, en su redacción original, se refieren asimismo a las obras de modificación realizadas en la infraestructura de un aeropuerto ya existente sin que se prolongue la pista de despegue y de aterrizaje, siempre que puedan considerarse, atendiendo especialmente a su naturaleza, su importancia y sus características, como una modificación del propio aeropuerto. Así sucede, en particular, con las obras destinadas a aumentar de forma significativa la actividad del aeropuerto y el tráfico aéreo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente cerciorarse de que las autoridades competentes apreciaron correctamente si las obras de que se trata en el procedimiento principal debían ser objeto de una evaluación de su impacto ambiental.

Sobre la tercera cuestión

41 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, sustancialmente, si las autoridades competentes están obligadas a tener en cuenta el incremento proyectado de la actividad de un aeropuerto a efectos de determinar si un proyecto de los contemplados en el punto 12 del anexo II de la Directiva 85/337 debe ser objeto de una evaluación de su impacto ambiental.

42 Como se ha señalado en el apartado 32 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve en multitud de ocasiones que el ámbito de aplicación de la Directiva 85/337 es extenso y su objetivo muy amplio. Por otra parte, si bien el artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva confiere a los Estados miembros un margen de apreciación para especificar determinados tipos de proyectos que deban someterse a una evaluación o para establecer criterios y/o umbrales necesarios, dicho margen de apreciación está limitado por la obligación, enunciada en el artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva, de someter a un estudio de sus repercusiones los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización. En este aspecto, la Directiva 85/337 persigue una apreciación global del impacto ambiental de los proyectos o de su modificación.

43 Resultaría simplista y contrario a este enfoque tomar únicamente en consideración, para evaluar el impacto ambiental de un proyecto o de su modificación, los efectos directos de las propias obras proyectadas, sin tener en cuenta las repercusiones que puedan tener sobre el medio ambiente la utilización y la explotación de las construcciones resultantes de dichas obras.

44 Por lo demás, la enumeración en el artículo 3 de la Directiva 85/337 de los elementos que deben tenerse en cuenta, como los efectos del proyecto sobre, entre otros factores, el hombre, la fauna y la flora, el suelo, el agua, el aire o el patrimonio cultural, muestra por sí misma que el impacto sobre el medio ambiente cuya evaluación pretende posibilitar la Directiva 85/337 no es únicamente el de las obras previstas, sino también, y sobre todo, el del proyecto por realizar.

45 Así, el Tribunal de Justicia ha considerado, en relación con un proyecto de desdoblamiento de una vía férrea ya existente, que un proyecto de esta naturaleza puede tener una repercusión importante sobre el medio ambiente en el sentido de la Directiva 85/337, toda vez que puede tener, en especial, un impacto sonoro significativo (sentencia de 16 de septiembre de 2004, Comisión/España, C-227/01, Rec. p. I-8253, apartado 49). Pues bien, en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, el impacto sonoro significativo no era el ocasionado por las obras de desdoblamiento de la vía férrea, sino el provocado por el aumento previsible de la frecuencia del tráfico ferroviario, aumento que precisamente permitían esas obras de desdoblamiento de la vía férrea. Lo mismo debe predicarse de un proyecto, como el que es objeto del procedimiento principal, que tiene como finalidad

permitir el incremento de la actividad en un aeropuerto y, por consiguiente, de la intensidad del tráfico aéreo.

46 Procede, por consiguiente, responder a la tercera cuestión que las autoridades competentes deben tener en cuenta el incremento proyectado de la actividad de un aeropuerto a la hora de examinar los efectos sobre el medio ambiente de las modificaciones realizadas en sus infraestructuras con el fin de albergar ese incremento de actividad.

Costas

47 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) Si bien un convenio como el que es objeto del procedimiento principal no es un proyecto en el sentido de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, basándose en la normativa nacional aplicable, si tal convenio implica una autorización en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337. En ese contexto, es preciso examinar si dicha autorización se integra dentro de un procedimiento en varias etapas que conste de una decisión principal y de varias decisiones de ejecución y si ha de tenerse en cuenta el efecto acumulativo de varios proyectos cuyo impacto sobre el medio ambiente deba apreciarse globalmente.

2) Las disposiciones del punto 12 del anexo II, leídas en relación con las del punto 7 del anexo I, de la Directiva 85/337, en su redacción original, se refieren asimismo a las obras de modificación realizadas en la infraestructura de un aeropuerto ya existente sin que se prolongue la pista de despegue y de aterrizaje, siempre que puedan considerarse, atendiendo especialmente a su naturaleza, su importancia y sus características, como una modificación del propio aeropuerto. Así sucede, en particular, con las obras destinadas a aumentar de forma significativa la actividad del aeropuerto y el tráfico aéreo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente cerciorarse de que las autoridades competentes apreciaron correctamente si las obras de que se trata en el procedimiento principal debían ser objeto de una evaluación de su impacto ambiental.

3) Las autoridades competentes deben tener en cuenta el incremento proyectado de la actividad de un aeropuerto a la hora de examinar los efectos sobre el medio ambiente de las modificaciones realizadas en sus infraestructuras con el fin de albergar ese incremento de actividad.

Firmas

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA

CVRIA
LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 4 de mayo de 2006 *

«Incumplimiento de Estado – Admisibilidad – Objeto del litigio – Competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales – Falta de objeto del recurso – Seguridad jurídica y confianza legítima de los maestros de obras – Directiva 85/337/CEE – Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos sobre el medio ambiente – Proyecto de “White City ” – Proyecto de “Crystal Palace ” – Proyectos comprendidos en el anexo II de la Directiva 85/337 – Obligación de someter a una evaluación los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente – Carga de la prueba – Adaptación del Derecho nacional a la Directiva 85/337 – Autorización que consta de varias etapas»

En el asunto C-508/03,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 1 de diciembre de 2003,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por la Sra. F. Simonetti y el Sr. X. Lewis, en calidad de agentes,

parte demandante,

contra

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, representado por el Sr. K. Manji, en calidad de agente, asistido por los Sres. D. Elvin, QC, y J. Maurici, Barrister,

parte demandada,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann (Ponente), Presidente de Sala, y el Sr. K. Schiemann, la Sra. N. Colneric y los Sres. E. Juhász y E. Levits, Jueces;

* Lengua de procedimiento: inglés.

Abogado General: Sr. P. Léger;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 22 de junio de 2005;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que:

– Declare que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 175, p. 40; EE 15/06, p. 9), al no aplicar correctamente los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva a los proyectos de urbanización de White City y de Cristal Palace, comprendidos en el anexo II, apartado 10, letra b), de esta Directiva.

– Declare que el referido Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997 (DO L 73, p. 5) (en lo sucesivo, «Directiva 85/337, en su versión modificada»), al no garantizar la aplicación correcta de los artículos 2, apartado 1, 4, apartado 2, 5, apartado 2, y 8 de dicha Directiva a los permisos de construcción que constan de varias etapas.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

2 Conforme a su quinto considerando, la Directiva 85/337 tiene por objeto establecer unos principios generales de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente a fin de completar y coordinar los procedimientos de autorización de los proyectos públicos y privados que puedan tener un impacto importante sobre el medio ambiente.

3 A tales efectos, el artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva define el concepto de «autorización» como «la decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al maestro de obras el derecho a realizar el proyecto».

4 A tenor del artículo 2, apartado 1, de esta misma Directiva:

«Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones.

Estos proyectos se definen en el artículo 4.»

5 El artículo 4 de la Directiva 85/337 dispone:

«1. Sin perjuicio del apartado 3 del artículo 2, los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo I se someterán a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10.

2. Los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II se someterán a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10, cuando los Estados miembros consideren que sus características [lo] exigen.

A tal fin, los Estados miembros podrán especificar, en particular, determinados tipos de proyectos que deban someterse a una evaluación o establecer criterios y/o umbrales necesarios para determinar cuáles, entre los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II, deberán ser objeto de una evaluación de conformidad con los artículos 5 a 10.»

6 El artículo 5, apartado 2, de la Directiva 85/337 establece que «las informaciones que el maestro de obras deberá proporcionar, de conformidad con el apartado 1, contendrán al menos:

– una descripción del proyecto que incluya informaciones relativas a su emplazamiento, concepción y dimensiones,

– una descripción de las medidas previstas para evitar y reducir los efectos negativos importantes y, si fuere posible, remediarlos,

– los datos necesarios para identificar y evaluar los efectos principales que el proyecto pueda tener sobre el medio ambiente,

– un resumen no técnico de las informaciones mencionadas en los guiones primero, segundo y tercero».

7 Según el artículo 8 de dicha Directiva, «las informaciones recogidas de conformidad con los artículos 5, 6 y 7 deberán tomarse en consideración en el marco del procedimiento de autorización».

8 El anexo II de esta Directiva menciona en el apartado 10, letra b), los «trabajos de ordenación urbana».

9 La Directiva 85/337, y en particular las normas relativas a los proyectos comprendidos en su anexo II, fue sustancialmente modificada por la Directiva 97/11, a la cual el Reino Unido debía haber adaptado su Derecho interno, a más tardar, el 14 de marzo de 1999. Ahora bien, puesto que las solicitudes de autorización relativas a los dos proyectos controvertidos en el marco de la primera imputación se dirigieron a las autoridades competentes antes de esta fecha, tales modificaciones no son pertinentes para dichos proyectos, según se desprende del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 97/11.

10 En cambio, la segunda imputación debe examinarse a la luz de la Directiva 85/337, en su versión modificada.

11 A estos efectos, si bien el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337, en su versión modificada, permanece inalterado, el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva dispone ahora que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización, se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos. Estos proyectos se definen en el artículo 4».

12 La Directiva 97/11 también introdujo una modificación menor en la redacción del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 85/337 al insertar un guión que exige que el maestro de obras proporcione asimismo:

– «una exposición de las principales alternativas estudiadas por el promotor y una indicación de las principales razones de su elección, teniendo en cuenta los efectos medioambientales».

13 Además, esta disposición cambió de numeración y pasó a ser el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 85/337, en su versión modificada.

14 El artículo 8 de dicha Directiva establece, en su versión modificada, que «los resultados de las consultas y la información recogida en virtud de los artículos 5, 6 y 7 deberán tomarse en consideración en el procedimiento de autorización de desarrollo del proyecto».

Normativa nacional

15 En Inglaterra, el principal instrumento jurídico en materia de ordenamiento del territorio es la Ley de ordenación del territorio de 1990 (Town and Country Planning Act 1990; en lo sucesivo, «Town and Country Planning Act»), que prevé normas generales relativas tanto a la concesión de autorizaciones en materia de ordenación urbana como a su modificación o revocación. Esta Ley es desarrollada por el Decreto de ordenación del territorio de 1995 [Town and Country Planning (General Development Procedure) Order 1995; en lo sucesivo, «General Development Procedure Order»] y el Reglamento de ordenación del territorio – Evaluación del impacto medioambiental [Town and Country Planning (Assessment of Environmental Effects) Regulations 1988; en lo sucesivo, «Assessment of Environmental Effects Regulations»].

16 Las Assessment of Environmental Effects Regulations fueron reemplazadas por el Reglamento de ordenación del territorio – Evaluación del impacto medioambiental de 1999 [Town and Country Planning (Environmental Impact Assessment) (England and Wales) Regulations 1999; en lo sucesivo, «Environmental Impact Assessment Regulations». Ahora bien, dado que estas nuevas Regulations se aplican únicamente a proyectos presentados después del 14 de marzo de 1999, no son pertinentes para los dos proyectos controvertidos en el marco de la primera imputación. En cambio, dichas Regulations determinan el Derecho nacional aplicable a efectos de la segunda imputación.

– La Town and Country Planning Act y la General Development Procedure Order

17 Según el artículo 57, apartado 1, de la Town and Country Planning Act 1990, se exige un permiso de construcción (denominado «planning permission») para todos los «proyectos» en el sentido del artículo 55, en particular «la construcción de edificios […] u otras operaciones realizadas en, sobre o bajo un terreno […]».

18 Los permisos de construcción pueden adoptar diversas formas, entre otras, la de un permiso de construcción en fase de anteproyecto (denominado «outline planning permission»), con aprobación posterior de los aspectos reservados.

19 Así, el artículo 92, apartado 1, de la Town and Country Planning Act establece que «los permisos de construcción en fase de anteproyecto» se «concederán de conformidad con las disposiciones de un decreto de urbanización, y estarán sujetos a la aprobación ulterior, por la autoridad competente, de aspectos no detallados en la solicitud» (denominados «reserved matters» o «aspectos reservados»).

20 Según el artículo 1, apartado 2, de la General Development Procedure Order, estos «aspectos reservados» se definen como «cualquiera de los siguientes aspectos, sobre los cuales no se haya facilitado ningún detalle en la solicitud: a) el emplazamiento, b) el diseño, c) la apariencia exterior, d) las vías de acceso y e) el acondicionamiento paisajístico del lugar».

21 El artículo 92, apartado 2, de la Town and Country Planning Act prevé implícitamente que un aspecto reservado se presume definitivamente autorizado con la decisión aprobatoria ulterior.

22 Del artículo 73 de la Town and Country Planning Act se desprende que una solicitud de modificación de un permiso existente constituye una solicitud de un nuevo permiso de construcción.

– Las Assessment of Environmental Effects Regulations de 1988 y las Environmental Impact Assessment Regulations de 1999

23 En virtud de las Assessment of Environmental Effects Regulations de 1988, determinados proyectos deben someterse, antes de su autorización, a una evaluación de su impacto medioambiental.

24 En el anexo 2 de dichas Regulations se reproducen las clases de proyectos enumerados en el anexo II de la Directiva 85/337, en particular «los proyectos de urbanización».

25 Del artículo 2, apartado 1, de las Assessment of Environmental Effects Regulations se desprende que constituye una «solicitud en el sentido del anexo 2» «toda solicitud de permiso de construcción […] relativa a un proyecto previsto en el anexo 2 que no esté exento y que pueda tener efectos importantes sobre el medio ambiente debido a factores tales como su naturaleza, sus dimensiones o su localización», apreciación que incumbe a la autoridad competente, caso por caso.

26 A tenor del artículo 4, apartados 1 y 2, de estas Regulations, la autoridad competente no puede conceder un permiso relativo *inter alia* a una solicitud en el sentido de dicho anexo 2 (denominada «Schedule 2 applications») sin tomar en consideración previamente la información relativa al medio ambiente y sin declarar en su decisión que la ha tenido en cuenta.

27 Por tanto, ante una solicitud de permiso de construcción relativa a un proyecto previsto en el anexo 2 de dichas Regulations, la autoridad competente debe determinar, caso por caso, previamente a la concesión de un permiso de construcción, si sus características exigen una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente, es decir, si el proyecto en cuestión puede tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, y denegar tal concesión si no dispone de información suficiente para pronunciarse al respecto.

28 En Derecho nacional, el permiso de construcción en fase de anteproyecto constituye un «permiso de construcción» en el sentido del artículo 4 de las Assessment of Environmental Effects Regulations, mientras que la decisión aprobatoria de los aspectos reservados no lo es. Por ello, según el Derecho inglés, sólo puede efectuarse una evaluación de las repercusiones de un proyecto sobre el medio ambiente en el primer procedimiento relativo al permiso de construcción en

fase de anteproyecto, pero no en el procedimiento de aprobación posterior de los aspectos reservados.

29 Pese a haber introducido modificaciones sustanciales en las normas aplicables en materia de evaluación del impacto medioambiental, las Environmental Impact Assessment Regulations de 1999 no realizaron ningún cambio en lo que atañe a esta imposibilidad de efectuar una evaluación durante el procedimiento de aprobación de los aspectos reservados, imposibilidad que se discute en el marco de la segunda imputación.

Medidas nacionales de aplicación

30 La circular nº 15/88, dictada por el Department of the Environment, proporciona las directrices orientativas para ayudar a las autoridades competentes a identificar los proyectos en el sentido del anexo 2 de las Assessment of Environmental Effects Regulations de 1988 que deben ser objeto de una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente.

31 Tras subrayar, en el punto 18 de dicha circular, que el criterio primordial es el de si un proyecto puede o no tener efectos importantes sobre el medio ambiente, se precisa, en el punto 20 de la misma circular, que, en general, una evaluación es necesaria i) cuando la importancia de un proyecto rebasa el marco local, ii) cuando se sitúa en emplazamientos sensibles o iii) cuando tiene repercusiones particularmente complejas y potencialmente negativas.

32 Los puntos 30 y 31 de esta misma circular indican asimismo que, para determinadas categorías de proyectos, se enumeran criterios y umbrales en su anexo A destinados a dar una indicación a grandes rasgos del tipo de situaciones en las que, a juicio del Secretario de Estado, puede exigirse una evaluación de las repercusiones en virtud de las Assessment of Environmental Effects Regulations o, por el contrario, probablemente no sea necesario, teniendo en cuenta que tales elementos son meramente indicativos y que en cada caso concreto lo principal consiste en apreciar si el proyecto de que se trate puede o no tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

33 Por lo que respecta concretamente a los proyectos de urbanización, esta circular indica, en el punto 15 de su anexo A, que es poco probable que la reurbanización de un terreno anteriormente urbanizado requiera una evaluación, salvo cuando la urbanización propuesta corresponda a determinados tipos o sea de envergadura mucho mayor que la urbanización precedente.

34 En lo que atañe a proyectos en terrenos que no han sido objeto de edificación intensiva anteriormente, la misma circular precisa, en el punto 16 de su anexo A, que «la necesidad de una evaluación dependerá de la sensibilidad del emplazamiento previsto». Así, «podrá ser necesaria una evaluación cuando:

– la superficie del proyecto sea superior a 5 hectáreas en zona urbanizada;

– exista un número elevado de viviendas inmediatamente próximas al emplazamiento propuesto, por ejemplo, más de 700 viviendas a menos de 200 metros de los límites del emplazamiento, o

– el proyecto prevea destinar una superficie de más de 10.000 m^2 (brutos) a tiendas, oficinas u otros usos comerciales».

35 Además, del punto 42 de la circular nº 15/88 se desprende que, a efectos de la elaboración de la declaración relativa a los aspectos medioambientales, el maestro de obras debe detallar sus propuestas. De otro modo, resulta imposible cualquier apreciación exhaustiva de los efectos potenciales. Corresponde a la autoridad competente determinar la cantidad de información requerida en cada caso concreto. La información facilitada en la declaración relativa a los aspectos medioambientales es de gran importancia para determinar si cabe reservar determinados aspectos en el marco de un permiso de construcción en fase de anteproyecto. Cuando esta información pone de manifiesto o implica un tratamiento particular de un determinado aspecto, no resulta apropiado reservar esta cuestión en el permiso de construcción en fase de anteproyecto.

36 En el punto 48 de la circular nº 2/99 del Department of the Environment, Transport & the Regions, que sustituyó a la circular nº 15/88 en marzo de 1999 (para tener en cuenta las Environmental Impact Assessment Regulations de 1999), se recuerda que, en lo que atañe al permiso de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados, sólo puede realizarse una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente en la etapa inicial de la concesión de dicho permiso, y no en la etapa posterior de la aprobación de los aspectos reservados.

Hechos y procedimiento administrativo previo

White City

37 En diciembre de 1993, la empresa Chesfield Plc (en lo sucesivo, «Chesfield») solicitó al London Borough of Hammersmith & Fulham (en lo sucesivo, «Hammersmith & Fulham LBC»), autoridad competente en materia de ordenación del territorio, un permiso en fase de anteproyecto con miras a la construcción, en White City en Londres, de un centro comercial y de ocio (en lo sucesivo, «proyecto de White City»), proyecto comprendido en el anexo II de la Directiva 85/337.

38 Tras examinar los efectos del proyecto descritos en varios informes y realizar una consulta pública, el Hammersmith & Fulham LBC consideró que no era necesaria una evaluación de las repercusiones que el proyecto podría tener sobre el medio ambiente.

39 En marzo de 1996, el Hammersmith & Fulham LBC concedió un permiso de construcción en fase de anteproyecto. Determinados aspectos se reservaron para una ulterior aprobación por parte de esta misma autoridad.

40 En octubre de 1997 y en septiembre de 1998, Chesfield presentó solicitudes de aprobación de los aspectos reservados.

41 El 12 de octubre de 1999, el Hammersmith & Fulham LBC otorgó dicha aprobación.

42 Las obras comenzaron tras la aprobación.

43 A raíz de una denuncia recibida por la Comisión, ésta, mediante escrito de 19 de abril de 2001, requirió al Reino Unido para que presentase sus observaciones y le dirigió, el 20 de agosto de 2002, un dictamen motivado en el que le imputaba una violación de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 en relación con el proyecto de White City, proyecto comprendido en el anexo II, apartado 10, letra b), de esta misma Directiva. La Comisión impuso a dicho Estado miembro un plazo de dos meses para adoptar las medidas necesarias para atenerse al dictamen motivado. Al no encontrar satisfactoria la respuesta ofrecida por el Gobierno del Reino Unido mediante escrito de 29 de octubre de 2002, la Comisión interpuso el presente recurso.

Crystal Palace

44 El Crystal Palace Park, situado en Londres, es un «Metropolitan Open Land» clasificado como «Grade II Historic Park» en el registro legal mantenido por el «English Heritage». Una parte del emplazamiento controvertido relativa a las vías de acceso y a los terrenos contiguos forma parte del «Crystal Palace Park Conservation Area».

45 El 4 de abril de 1997, la empresa London & Regional Properties Ltd (en lo sucesivo, «L&R») presentó ante el London Borough of Bromley (en lo sucesivo, «Bromley LBC»), autoridad competente en materia de ordenación del territorio, una solicitud de permiso en fase de anteproyecto con objeto de construir en el Crystal Palace Park un centro de ocio (en lo sucesivo, «proyecto de Crystal Palace»), proyecto comprendido en el anexo II de la Directiva 85/337.

46 Tras un examen en que se tuvieron en cuenta diversos informes e información complementaria, el Bromley LBC llegó a la conclusión de que no era necesaria una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente.

47 El 24 de marzo de 1998, el Bromley LBC concedió un permiso de construcción en fase de anteproyecto que reservaba determinados aspectos para una aprobación posterior, antes del comienzo de las construcciones.

48 El 25 de enero de 1999, L&R sometió a la aprobación del Bromley LBC, con vistas a una decisión definitiva, determinados aspectos reservados. Conforme a estos aspectos, el proyecto de Crystal Palace comprendía en lo sucesivo, en el nivel del suelo, 18 salas de cine, una zona recreativa y una zona destinada a exposiciones; en el nivel de la galería, restaurantes y cafeterías, dos zonas recreativas y aseos públicos; en el nivel del techo, un aparcamiento con un máximo de 950 plazas, cuatro miradores y zonas de equipamiento; la adición de una planta «mezzanine» de 800 m^2, y modificaciones relativas a la construcción de los muros exteriores.

49 Estos aspectos se inscribían íntegramente dentro de los parámetros del permiso en fase de anteproyecto ya concedido.

50 No obstante, en la reunión relativa a la aprobación de los aspectos reservados, algunos consejeros del Bromley LBC desearon una evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente. Pues bien, tras efectuarse una consulta jurídica, se les indicó que, de acuerdo con el Derecho nacional, tal evaluación sólo podía realizarse en la etapa inicial de la concesión del permiso de construcción en fase de anteproyecto.

51 El 10 de mayo de 1999, el Bromley LBC emitió el dictamen de aprobación.

52 Sin embargo, el período de vigencia del permiso de construcción expiró sin que el proyecto llegara a realizarse.

53 A raíz de una denuncia recibida por la Comisión, ésta, mediante escrito de 6 de noviembre de 2000, requirió al Reino Unido para que presentase sus observaciones y le dirigió, el 26 de julio de 2001, un dictamen motivado en el que le imputaba una violación de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 en relación con el proyecto de Crystal Palace, proyecto comprendido en el anexo II, apartado 10, letra b), de esta misma Directiva. La Comisión impuso a dicho Estado miembro un plazo de dos meses para adoptar las medidas necesarias para atenerse al dictamen motivado. Al no encontrar satisfactoria la respuesta ofrecida por el Gobierno del Reino Unido mediante escrito de 3 de diciembre de 2001, la Comisión interpuso el presente recurso.

Adaptación incorrecta del Derecho interno a la Directiva 85/337, en su versión modificada, en lo que atañe a los permisos de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados

54 Tras haber ofrecido al Reino Unido la posibilidad de presentar sus observaciones, la Comisión le dirigió, el 26 de julio de 2001, un dictamen motivado en el que señalaba que determinados aspectos de la normativa nacional en materia de evaluación de las repercusiones de los proyectos sobre el medio ambiente, en particular en lo relativo a los permisos de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados, le parecían incompatibles con la Directiva 85/337, en su versión modificada, y fijaba un plazo de dos meses

para que dicho Estado miembro adoptase las medidas necesarias para atenerse al referido dictamen motivado. Al no considerar satisfactoria la respuesta ofrecida por el Gobierno del Reino Unido mediante escrito de 3 de diciembre de 2001, la Comisión interpuso el presente recurso.

Sobre el recurso

55 En apoyo de su recurso, la Comisión aduce dos motivos.

56 El primer motivo, tal como lo presentó la Comisión durante el procedimiento administrativo previo y en su escrito de réplica, se divide fundamentalmente en tres partes, basadas en:

– la violación de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, en la medida en que el Hammersmith & Fulham LBC no comprobó si el proyecto de White City requería una evaluación de su impacto medioambiental;

– la violación de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, en la medida en que el Hammersmith & Fulham LBC no adoptó una decisión formal que permitiese controlar que ésta se basaba en una comprobación previa adecuada;

– la violación de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, en la medida en que ni el Hammersmith & Fulham LBC ni el Bromley LBC efectuaron una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de los proyectos de White City y de Crystal Palace.

57 No obstante, en su escrito de recurso, la Comisión únicamente menciona la tercera parte de este motivo.

58 El segundo motivo se refiere a la adaptación incorrecta del Derecho nacional a los artículos 2, apartado 1, 4, apartado 2, 5, apartado 3, y 8 de la Directiva 85/337, en su versión modificada, en la medida en que la normativa nacional prevé que, por lo que respecta a los permisos de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados, sólo cabe efectuar una evaluación en la etapa inicial de la concesión de dicho permiso, pero no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados (en lo sucesivo, «régimen controvertido en el presente caso»).

Sobre el primer motivo, basado en la violación de las obligaciones de comprobar la necesidad de una evaluación, de adoptar una decisión formal a este respecto y de realizar tal evaluación (artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337)

Sobre la admisibilidad del primer motivo

59 Por lo que respecta a la admisibilidad, el Gobierno del Reino Unido propone cuatro excepciones de inadmisibilidad, basadas respectivamente en que se trata de un motivo nuevo, en la violación del principio de seguridad jurídica, en la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales y en la falta de objeto del recurso.

– Sobre el carácter novedoso del motivo

60 El Gobierno del Reino Unido sostiene que las partes primera y segunda del primer motivo, tal como resultan del escrito de réplica de la Comisión, constituyen un motivo nuevo. Si bien es cierto que estos elementos se mencionaron en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado, y que posteriormente se reprodujeron en el escrito de réplica ante el Tribunal de Justicia, no se expusieron en el escrito de interposición del recurso. Pues bien, lo que define el objeto de un litigio es el escrito de recurso.

61 A este respecto, procede recordar que las partes no pueden modificar durante el procedimiento el objeto del litigio y la fundamentación del recurso sólo debe examinarse en relación con las pretensiones contenidas en el escrito de interposición del recurso (véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de septiembre de 1979, Comisión/Francia, 232/78, Rec. p. 2729, apartado 3, y de 6 de abril de 2000, Comisión/Francia, C-256/98, Rec. p. I-2487, apartado 31).

62 Por otra parte, en virtud del artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia y del artículo 38, apartado 1, letra c), de su Reglamento de Procedimiento, incumbe a la Comisión indicar, en todo recurso presentado en virtud del artículo 226 CE, las imputaciones precisas sobre las que se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie, así como, al menos en forma sumaria, los elementos de hecho y de Derecho en los que se basan dichas imputaciones (véase la sentencia de 31 de marzo de 1992, Comisión/Dinamarca, C-52/90, Rec. p. I-2187, apartado 17).

63 En el presente caso, es preciso señalar que las partes primera y segunda del primer motivo no se mencionan en las pretensiones del escrito de recurso. Por otra parte, tampoco figuran en la sección de éste titulado «fundamentos de Derecho».

64 Por lo tanto, las partes primera y segunda del primer motivo, que no se incluyeron en el escrito de interposición del recurso, son inadmisibles, aunque la Comisión las reprodujera en su escrito de réplica y se mencionasen en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado.

65 Por consiguiente, queda por examinar la admisibilidad de la tercera parte del primer motivo en relación con las demás excepciones de inadmisibilidad propuestas por el Gobierno del Reino Unido.

– Sobre la violación del principio de seguridad jurídica

66 El Gobierno del Reino Unido alega que, debido al considerable período de tiempo transcurrido desde la concesión de los permisos de construcción de que se trata, el recurso por incumplimiento vulnera el principio de seguridad jurídica y la confianza legítima de los maestros de obras en los derechos adquiridos.

67 A este respecto, procede señalar, por un lado, que el procedimiento por incumplimiento se basa en la comprobación objetiva del incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le impone el Tratado o un acto de Derecho derivado (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de octubre de 1998, Comisión/España, C-71/97, Rec. p. I-5991, apartado 14, y de 18 de enero de 2001, Comisión/España, C-83/99, Rec. p. 1445, apartado 23).

68 Por otro lado, de la jurisprudencia se desprende que, si bien los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima exigen que la revocación de un acto ilícito se produzca en un plazo razonable y que se tenga en cuenta hasta qué punto el interesado ha podido eventualmente confiar en la legalidad del acto, no es menos cierto que tal revocación está, en principio, permitida (véanse, en particular, las sentencias de 12 de julio de 1957, Algera y otros/Asamblea Común de la CECA, 7/56 y 3/57 a 7/57, Rec. pp. 81 y ss., especialmente pp. 115 y 116; de 3 de marzo de 1982, Alpha Steel/Comisión, 14/81, Rec. p. 749, apartado 10, y de 26 de febrero de 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Comisión, 15/85, Rec. p. 1005, apartado 12).

69 Por consiguiente, un Estado miembro no puede invocar la seguridad jurídica y la confianza legítima de los maestros de obras en los derechos adquiridos para oponerse a la interposición por la Comisión de un recurso dirigido a la declaración objetiva del incumplimiento por su parte de las obligaciones que le impone la Directiva 85/337 en materia de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos sobre el medio ambiente.

– Sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales

70 El Gobierno del Reino Unido alega que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y no al Tribunal de Justicia comprobar si una autoridad competente ha apreciado correctamente la importancia de las repercusiones de un proyecto sobre el medio ambiente.

71 A este respecto, es preciso recordar que la interposición de un recurso, ante un órgano jurisdiccional nacional, contra una decisión de una autoridad nacional objeto de un recurso por incumplimiento y la decisión de dicho órgano jurisdiccional no pueden incidir sobre la admisibilidad del recurso por

incumplimiento interpuesto por la Comisión. En efecto, la existencia de vías de impugnación ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede obstaculizar la interposición del recurso contemplado en el artículo 226 CE, ya que las dos acciones tienen objetivos y efectos diferentes (véanse las sentencias de 17 de febrero de 1970, Comisión/Italia, 31/69, Rec. p. 25, apartado 9; de 18 de marzo de 1986, Comisión/Bélgica, 85/85, Rec. p. 1149, apartado 24, y de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, C-87/02, Rec. p. I-5975, apartado 39).

– Sobre la falta de objeto del recurso

72 El Gobierno del Reino Unido sostiene que el permiso concedido para el proyecto de Crystal Palace expiró en marzo de 2003 sin haber sido utilizado y que, cualquier infracción, aunque se apreciase, sería por tanto meramente teórica.

73 A este respecto, procede subrayar que un recurso dirigido contra un incumplimiento que, en la fecha de expiración del plazo fijado en el dictamen motivado, ya no existía, es, según la jurisprudencia, inadmisible por carecer de objeto (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1992, Comisión/Italia, C-362/90, Rec. p. I-2353, apartado 13, y de 29 de enero de 2004, Comisión/Austria, C-209/02, Rec. p. I-1211, apartados 17 y 18).

74 En efecto, según reiterada jurisprudencia, el objeto del recurso interpuesto con arreglo al artículo 226 CE consiste en que se declare que el Estado interesado ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado y que no ha puesto fin a este incumplimiento dentro del plazo señalado al efecto en el dictamen motivado de la Comisión (sentencia de 13 de diciembre de 1990, Comisión/Grecia, C-347/88, Rec. p. I-4747, apartado 40). Igualmente, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la existencia de un incumplimiento debe ser determinada en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado (véanse las sentencias de 27 de noviembre de 1990, Comisión/Grecia, C-200/88, Rec. p. I-4299, apartado 13, y de 31 de marzo de 1992, Comisión/Italia, antes citada, apartado 10).

75 En el presente caso, la circunstancia de que, al expirar el plazo fijado en el dictamen motivado, es decir, el 26 de septiembre de 2001, el permiso de construcción de que se trata aún estuviera en vigor basta para excluir que el recurso por incumplimiento pueda considerarse carente de objeto.

76 De las anteriores consideraciones se desprende que procede desestimar las excepciones de inadmisibilidad relativas a la tercera parte del primer motivo.

Sobre el fundamento de la tercera parte del primer motivo

77 Antes de abordar el examen en cuanto al fondo, es preciso, con carácter preliminar, recordar que, en un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, corresponde a la Comisión probar la existencia del

incumplimiento alegado. Es la Comisión quien debe aportar al Tribunal de Justicia los datos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en una presunción (véase, en particular, la sentencia de 26 de abril de 2005, Comisión/Irlanda, C-494/01, Rec. p. I-3331, apartado 41, y la jurisprudencia citada).

78 Así, en lo que atañe concretamente a la Directiva 85/337, el Tribunal de Justicia declaró, en el asunto Comisión/Portugal (sentencia de 29 de abril de 2004, C-117/02, Rec. p. I-5517, apartado 85), que la Comisión debe aportar un mínimo de pruebas de las repercusiones que el proyecto podría tener sobre el medio ambiente.

79 No obstante, los Estados miembros están obligados, en virtud del artículo 10 CE, a facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión, que consiste, en particular, según el artículo 211 CE, en velar por la aplicación del Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud del mismo (véase, en particular, la sentencia Comisión/Irlanda, antes citada, apartado 42, y la jurisprudencia citada).

80 De ello se deduce, en particular, que cuando la Comisión ha aportado suficientes datos que ponen de relieve determinados hechos acaecidos en el territorio del Estado miembro demandado, le incumbe a éste rebatir de manera fundada y pormenorizada los datos presentados y las consecuencias que se derivan de ellos (véase la sentencia Comisión/Irlanda, antes citada, apartado 44, y la jurisprudencia citada).

81 Procede efectuar el análisis en cuanto al fondo a la luz de estos principios.

82 La Comisión alega, mediante la tercera parte de su primer motivo, la existencia de una violación de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, debido a que ni el Hammersmith & Fulham LBC ni el Bromley LBC realizaron una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de los proyectos de White City y de Crystal Palace, pese a que tales proyectos podían tener repercusiones importantes.

83 La Comisión señala que el proyecto de White City consiste en un centro comercial y de ocio de aproximadamente 58.000 m^2, que incluye una nueva carretera principal de enlace, un aparcamiento de 4500 plazas y una conexión con la red de metro. En su opinión, para un proyecto de tal envergadura existe una presunción favorable a la necesidad de una evaluación, a menos que dicha presunción quede atenuada por otros elementos.

84 La Comisión indica que el proyecto de Crystal Palace comprende instalaciones recreativas y comerciales (18 salas de cine, galerías, restaurantes) de una superficie de 52.000 m^2, un aparcamiento de 950 plazas en el techo, así como un aparcamiento en superficie. A juicio de la Comisión, la escala y la dimensión del proyecto son tales que éste puede tener importantes repercusiones sobre el medio

ambiente, de manera que la autoridad competente excedió su margen de apreciación.

85 El Gobierno del Reino Unido estima que las autoridades competentes, a la luz de los informes y de los estudios en su poder, y tras las consultas efectuadas por ellas, estaban facultadas para llegar a la conclusión de que ninguno de los proyectos podía tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente y que, por tanto, no debían ser objeto de una evaluación a tal fin.

86 A este respecto, es preciso recordar que, a tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337, los «proyectos» en el sentido del artículo 4 de esta misma Directiva que puedan tener repercusiones importantes deben someterse, antes de su autorización, a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones sobre el medio ambiente.

87 A estos efectos, el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, en relación con el anexo II de ésta, enumera los proyectos que se someterán a una evaluación de sus repercusiones cuando los Estados miembros consideren que sus características lo exigen.

88 Pues bien, aunque, en tales circunstancias, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 confiere a la autoridad competente cierta libertad para apreciar si un proyecto determinado debe ser sometido a evaluación o no, de una reiterada jurisprudencia se desprende que este margen de apreciación está limitado por la obligación, enunciada en el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva, de someter a evaluación los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de septiembre de 1999, WWF y otros, C-435/97, Rec. p. I-5613, apartados 44 y 45; de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, antes citada, apartados 43 y 44, así como de 2 de junio de 2005, Comisión/Italia, C-83/03, Rec. p. I-4747, apartado 19).

89 Así, de la jurisprudencia se desprende que la Directiva 85/337 exige que todos los proyectos comprendidos en el anexo II que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente sean sometidos a una evaluación (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, WWF y otros, apartado 45; Comisión/Portugal, apartado 82, y de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, apartado 44).

90 No obstante, como ya se ha recordado en los apartados 77 a 80 de la presente sentencia, a fin de probar el incumplimiento del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337, la Comisión está obligada a demostrar que el Estado miembro no ha adoptado las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones. Un medio adecuado de aportar dicha prueba consiste en demostrar que el Estado

miembro no adoptó las medidas necesarias para verificar si un proyecto que no alcanza los umbrales a que se refiere el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 puede, sin embargo, tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización. La Comisión podría también demostrar que no se llevó a cabo un estudio de las repercusiones de un proyecto que podía tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente cuando era obligatorio hacerlo (sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 82).

91 A este respecto, se desprende también de los apartados 85 y 87 de la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, que, para acreditar que las autoridades nacionales han sobrepasado el margen de apreciación de que disponen al no exigir un estudio de las repercusiones antes de autorizar un proyecto específico, a la Comisión no le basta con hacer afirmaciones generales, limitándose, por ejemplo, a señalar que la información presentada muestra que el proyecto en cuestión se sitúa en una zona muy sensible, sin demostrar, mediante pruebas concretas, que las autoridades nacionales de que se trata han cometido un error manifiesto de apreciación al autorizar un proyecto. La Comisión debe, al menos, aportar un mínimo de pruebas de las repercusiones que el proyecto podría tener sobre el medio ambiente.

92 En el presente caso, es preciso estimar que la Comisión no ha satisfecho la carga de la prueba que pesa sobre ella. No puede limitarse a presunciones según las cuales unos proyectos de gran envergadura pueden tener automáticamente repercusiones importantes sobre el medio ambiente sin demostrar, mediante un mínimo de pruebas concretas, que las autoridades competentes cometieron un error manifiesto de apreciación.

93 Debe señalarse que, a pesar de los elementos de análisis y los documentos proporcionados por el Gobierno del Reino Unido, la Comisión no ha tratado de fundamentar sus propias alegaciones y refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen en profundidad de estos elementos o mediante la obtención, aportación, examen y presentación analítica de elementos tangibles y concretos que, en su caso, permitieran al Tribunal de Justicia apreciar si las autoridades competentes excedieron efectivamente su margen de apreciación.

94 En estas circunstancias, procede desestimar por infundada la tercera parte del primer motivo.

Sobre el segundo motivo, basado en la adaptación incorrecta del Derecho interno a los artículos 2, apartado 1, 4, apartado 2, 5, apartado 3, y 8 de la Directiva 85/337, en su versión modificada

95 Mediante su segundo motivo, la Comisión aduce, básicamente, que el régimen nacional controvertido, según el cual únicamente puede efectuarse una evaluación en la etapa inicial de la concesión de un permiso de construcción en fase de anteproyecto, pero no en la etapa posterior de la aprobación de los aspectos

reservados, constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a los artículos 2, apartado 1, 4, apartado 2, 5, apartado 3, y 8 de la Directiva 85/337, en su versión modificada.

96 La Comisión sostiene que, si el Derecho nacional prevé un procedimiento de autorización que consta de varias etapas, la Directiva 85/337 exige que, en principio, se pueda efectuar una evaluación en cada etapa de este procedimiento, si se pone de manifiesto que el proyecto en cuestión puede tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

97 Pues bien, la Comisión alega que, en la medida en que excluye una evaluación en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados, el régimen nacional controvertido en el presente caso no responde a esta exigencia.

98 A su juicio, este régimen permite a determinados proyectos eludir una evaluación aunque puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

99 El Gobierno del Reino Unido, por el contrario, aduce que el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva indica claramente que un proyecto debe someterse a evaluación «antes de concederse la autorización». Pues bien, en la medida en que esta «autorización» se concede con el permiso de construcción en fase de anteproyecto (y no con la decisión de aprobación ulterior de los puntos reservados), el régimen controvertido constituye una correcta adaptación del Derecho interno a los artículos 2, apartado 1, 4, apartado 2, 5, apartado 3, y 8 de la Directiva 85/337, en su versión modificada.

100 A este respecto, es preciso recordar que el artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva define el concepto de «autorización» a efectos de ésta como la decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al maestro de obras el derecho a realizar el proyecto.

101 En el presente caso, consta que, según el Derecho nacional, un maestro de obras sólo puede comenzar las obras para realizar su proyecto tras haber obtenido una decisión aprobatoria de los aspectos reservados. Antes de esta decisión, el proyecto en cuestión no está aún (enteramente) autorizado.

102 Por consiguiente, debe considerarse que las dos decisiones previstas por el régimen controvertido en el presente caso, es decir, el permiso de construcción en fase de anteproyecto y la decisión aprobatoria de los aspectos reservados, constituyen, conjuntamente, una «autorización» (en varias etapas) en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337, en su versión modificada.

103 En estas circunstancias, del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 resulta que los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, a efectos del artículo 4 de dicha Directiva, en relación con sus anexos I o II, deben someterse a una evaluación por lo que se refiere a dichas repercusiones

antes de que se otorgue la autorización (en varias etapas) (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de enero de 2004, Wells, C-201/02, Rec. p. I-723, apartado 42).

104 A este respecto, el Tribunal de Justicia precisó en la sentencia Wells, antes citada (apartado 52), que, cuando el Derecho nacional prevea que el procedimiento de autorización conste de varias etapas y una de éstas sea una decisión principal y la otra una decisión de ejecución que no puede ir más allá de los parámetros determinados por la decisión principal, los efectos que el proyecto pueda producir en el medio ambiente deben identificarse y evaluarse en el procedimiento de adopción de la decisión principal. Sólo en el supuesto de que los referidos efectos únicamente fueran identificables durante el procedimiento relativo a la decisión de ejecución, la evaluación debería realizarse durante dicho procedimiento.

105 En el presente caso, el régimen controvertido establece que únicamente puede efectuarse una evaluación de las repercusiones de un proyecto sobre el medio ambiente en la etapa inicial de la concesión de un permiso de construcción en fase de anteproyecto, y no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados.

106 Por tanto, dicho régimen es contrario a los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, en su versión modificada. En consecuencia, el Reino Unido ha incumplido su obligación de adaptar su Derecho interno a estas disposiciones.

107 En lo que atañe a los artículos 5, apartado 3, y 8 de la Directiva 85/337, sin embargo, la Comisión no ha ofrecido ninguna explicación en cuanto a las razones por las que ha existido un incumplimiento de estas dos disposiciones.

108 En estas circunstancias, el segundo motivo es parcialmente fundado.

109 Habida cuenta de todo lo anterior, procede estimar que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, mediante la incorrecta adaptación de su Derecho nacional a los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, en su versión modificada, al establecer un régimen nacional según el cual, por lo que respecta a los permisos de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados, únicamente puede efectuarse una evaluación en la etapa inicial de la concesión de dicho permiso, y no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados.

Costas

110 A tenor de lo dispuesto en el artículo 69, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal podrá repartir las costas, o decidir que cada parte abone sus

propias costas. Al haberse estimado parcialmente las pretensiones de una y otra parte, procede decidir que cada parte abone sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

1) **Declarar que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, mediante la incorrecta adaptación de su Derecho nacional a los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, al establecer un régimen nacional según el cual, por lo que respecta a los permisos de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados, únicamente puede efectuarse una evaluación en la etapa inicial de la concesión de dicho permiso, y no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados.**

2) **Desestimar el recurso en todo lo demás.**

3) **La Comisión de las Comunidades Europeas y el Reino Unido soportarán sus propias costas.**

Firmas

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA

CVRIA
LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 16 de marzo de 2006 *

«Incumplimiento de Estado – Directiva 85/337/CEE en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE – Evaluación del impacto ambiental de proyectos – Interacción entre los factores susceptibles de ser afectados directa o indirectamente – Obligación de publicación de la declaración de impacto – Evaluación limitada a los proyectos de urbanización fuera de las zonas urbanas – Proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna»

En el asunto C-332/04,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 28 de julio de 2004,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. G. Valero Jordana y la Sra. F. Simonetti, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Reino de España, representado por el Sr. M. Muñoz Pérez, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. A. Rosas, Presidente de Sala, y los Sres. A. Borg Barthet y U. Lõhmus (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sra. C. Stix-Hackl;

Secretario: Sr. R. Grass;

* Lengua de procedimiento: español.

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 175, p. 40; EE 15/06, p. 9; en lo sucesivo, «Directiva 85/337 inicial»), en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997 (DO L 73, p. 5) (en lo sucesivo, «Directiva 85/337 modificada»), así como de esta última Directiva:

– al no haber adaptado el Derecho español de forma completa al artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada;

– al no haber adaptado el Derecho español al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada;

– al no haber cumplido el régimen transitorio establecido por el artículo 3 de la Directiva 97/11;

– al no haber adaptado el Derecho español de manera correcta al punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337 modificada, en relación con los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva, y

– al no haber sometido al procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, y, consiguientemente, al no haber aplicado lo dispuesto en los artículos 2, apartado 1, 3, 4, apartado 2, 8 y 9 de la Directiva 85/337 modificada.

2 El Reino de España solicita la desestimación del recurso y la condena en costas de la Comisión.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada dispone:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización, se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos. Estos proyectos se definen en el artículo 4.»

4 El artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada establece:

«La evaluación del impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con los artículos 4 a 11, los efectos directos e indirectos de un proyecto en los siguientes factores:

– el ser humano, la fauna y la flora,

– el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje,

– los bienes materiales y el patrimonio cultural,

– la interacción entre los factores mencionados en los guiones primero, segundo y tercero.»

5 Los dos artículos citados se aplican a los proyectos enumerados en los anexos I y II de la Directiva 85/337 modificada. En el punto 10, letra b), del anexo II de esta Directiva se recogen los proyectos de urbanizaciones, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos.

6 A tenor del artículo 4 de la Directiva 85/337 modificada:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2, los proyectos enumerados en el Anexo I serán objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los artículos 5 a 10.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2, por lo que respecta a los proyectos enumerados en el Anexo II, los Estados miembros determinarán:

a) mediante un estudio caso por caso, o

b) mediante umbrales o criterios establecidos por el Estado miembro,

si el proyecto será objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los artículos 5 a 10.

Los Estados miembros podrán decidir la aplicación de ambos procedimientos contemplados en las letras a) y b).

3. Cuando se examine caso por caso o se establezcan umbrales o criterios a los efectos del apartado 2, se tendrán en cuenta los criterios pertinentes de selección establecidos en el Anexo III.

[…]»

7 El artículo 5, apartado 3, de la Directiva 85/337 modificada enumera la información que el promotor debe proporcionar. Esa información debe contener como mínimo:

«– una descripción del proyecto que incluya información sobre su emplazamiento, diseño y tamaño,

– una descripción de las medidas previstas para evitar, reducir, y, si fuera posible, compensar, los efectos adversos significativos,

– los datos requeridos para identificar y evaluar los principales efectos que el proyecto pueda tener en el medio ambiente,

– una exposición de las principales alternativas estudiadas por el promotor y una indicación de las principales razones de su elección, teniendo en cuenta los efectos medioambientales,

– un resumen no técnico de la información mencionada en los guiones anteriores».

8 El artículo 6, apartado 2, de la Directiva 85/337 modificada determina lo siguiente:

«Los Estados miembros velarán por que toda solicitud de autorización así como las informaciones recogidas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 sean puestas a disposición del público interesado en un plazo razonable a fin de dar al público interesado la posibilidad de expresar su opinión antes de que se conceda la autorización.»

9 El artículo 8 de la Directiva 85/337 modificada tiene el siguiente tenor:

«Los resultados de las consultas y la información recogida en virtud de los artículos 5, 6 y 7 deberán tomarse en consideración en el procedimiento de autorización de desarrollo del proyecto.»

10 En virtud del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada:

«Cuando se haya tomado la decisión de conceder o denegar la autorización de desarrollo del proyecto, la autoridad o autoridades competentes informarán de ello al público con arreglo a las modalidades apropiadas y pondrán a su disposición lo siguiente:

– el contenido de la decisión y las condiciones que lleve aparejadas,

– las principales razones y consideraciones en las que se ha basado su decisión,

– una descripción, cuando sea necesario, de las principales medidas para evitar, reducir y, si es posible, compensar los principales efectos negativos.»

11 El artículo 3 de la Directiva 97/11 dispone:

«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 el 14 de marzo de 1999. […]

[…]

2. Si una solicitud de autorización hubiere sido presentada a una autoridad competente antes del plazo fijado en el apartado 1, seguirán aplicándoseles las disposiciones de la Directiva 85/337/CEE antes de la presente modificación.»

Normativa nacional

12 El ordenamiento jurídico español fue adaptado a la Directiva 85/337 inicial por medio del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (BOE nº 155, de 30 de junio de 1986, p. 23733). Las disposiciones de ejecución de este Real Decreto Legislativo fueron aprobadas mediante el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre (BOE nº 239, de 5 de octubre de 1988, p. 28911).

13 Con la finalidad de garantizar la adaptación del Derecho español a la Directiva 97/11, el Real Decreto Legislativo 1302/1986 fue modificado en dos ocasiones: mediante el Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre (BOE nº 241, de 7 de octubre de 2000, p. 34608), y, más tarde, mediante la Ley 6/2001, de 8 de mayo (BOE nº 111, de 9 de mayo de 2001, p. 16607) (en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1302/1986 modificado»).

14 De acuerdo con el artículo 2, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1302/1986 modificado:

«Los proyectos que, según el artículo 1 del presente Real Decreto Legislativo, hayan de someterse a evaluación de impacto ambiental deberán incluir un estudio de impacto ambiental que contendrá, al menos, los siguientes datos:

[...]

c) Evaluación de los efectos previsibles directos o indirectos del proyecto sobre la población, la fauna, la flora, el suelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el

paisaje y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico artístico y el arqueológico.

[...]»

15 Según el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1302/1986 modificado:

«1. Con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o, en su caso, autorización de la obra, instalación o actividad de que se trate, el órgano competente remitirá el expediente al órgano ambiental, acompañado, en su caso, de las observaciones que estime oportunas, al objeto de que éste formule una declaración de impacto, en la que determine las condiciones que deban establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales.

2. En el supuesto de discrepancia entre ambos órganos, resolverá, según la Administración que haya tramitado el expediente, el Consejo de Ministros o el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente o, en su caso, el que dicha Comunidad haya determinado.

3. La declaración de impacto se hará pública en todo caso.»

16 De acuerdo con el artículo 18, apartados 1 y 2, del Real Decreto 1131/1988:

«1. La Declaración de Impacto Ambiental determinará, a los solos efectos ambientales, la conveniencia o no de realizar el proyecto y, en caso afirmativo, fijará las condiciones en que debe realizarse.

2. Las condiciones, además de contener especificaciones concretas sobre protección del medio ambiente, formarán un todo coherente con las exigidas para la autorización del proyecto; se integrarán, en su caso, con las previsiones contenidas en los planes ambientales existentes; se referirán a la necesidad de salvaguardar los ecosistemas y a su capacidad de recuperación.»

17 A tenor del artículo 19 del Real Decreto 1131/1988:

«En el plazo de los treinta días siguientes a la recepción del expediente a que se refiere el artículo 16, la Declaración de Impacto Ambiental se remitirá al órgano de la Administración que ha de dictar la resolución administrativa de autorización del proyecto.»

18 La disposición transitoria única del Real Decreto-ley 9/2000 dispone:

«El presente Real Decreto-ley no se aplicará a los proyectos privados que a su entrada en vigor se encuentren en trámite de autorización administrativa.

Asimismo, no se aplicará a los proyectos públicos que hayan sido ya sometidos a información pública ni a los que, no estando obligados a someterse a dicho trámite, hayan sido ya aprobados.»

19 La Ley 6/2001 contiene la misma disposición transitoria.

20 El anexo I, grupo 9, letra c), número 3, del Real Decreto Legislativo 1302/1986 modificado recoge, entre los proyectos que han de ser sometidos a una evaluación de impacto, aquellos que «se desarrollen en zonas especialmente sensibles, designadas en aplicación de las Directivas 79/409/CEE y 92/43/CEE o en humedales incluidos en la lista del Convenio de Ramsar» y, especialmente, «proyectos de urbanizaciones y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos».

21 El anexo II, grupo 7, letra b), del Real Decreto Legislativo 1302/1986 modificado menciona, entre los proyectos que han de ser sometidos a una evaluación de impacto, los «proyectos de urbanizaciones y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos (proyectos no incluidos en el anexo I)».

Procedimiento administrativo previo

22 El presente recurso trata de dos expedientes por incumplimiento que la Comisión abrió en 2001 contra el Reino de España. El primero, registrado con la referencia nº 2001/2210, tenía por objeto examinar la conformidad de las disposiciones nacionales de adaptación a la Directiva 85/337 modificada. En el segundo, con la referencia nº 2001/2257, se pretendía comprobar si ese Estado miembro había aplicado correctamente las disposiciones de dicha Directiva al decidir que era innecesario someter a una evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna.

23 En el marco del procedimiento por incumplimiento nº 2001/2210, la Comisión remitió el 21 de diciembre de 2001 un escrito de requerimiento al Estado miembro de que se trata. Las autoridades españolas respondieron a este escrito mediante una carta de 27 de marzo de 2002, en la que afirmaban que el ordenamiento jurídico interno había sido adaptado correctamente a la Directiva 85/337.

24 No satisfecha con las explicaciones proporcionadas por el Reino de España, la Comisión le envió el 11 de julio de 2003 un dictamen motivado instando a este Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para ajustarse a dicho dictamen en un plazo de dos meses a partir de la notificación del mismo. El 16 de julio de 2003, el Reino de España solicitó a la Comisión una prórroga de un mes para responder, la cual no le fue acordada. No hubo respuesta al dictamen motivado.

25 En el marco del procedimiento por incumplimiento nº 2001/2257, la Comisión dirigió, el 13 de diciembre de 2001, a las autoridades españolas un escrito en el que les instaba a comunicarle sus observaciones sobre los hechos denunciados. El 23 de enero de 2002, estas autoridades remitieron a la Comisión un informe elaborado por la Comunidad Autónoma Valenciana en el que se declaraba que el proyecto de centro de ocio no requería ser sometido a una evaluación de impacto ambiental de conformidad con lo dispuesto en la legislación en vigor en esta Comunidad Autónoma, basándose en que iba a ser construido en una zona urbana que no estaba incluida en ninguna de las zonas sensibles referidas en el anexo I, grupo 9, letra c), número 3, del Real Decreto Legislativo 1302/1986 modificado, ni en el anexo II, grupo 7, letra b), del mismo.

26 Tras analizar la información recibida, la Comisión consideró que se habían aplicado incorrectamente las disposiciones de los artículos 2, apartado 1, 3 y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 modificada, en relación con las disposiciones del punto 10, letra b), del anexo II y las del anexo III, así como los artículos 8 y 9 de la misma Directiva, en la medida en que no se había determinado la necesidad de someter el proyecto al procedimiento de evaluación de impacto previsto en los artículos 5 a 10 de la Directiva citada.

27 Por consiguiente, mediante escrito de requerimiento de fecha 18 de julio de 2002, la Comisión instó al Gobierno español a presentar sus observaciones a ese respecto en un plazo de dos meses.

28 Al no haber recibido respuesta alguna a este escrito, la Comisión emitió, el 19 de diciembre de 2002, un dictamen motivado en el que instaba al Reino de España a adoptar, en un plazo de dos meses a partir de la notificación del mismo, las medidas necesarias para ajustarse a él. El 24 de febrero de 2003, las autoridades españolas respondieron señalando que no se había vulnerado lo dispuesto en el punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337 modificada.

29 Considerando que la información transmitida por las autoridades españolas demostraba que el Derecho español no había sido adaptado correctamente a ciertas disposiciones de la Directiva 85/337 modificada, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

30 En apoyo de su recurso, la Comisión invoca cinco motivos, basados respectivamente:

– en la adaptación incompleta del Derecho español al artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada;

– en la omisión de adaptación del Derecho español al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada;

– en el incumplimiento del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 97/11;

– en la incorrecta adaptación del Derecho español al punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337 modificada, en relación con los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva, y

– en la omisión de evaluación de impacto ambiental del proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna.

Sobre el primer motivo, basado en la adaptación incompleta del Derecho español al artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada

31 La Comisión sostiene que, a pesar de que el artículo 2, apartado 1, letra c), del Real Decreto Legislativo 1302/1986 modificado incorpora casi todo el contenido del artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada, no menciona la interacción entre los factores enumerados en los guiones primero a tercero de este artículo 3, como dispone su cuarto guión. Asimismo, el artículo 9 del Real Decreto 1131/1988 no establece, en su opinión, una obligación de tener en cuenta la interacción entre todos los factores mencionados en dicho artículo 3, pese a que dicha obligación debía estar recogida de manera expresa en la legislación española para que se imponga claramente a los distintos agentes y autoridades.

32 El Gobierno español considera que la mención de la evaluación de los efectos previsibles directos e indirectos del proyecto controvertido, que se establecía ya desde la redacción original del artículo 2, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1302/1986, hacía alusión precisamente a esa interacción entre todos los factores que han de tenerse en cuenta en la declaración de impacto ambiental, por ello el artículo 7 del Real Decreto 1131/1988, que debía servir de norma de ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986, señala como contenido necesario del estudio de impacto ambiental el «inventario ambiental y [la] descripción de las interacciones ecológicas o ambientales claves».

33 Con carácter preliminar, procede señalar que el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada se refiere al contenido de la evaluación de impacto ambiental, que comprende una descripción de los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los factores enumerados en los tres primeros guiones de ese artículo y la interacción entre ellos. Corresponde a la autoridad medioambiental competente realizar tal evaluación.

34 Respecto a la legislación española, procede declarar, por una parte, que el artículo 2, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1302/1986 modificado no menciona la interacción entre los factores enumerados en los guiones primero a tercero del artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada.

35 Por otra parte, el artículo 7 del Real Decreto 1131/1988 establece la lista de documentos que debe incluirse en el estudio de impacto ambiental cuya realización corresponde al promotor, entre los que figuran un inventario ambiental

que no se menciona en las informaciones exigidas en virtud del artículo 5, apartado 3, de la Directiva 85/337 modificada. Este documento, cuyo contenido se especifica en el artículo 9 de dicho Real Decreto, debe contener efectivamente una descripción de las interacciones ecológicas y medioambientales clave.

36 No obstante, si bien es cierto que el inventario ambiental tiene por objeto describir el estado del lugar en el que vaya a construirse el proyecto, así como las condiciones ambientales, incluidas las interacciones ecológicas clave, no evalúa, sin embargo, el impacto del proyecto en los diferentes factores ambientales expresamente citados en el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada y la interacción entre ellos.

37 Por consiguiente, las disposiciones de Derecho nacional invocadas por el Gobierno español no garantizan que la autoridad administrativa competente efectúe la evaluación del impacto de un proyecto sobre la interacción entre los factores ambientales enumerados en el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada.

38 Consta que, como alega acertadamente la Comisión, aun suponiendo que exista una práctica administrativa de evaluación de tal interacción, ello tampoco permite considerar que se haya adaptado correctamente el Derecho interno al artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada. En efecto, según jurisprudencia reiterada, la adaptación del ordenamiento jurídico interno a una directiva debe efectuarse mediante disposiciones que puedan crear una situación suficientemente precisa, clara y transparente para permitir que los particulares conozcan sus derechos y obligaciones (véanse, en especial, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 1991, Comisión/Alemania, C-361/88, Rec. p. I-2567, apartado 24; de 7 de noviembre de 1996, Comisión/Luxemburgo, C-221/94, Rec. p. I-5669, apartado 22, y de 13 de septiembre de 2001, Comisión/España, C-417/99, Rec. p. I-6015, apartado 38).

39 Por último, el Reino de España alega que el artículo 127, apartado 1, de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 2003, p. 46874), modificó, con anterioridad a la interposición del recurso de la Comisión, el artículo 2, apartado 1, letra c), del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de forma que, actualmente, este precepto establece expresamente que la evaluación de impacto ambiental debe atender también a la interacción entre todos los factores enumerados en el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada.

40 A este respecto, basta con recordar que, según jurisprudencia reiterada, la existencia de un incumplimiento debe ser determinada en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado y los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 30 de enero de 2002, Comisión/Grecia, C-103/00, Rec. p. I-1147, apartado 23; de 30 de

mayo de 2002, Comisión/Italia, C-323/01, Rec. p. I-4711, apartado 8, y de 15 de septiembre de 2005, Comisión/Alemania, C-372/03, Rec. p. I-0000, apartado 51).

41 Pues bien, en el presente caso, es preciso declarar que al término del plazo señalado en el dictamen motivado, enviado el 11 de julio de 2003, no se habían adoptado las medidas necesarias para garantizar la correcta adaptación del Derecho interno a la Directiva 85/337 modificada, en particular, al artículo 3, cuarto guión, de dicha Directiva.

42 En estas circunstancias, procede considerar fundado el primer motivo formulado por la Comisión en apoyo de su recurso.

Sobre el segundo motivo, basado en la omisión de adaptación del Derecho español al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada

43 En apoyo de este motivo, la Comisión sostiene que, aun cuando desde su adopción en 1986, el Real Decreto Legislativo 1302/1986 impone, por un lado, en su artículo 3, apartado 1, la obligación de someter el estudio de impacto ambiental a información pública y, por otro, en su artículo 4, apartado 3, la de hacer pública la declaración de impacto ambiental, ese mismo Real Decreto Legislativo no exige, sin embargo, la publicación de la decisión de conceder o denegar la autorización de la obra de que se trate. Pues bien, lo que precisamente impone el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada es la comunicación pública de tal resolución.

44 Según el Gobierno español, el artículo 2 de la Directiva 85/337 modificada implica un sistema como el contenido en el conjunto del Real Decreto Legislativo 1302/1986, en el que, con carácter previo a que la autoridad competente autorice la ejecución del proyecto, la autoridad ambiental debe pronunciarse sobre el impacto ambiental que el proyecto producirá, así como sobre las condiciones que lleve aparejadas para una adecuada protección del medio ambiente. El demandado niega que la autorización de desarrollo del proyecto, mencionada en el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, pueda asimilarse, como pretende la Comisión, a la autorización del proyecto por el órgano competente.

45 De los documentos aportados ante el Tribunal de Justicia se desprende que, en virtud del artículo 18, apartado 1, del Real Decreto 1131/1988, la declaración de impacto ambiental determina, a los solos efectos ambientales, la conveniencia de realizar el proyecto y fija las condiciones que lleva aparejadas. La administración competente en materia de protección del medio ambiente formula tal declaración y, con arreglo al artículo 19 de dicho Real Decreto, la remite al órgano administrativo responsable de la concesión o denegación de la autorización del proyecto; en caso de discrepancia, la resolución es adoptada por un órgano superior.

46 El mero hecho de que se haya revelado necesario, a ojo del legislador español, organizar en varias etapas, ante las diferentes administraciones públicas, el

procedimiento de autorización de un proyecto que pueda tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, no es en sí mismo criticable desde la perspectiva del Derecho comunitario. Sin embargo, la publicidad de la declaración de impacto elaborada por la administración competente en materia de medio ambiente no puede justificar la falta de publicidad de la resolución por la que se autoriza o se deniega la ejecución del proyecto, impuesta por el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada.

47 El Gobierno español alega, asimismo, que el artículo 9 de la Directiva 85/337 modificada debe ser interpretado tomando en consideración el resto de disposiciones, en particular, el artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva, a tenor del cual el legislador comunitario diferencia claramente entre la «autorización» del proyecto, y la «autorización de su desarrollo», de manera que la primera no puede otorgarse sin que previamente se haya sometido el proyecto a la segunda. Arguye que si la autorización de desarrollo del proyecto, cuya publicidad exige el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, debe coincidir con la autorización del proyecto por el órgano competente, es ilógico que el artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva exija que la «autorización» del proyecto vaya precedida de la «autorización de su desarrollo».

48 Tampoco cabe acoger este argumento, que se apoya en una lectura errónea del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada.

49 En efecto, contrariamente a la tesis sostenida por el Gobierno español, la Directiva 85/337 modificada no pretende distinguir entre la autorización del proyecto y la autorización de desarrollo del proyecto. Tanto del tenor de esta Directiva como de su contexto y de los objetivos que persigue resulta que las dos expresiones se refieren al mismo acto administrativo.

50 Si bien es exacto que, en las versiones lingüísticas inglesa y española de la Directiva 85/337 modificada, el artículo 2, apartado 1, contiene dos expresiones diferentes, de forma que impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la «autorización» («consent» en la versión inglesa), los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización, se sometan al requisito de «autorización de su desarrollo» («development consent» en la versión inglesa), no sucede así con todas las demás versiones lingüísticas.

51 Así, varias versiones lingüísticas utilizan un único y mismo término para designar un concepto que en inglés y en español se traduce con dos expresiones diferentes. En la versión francesa figura únicamente el término «autorisation»; asimismo, en la portuguesa, «aprovação»; en la finesa, «lupa»; en la sueca, «tillstånd»; en la neerlandesa, «vergunning»; en la alemana, «Genehmigung»; en la italiana, «autorizzazione»; en la danesa, «tilladelse», y en la griega «άδεια».

52 Pues bien, en virtud de jurisprudencia reiterada, las diversas versiones lingüísticas de un texto comunitario deben interpretarse de modo uniforme y, por lo tanto, en caso de discrepancia entre las mismas, la disposición de que se trate debe interpretarse en función del sistema general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte (véanse las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 14; de 7 de diciembre de 1995, Rockfon, C-449/93, Rec. p. I-4291, apartado 28; de 17 de diciembre de 1998, Codan, C-236/97, Rec. p. I-8679, apartado 28, y de 13 de abril de 2000, W.N., C-420/98, Rec. p. I-2847, apartado 21).

53 Es necesario señalar que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337 modificada define un solo tipo de autorización, a saber, la resolución de la autoridad o de las autoridades competentes que genera el derecho del promotor de ejecutar el proyecto.

54 Si bien es cierto que el artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/337 modificada impone a los Estados miembros la obligación de establecer un procedimiento de consulta en el que se ofrezca a las autoridades que puedan verse afectadas por el proyecto y al público, respectivamente, la posibilidad de expresar su opinión, no lo es menos que tal procedimiento tiene lugar, necesariamente, antes de que se conceda la autorización. Esas opiniones, así como otras complementarias que puedan exigir los Estados miembros, forman parte del procedimiento de autorización y están destinadas a ayudar al órgano competente a adoptar su resolución de concesión o denegación de la autorización. Por lo tanto, tienen carácter preparatorio y, como regla general, no pueden ser objeto de recurso.

55 En cambio, la información al público establecida en el artículo 9 de la Directiva 85/337 modificada tiene lugar una vez adoptada la resolución de concesión o de denegación. El objetivo que se persigue por medio de esta información no es solamente informar al público, sino también permitir a las personas que se consideren perjudicadas por el proyecto de que se trate ejercitar su derecho de recurso en los plazos señalados.

56 De las consideraciones anteriores se desprende que el hecho de que un Estado miembro publique la declaración de impacto ambiental realizada por el órgano administrativo competente en materia de medio ambiente –publicación que no exige el Derecho comunitario– no sustituye la obligación establecida en el artículo 9 de la Directiva 85/337 modificada de comunicar al público la autorización o la denegación para ejecutar el proyecto, en el sentido del artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva.

57 Esta interpretación se halla corroborada por la finalidad de la Directiva 85/337 inicial, que consiste, a tenor de su primer considerando, en evitar, desde el principio, la creación de contaminaciones o daños, más que combatir posteriormente sus efectos. Esta finalidad tiene su confirmación en la Directiva

97/11, la cual recuerda en su segundo considerando que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 130 R, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 174 CE, apartado 2, tras su modificación), la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente se basa en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de que quien contamina paga.

58 Al establecer, en su artículo 9, la obligación de los Estados miembros de informar al público cuando se adopte una decisión de concesión o de denegación, la Directiva 85/337 modificada pretende hacer participar al público de que se trate en la vigilancia del cumplimiento de estos principios. Pues bien, el hecho de que el público sólo tenga conocimiento del contenido de un dictamen que debe tener en cuenta el órgano competente antes de adoptar su resolución no le permite participar en esa vigilancia con tanta eficacia como cuando la información que se le transmite se refiere a la resolución definitiva que pone fin al procedimiento de autorización.

59 En la medida en que la legislación nacional no exige la publicación de la resolución de concesión o de denegación de la autorización para ejecutar el proyecto, dicha legislación no ha sido adaptada correctamente al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada.

60 Por consiguiente, el segundo motivo formulado por la Comisión en apoyo de su recurso es fundado.

Sobre el tercer motivo, basado en el incumplimiento del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 97/11

61 La Comisión recuerda que el Real Decreto-ley 9/2000, adoptado con la finalidad de adaptar el Derecho español a las modificaciones introducidas en la Directiva 85/337 por la Directiva 97/11 y que entró en vigor el 8 de octubre de 2000, contenía una disposición transitoria única según la cual «el presente Real Decreto-ley no se aplicará a los proyectos privados que a su entrada en vigor se encuentren en trámite de autorización administrativa. Asimismo, no se aplicará a los proyectos públicos que hayan sido ya sometidos a información pública ni a los que, no estando obligados a someterse a dicho trámite, hayan sido ya aprobados». La Ley 6/2001, que derogó ese Real Decreto-ley, contiene la misma disposición. Esta Ley entró en vigor el 10 de mayo de 2001.

62 Pues bien, según la Comisión, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 97/11 impone a los Estados miembros la obligación de adaptar su legislación a más tardar el 14 de marzo de 1999, y su apartado 2 establece que las disposiciones de la Directiva 85/337 inicial seguirán aplicándose a las solicitudes presentadas con anterioridad a esa fecha. Deduce de ello que las disposiciones de la Directiva 85/337 modificada eran aplicables a todas las solicitudes de autorización

presentadas con posterioridad al 14 de marzo de 1999, supuesto que no se prevé en la normativa española, según alega la Comisión.

63 Para justificar la medida controvertida, el Gobierno español invoca los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima. Afirma que la modificación de la normativa que rige en el momento de la presentación de una solicitud de autorización, si con ella se da lugar a la exigencia de nuevos requisitos, supone una vulneración de esos dos principios en perjuicio de quienes promovieron el expediente con arreglo a la anterior normativa.

64 No obstante, a juicio de la Comisión, esos dos principios no pueden ser invocados para justificar el hecho de que la nueva normativa no se aplique a los proyectos en trámite de autorización o de examen. Afirma que en tanto no se haya adoptado una resolución administrativa sobre los proyectos presentados, los promotores no han adquirido ningún derecho.

65 Por lo que se refiere a la obligación de realizar la evaluación de impacto ambiental, el Tribunal de Justicia ha declarado, en diversas ocasiones, que ésta se aplica a todos los proyectos a los que afecta la Directiva 85/337 inicial, cuyas solicitudes de autorización hayan sido presentadas después de finalizar el plazo de adaptación del Derecho interno. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha resuelto que dicha Directiva no permite a un Estado miembro que haya adaptado su ordenamiento jurídico nacional a esa Directiva con posterioridad a la fecha de expiración del plazo de adaptación, dispensar, mediante una disposición transitoria, de las obligaciones relativas a la evaluación del impacto ambiental exigida por la Directiva a los proyectos cuyo procedimiento de aprobación se había iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley nacional de adaptación del Derecho interno, pero con posterioridad a la fecha límite fijada para esa adaptación (véanse, en particular, las sentencias de 9 de agosto de 1994, Bund Naturschutz in Bayern y otros, C-396/92, Rec. p. I-3717, apartado 20; de 22 de octubre de 1998, Comisión/Alemania, C-301/95, Rec. p. I-6135, apartado 29, y de 21 de enero de 1999, Comisión/Portugal, C-150/97, Rec. p. I-259, apartado 23).

66 Como la Comisión subraya acertadamente, esta jurisprudencia es válida, *mutatis mutandis,* para interpretar el régimen transitorio establecido por el artículo 3 de la Directiva 97/11. En consecuencia, no se permite que un Estado miembro retrase, mediante la adopción tardía de disposiciones destinadas a la adaptación del Derecho interno a las modificaciones introducidas por la Directiva 97/11 en la Directiva 85/337 inicial, la aplicación de dichas disposiciones más allá de la fecha señalada en la Directiva 97/11. La interpretación opuesta provocaría un aplazamiento de la fecha límite y sería contraria a las obligaciones que se derivan de la Directiva 97/11 (véase, en este sentido, la sentencia Bund Naturschutz in Bayern y otros, antes citada, apartados 19 y 20).

67 El riesgo de que, según el Gobierno español, sean lesionados los derechos de los particulares que presentaron una solicitud de autorización antes del 8 de octubre

de 2000, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2000, no puede dispensar a este Estado miembro de adoptar, conforme al objetivo de la Directiva 97/11, las medidas útiles para que, por una parte, estén sujetos a una solicitud de autorización los proyectos que requieran una evaluación, y, por otra, a partir del 14 de marzo de 1999, estén sometidas, en principio, a una evaluación sistemática nuevas categorías de proyectos, añadidas al anexo I de la Directiva 85/337 modificada.

68 Por otro lado, procede señalar que, tal como lo ha formulado la Comisión, el recurso para que se declare el incumplimiento no afecta a las solicitudes presentadas ante la autoridad nacional competente después del 14 de marzo de 1999 y para las que ya se ha adoptado una resolución de autorización.

69 En consecuencia, se ha de considerar fundado asimismo el tercer motivo.

Sobre el cuarto motivo, basado en la incorrecta adaptación del Derecho español al punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337 modificada, en relación con los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva

70 La Comisión afirma que la Ley 6/2001 prevé, en su anexo II, grupo 7, letra b), la evaluación de impacto ambiental únicamente para los proyectos de urbanizaciones y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos (proyectos no incluidos en el anexo I de la Ley 6/2001).

71 Por consiguiente, según la Comisión, tales proyectos de urbanización, cuando se sitúan fuera de las zonas urbanas, están excluidos del procedimiento previsto para los proyectos comprendidos en el anexo II de la Directiva 85/337 modificada. Esta situación, derivada de la legislación nacional, no se ve corregida, salvo muy contadas excepciones, por la legislación autonómica sobre urbanismo, completada con la legislación autonómica sobre evaluación de impacto. La Comisión afirma que estas últimas tampoco exigen la evaluación de impacto de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

72 El Gobierno español sostiene que la Directiva 85/337 modificada permite que los Estados miembros decidan que algunos de los proyectos mencionados en su anexo II no se sometan a una evaluación de impacto ambiental.

73 Según dicho Gobierno, precisamente en uso de tal facultad la legislación española impone el criterio de someter a declaración de impacto ambiental a todos los proyectos de urbanizaciones y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos, siempre que tales proyectos se desarrollen en zonas especialmente sensibles.

74 El Gobierno español añade que, de esa manera, los únicos proyectos de urbanización que quedan excluidos de la necesidad de declaración de impacto

ambiental son aquellos que se ejecutan en zonas urbanas, en las que el impacto ambiental de tales proyectos será prácticamente inexistente, dado que se trata de terrenos que constituyen suelo urbano.

75 Este Gobierno estima que no ha excedido las facultades de apreciación que le corresponden en virtud de los artículos 2 y 4 de la Directiva 85/337 modificada.

76 Es cierto que el Tribunal de Justicia ya ha destacado, a este respecto, que los Estados miembros tienen la posibilidad de fijar los criterios y los umbrales que permitan determinar qué proyectos incluidos en el anexo II de la Directiva 85/337 inicial deben ser objeto de evaluación (sentencia de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72/95, Rec. p. I-5403, apartados 49 a 53). No obstante, al establecer dichos umbrales y criterios, los Estados miembros deben tener en cuenta no sólo las dimensiones de los proyectos, sino también su naturaleza y su localización (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Comisión/Irlanda, C-392/96, Rec. p. I-5901, apartados 65 a 67, y de 13 de junio de 2002, Comisión/España, C-474/99, Rec. p. I-5293, apartado 31).

77 Pues bien, al limitar la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de urbanización sólo a los proyectos que se sitúan en suelo no urbano, el Gobierno español se limita a aplicar el criterio de la localización, que no es más que uno de los tres criterios mencionados en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, sin tener en cuenta los otros dos criterios, a saber, la naturaleza y las dimensiones del proyecto.

78 Por otra parte, en la medida en que prevé la evaluación de impacto ambiental únicamente para los proyectos de urbanización fuera de las zonas urbanas, la legislación española aplica de modo incompleto el criterio de la localización.

79 En efecto, las áreas de gran densidad demográfica, así como los paisajes con significación histórica, cultural o arqueológica, recogidos en el anexo III, punto 2, letras g) y h), de la Directiva 85/337 modificada, figuran entre los criterios de selección que los Estados miembros deben tener en cuenta, conforme al artículo 4, apartado 3, de dicha Directiva, para examinar caso por caso o para establecer umbrales o criterios a los efectos del apartado 2 de dicho artículo, con el fin de determinar si un proyecto debe ser objeto de evaluación. Pues bien, como subraya acertadamente la Comisión, esos criterios de selección suelen afectar a las zonas urbanas.

80 La tesis que defiende el Gobierno español, de que en las zonas urbanas el impacto ambiental de los proyectos de urbanización es prácticamente inexistente, tampoco puede ser acogida en vista de la lista de factores que pueden verse afectados directa o indirectamente por los proyectos a los que se refiere la Directiva 85/337 modificada.

81 En efecto, estos factores, enumerados en el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada, se encuentran tanto dentro como fuera de las zonas urbanas y las

probabilidades de verse afectados por uno de los proyectos antes mencionados no varían necesariamente en función de la situación de estas zonas. En todo caso, ni los considerandos ni las disposiciones de la Directiva 85/337 modificada apoyan la interpretación de que no todos los proyectos de urbanización en zonas urbanas pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente en el sentido del artículo 1, apartado 1, de esta Directiva y pueden, por tanto, ser excluidos del requisito de autorización y evaluación con respecto a sus efectos.

82 En estas circunstancias, procede acoger el cuarto motivo formulado por la Comisión.

Sobre el quinto motivo, basado en la omisión de evaluación de impacto ambiental del proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna

83 Sobre este extremo, la Comisión alega que el Gobierno español ha aplicado incorrectamente lo dispuesto en los artículos 2, apartado 1, 3 y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 modificada, en relación con el punto 10, letra b), de su anexo II, así como los artículos 8 y 9 de la misma Directiva, dado que no ha adoptado ninguna medida destinada a comprobar si el proyecto de construcción del centro de ocio situado en Paterna podía tener repercusiones importantes en el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, dimensiones o localización.

84 Según la Comisión, no se puede cuestionar esta afirmación dado que dicho proyecto fue presentado como el segundo complejo de cines más grande de Europa, se encuentra situado en zona urbana, colindante con urbanizaciones ya existentes y próxima a zonas de desarrollo urbano, y se prevé una afluencia semanal de 60.000 personas.

85 El Gobierno español justifica la omisión de evaluación de impacto ambiental de este proyecto alegando que el centro controvertido será construido en suelo urbano, es decir, en terrenos que están totalmente transformados, bien por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, bien por estar consolidados con la edificación en la forma y con las características que establece la legislación urbanística aplicable, o bien porque en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo. Considera que, tratándose pues de un proyecto que se ejecutará sobre un terreno completamente transformado, el impacto sobre el medio ambiente no puede ser importante.

86 El incumplimiento reprochado por la Comisión en este motivo no es sino la consecuencia de aplicar a un caso particular la legislación que ya ha sido considerada contraria al Derecho comunitario en el examen del cuarto motivo. En efecto, la aplicación de la legislación nacional, que excluye someter al procedimiento de autorización y evaluación de impacto ambiental los proyectos de urbanización en zonas urbanas, tiene como resultado la liberación de tales

obligaciones por lo que respecta al proyecto de construcción del centro de ocio controvertido.

87 Pues bien, por una parte, en vista de las dimensiones, naturaleza y localización de este proyecto, no se puede excluir, de entrada, que no pueda tener repercusiones importantes en el medio ambiente. Por otra parte, como se ha demostrado al examinar el cuarto motivo, la legislación española en materia de medio ambiente, aplicada al proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, no se ajusta a la Directiva 85/337 modificada, en la medida en que no se obliga a las autoridades competentes a determinar si la ejecución de proyectos de urbanización, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos en zonas urbanas, conlleva el riesgo de provocar efectos importantes en el medio ambiente y, de ser así, a someter estos proyectos a una evaluación de impacto ambiental.

88 Por lo tanto, se ha de considerar fundado el quinto motivo.

89 En vista del conjunto de las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 85/337 modificada y 97/11:

– al no haber adaptado el Derecho español de forma completa al artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada;

– al no haber adaptado el Derecho español al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada;

– al no haber cumplido el régimen transitorio establecido por el artículo 3 de la Directiva 97/11;

– al no haber adaptado el Derecho español de manera correcta al punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337 modificada, en relación con los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva, y

– al no haber sometido al procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, y, consiguientemente, al no haber aplicado lo dispuesto en los artículos 2, apartado 1, 3, 4, apartado 2, 8 y 9 de la Directiva 85/337 modificada.

Costas

90 En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas al Reino de España y haber sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarlo en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) decide:

1) **Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, así como de esta última Directiva, al no haber adaptado el Derecho español de forma completa al artículo 3 de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11, al no haber adaptado el Derecho español al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11, al haber incumplido el régimen transitorio establecido por el artículo 3 de la Directiva 97/11, al no haber adaptado el Derecho español de manera correcta al punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11, en relación con los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva, y al no haber sometido al procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, y, consiguientemente, al no haber aplicado lo dispuesto en los artículos 2, apartado 1, 3, 4, apartado 2, 8 y 9 de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11.**

2) **Condenar en costas al Reino de España.**

Firmas.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA

CVRIA
LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 16 de septiembre de 2004 *

«Incumplimiento de Estado – Directiva 85/337/CEE – Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente – Aplicación incorrecta – Proyecto de línea ferroviaria Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa»

En el asunto C-227/01,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE,

presentado en el Tribunal de Justicia el 7 de junio de 2001,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. G. Valero Jordana, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Reino de España, representado por el Sr. S. Ortiz Vaamonde, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, y los Sres. C. Gulmann, J.N. Cunha Rodrigues y R. Schintgen (Ponente), y la Sra. F. Macken, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Poiares Maduro;

Secretaria: Sra. M. Múgica Arzamendi, administradora principal;

* Lengua de procedimiento: español.

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y después de celebrada la vista el 19 de febrero de 2004;

consideradas las observaciones escritas presentadas por las partes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 24 de marzo de 2004;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 3, 5, apartado 2, y 6, apartado 2, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 175, p. 40; EE 15/06, p. 9), al no haber sometido a evaluación el impacto ambiental del «proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa. Plataforma», que forma parte del proyecto denominado «Corredor del Mediterráneo».

Marco jurídico

Normativa comunitaria

2 La Directiva 85/337 tiene por objeto, conforme a sus considerandos primero y sexto, prevenir las contaminaciones y demás daños al medio ambiente, sometiendo determinados proyectos públicos y privados a una evaluación previa de sus repercusiones sobre el medio ambiente.

3 Como se desprende de su quinto considerando, dicha Directiva establece con este objetivo principios generales de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente a fin de completar y coordinar los procedimientos de autorización de los proyectos públicos y privados que puedan tener un impacto importante sobre el medio ambiente.

4 Según los considerandos octavo y undécimo de la Directiva 85/337, los proyectos que pertenecen a determinadas clases tienen repercusiones notables sobre el medio ambiente y deben, en principio, someterse a una evaluación sistemática para proteger la salud humana, contribuir mediante un mejor entorno a la calidad de vida, velar por el mantenimiento de la diversidad de especies y conservar la capacidad de reproducción del ecosistema como recurso fundamental de la vida.

5 Las disposiciones de la Directiva 85/337 controvertidas en el presente asunto, en su redacción anterior a la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, por la que se modifica dicha Directiva (DO L 73, p. 5), son las que exponen a continuación.

6 El artículo 1 de la Directiva 85/337 está redactado como sigue:

«1. La presente Directiva se aplica a la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de los proyectos públicos y privados que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

2. Con arreglo a la presente Directiva, se entenderá por:

proyecto:

– la realización de trabajos de construcción o de otras instalaciones u obras,

– otras intervenciones en el medio natural o el paisaje, […]»

7 Con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva:

«1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones.

Estos proyectos se definen en el artículo 4.

[…]

3. En casos excepcionales, los Estados miembros podrán exceptuar de la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva todo o parte de un proyecto específico. En tal caso, los Estados miembros:

a) examinarán la conveniencia de otra forma de evaluación y si procede poner a disposición del público las informaciones así recogidas;

b) pondrán a disposición del público interesado las informaciones relativas a dicha exención y las razones por las cuales ha sido concedida;

c) informarán a la Comisión, previamente a la concesión de la autorización, sobre los motivos que justifican la exención concedida y le proporcionarán las informaciones que ponen, eventualmente, a disposición de sus propios nacionales.

La Comisión transmitirá inmediatamente los documentos recibidos a los demás Estados miembros.

[…]»

8 El artículo 3 de dicha Directiva dispone:

«La evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con los artículos 4 a 11, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los factores siguientes:

– el hombre, la fauna y la flora,

– el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje,

– la interacción entre los factores mencionados en los guiones primero y segundo,

– los bienes materiales y el patrimonio cultural.»

9 El artículo 4 de la Directiva 85/337, al que se remite el artículo 2, apartado 1, párrafo segundo, de ésta, dispone:

«1. Sin perjuicio del apartado 3 del artículo 2, los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo I se someterán a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10.

2. Los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II se someterán a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10, cuando los Estados miembros consideren que sus características [lo exigen].

[…]»

10 El anexo I de dicha Directiva menciona, en su punto 7, entre otros proyectos, la «construcción de vías para el tráfico a gran distancia de los ferrocarriles».

11 El anexo II, punto 12, de dicha Directiva hace referencia, en particular, a la «modificación de los proyectos que figuran en el Anexo I».

12 Según el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/337:

«1. En el caso de proyectos que, en aplicación del artículo 4, deban someterse a una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, de conformidad con los artículos 5 a 10, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el maestro de obras proporcione, de forma apropiada, las informaciones especificadas en el Anexo III, en la medida en que:

a) los Estados miembros consideren que dichas informaciones son apropiadas en una determinada fase del procedimiento de autorización y según las

características específicas de un proyecto determinado o de un tipo de proyecto y de los elementos del medio ambiente que puedan ser afectados;

b) los Estados miembros consideren que se puede, razonablemente, exigir a un maestro de obras que reúna los datos teniendo en cuenta, entre otras cosas, los conocimientos y métodos de evaluación existentes.

2. Las informaciones que el maestro de obras deberá proporcionar, de conformidad con el apartado 1, contendrán al menos:

– una descripción del proyecto que incluya informaciones relativas a su emplazamiento, concepción y dimensiones,

– una descripción de las medidas previstas para evitar y reducir los efectos negativos importantes y, si fuere posible, remediarlos,

– los datos necesarios para identificar y evaluar los efectos principales que el proyecto pueda tener sobre el medio ambiente,

– un resumen no técnico de las informaciones mencionadas en los guiones primero, segundo y tercero.»

13 Con arreglo al artículo 6, apartado 2, de la misma Directiva:

«Los Estados miembros procurarán:

– que toda solicitud de autorización así como las informaciones recogidas en virtud del artículo 5 sean disponibles al público,

– que el público interesado tenga la posibilidad de expresar su opinión antes de iniciarse el proyecto.»

14 El artículo 12 de la Directiva 85/337 establece:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para cumplir la presente Directiva en un plazo de tres años a partir de su notificación.

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

15 Dicha Directiva se notificó a los Estados miembros el 3 de julio de 1985.

Normativa nacional

16 La normativa española que adaptó el Derecho interno al anexo I, punto 7, de la Directiva 85/337 menciona, entre los proyectos que han de someterse obligatoriamente a un procedimiento de evaluación del impacto sobre el medio

ambiente, las «líneas de ferrocarril de largo recorrido, que supongan nuevo trazado».

Procedimiento administrativo previo

17 A raíz de una denuncia recibida en mayo de 1999 y tras un intercambio de correspondencia entre la Comisión y las autoridades españolas, dicha institución, al considerar que dichas autoridades habían realizado una aplicación incorrecta de la Directiva 85/337, por no haber sometido a un estudio previo de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente el «proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa. Plataforma», que forma parte del proyecto denominado «Corredor del Mediterráneo», requirió al Reino de España, mediante escrito de 13 de abril de 2000, para que presentara sus observaciones en un plazo de dos meses.

18 Al no quedar satisfecha con las explicaciones facilitadas por el Gobierno español, la Comisión remitió al Reino de España, el 26 de septiembre de 2000, un dictamen motivado en el que le instaba a adoptar, en un plazo de dos meses a partir de la notificación de dicho dictamen, las medidas necesarias para darle cumplimiento.

19 Puesto que el Gobierno español respondió al dictamen motivado mediante un escrito de 2 de enero de 2001 en el que reiteraba su argumentación anterior, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

20 La Comisión imputa al Reino de España haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 3, 5, apartado 2, y 6, apartado 2, de la Directiva 85/337, al no haber sometido a evaluación el impacto ambiental del «proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa. Plataforma», que forma parte del proyecto denominado «Corredor del Mediterráneo» que comunica el Levante español con Cataluña y la frontera francesa.

Sobre la admisibilidad

21 En la vista, el Gobierno español negó la admisibilidad del recurso, alegando que la demanda se basaba en un motivo diferente del invocado durante el procedimiento administrativo previo.

22 Dicho Gobierno afirma que, durante el procedimiento administrativo previo, el objeto del litigio se circunscribía claramente al tramo de 13,2 km de longitud de la línea de ferrocarril que une las localidades de Las Palmas y Oropesa. Añade que, en esa fase del procedimiento, la Comisión reprochaba al Gobierno español, en concreto, haber incumplido los requisitos de la Directiva 85/337 por lo que respecta a una parte de dicho tramo, de 7,64 km de longitud, en la que el trazado

se desplaza un máximo de 800 metros hacia el oeste, para rodear la localidad de Benicasim. En cambio, ni en el escrito de requerimiento ni en el dictamen motivado se refería la Comisión al desdoblamiento de las vías férreas en la parte restante del tramo de 13,2 km de longitud y, en particular, en ningún momento sostuvo que el desdoblamiento de una vía de ferrocarril existente estuviera comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

23 Ahora bien, según el Gobierno español, en su recurso la Comisión insiste en que se declare que tal desdoblamiento de las vías de una línea ferroviaria preexistente está sujeta a lo dispuesto en la citada Directiva. Además, dicha institución se refiere a toda la línea Valencia-Tarragona, de 251 km de longitud.

24 En estas circunstancias, a juicio del Gobierno español, se ha ampliado manifiestamente el objeto del litigio.

25 Es preciso señalar de entrada que, en el presente caso, no se discute la conformidad a Derecho del dictamen motivado y del procedimiento que lo precedió. Sin embargo, el Gobierno español alega que la imputación formulada en el recurso difiere de la que contenían el escrito de requerimiento y el dictamen motivado.

26 A este respecto, según jurisprudencia reiterada, el objeto de un recurso interpuesto al amparo del artículo 226 CE está circunscrito por el procedimiento administrativo previsto por dicha disposición y, en consecuencia, el dictamen motivado y el recurso han de fundarse en idénticas imputaciones (véase, en particular, la sentencia de 11 de julio de 2002, Comisión/España, C-139/00, Rec. p. I-6407, apartado 18).

27 En el presente caso, sin embargo, no cabe sostener que se ha ampliado o modificado el objeto del litigio, tal y como había quedado definido en el procedimiento administrativo previo.

28 En efecto, por un lado, en respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia, la Comisión confirmó que el objeto del presente recurso se limita al tramo de 13,2 km de longitud entre Las Palmas y Oropesa y que, contrariamente a lo que afirma el Gobierno español, no se extiende en modo alguno a todo el trazado, de 251 km, de la línea Valencia-Tarragona.

29 Por otro lado, tanto el escrito de requerimiento como el dictamen motivado remitidos por la Comisión al Reino de España hacen referencia, al igual que el recurso, al «tramo Las Palmas-Oropesa», cuya longitud, de 13,2 km, no discute el Gobierno demandado. Además, el escrito de contestación presentado por el Gobierno español muestra sin ambigüedad que éste no se ha confundido en modo alguno sobre el alcance del litigio, puesto que en dicho escrito el propio Gobierno considera que el proyecto controvertido se refiere al tramo de 13,2 km que une las localidades de Las Palmas y Oropesa, en el que la línea de ferrocarril existente se

desdobla y se adapta a una velocidad que puede alcanzar los 220 km/h y del cual 7,64 km constituyen un nuevo trazado para rodear la localidad de Benicasim.

30 En consecuencia, es admisible el presente recurso.

Sobre el fondo

Alegaciones de las partes

31 En apoyo de su recurso, la Comisión señala que ha quedado acreditado que el «proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa. Plataforma», que forma parte del proyecto denominado «Corredor del Mediterráneo», no fue sometido al procedimiento de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente previsto en la Directiva 85/337.

32 Según la Comisión, tal evaluación era obligatoria en el presente caso, puesto que se trata de uno de los proyectos mencionados en el punto 7 del anexo I de dicha Directiva, a la que remite su artículo 4, apartado 1.

33 La Comisión deduce de lo anterior que, en lo que se refiere al proyecto controvertido, se aplicó incorrectamente la Directiva 85/337 y que, por consiguiente, el Reino de España ha infringido los artículos 2, 3, 5, apartado 2, y 6, apartado 2, de dicha Directiva.

34 A juicio de la Comisión, no cabe acoger ninguna de las razones invocadas por el Gobierno español para justificar su proceder en el presente caso.

35 Por tanto, continúa la Comisión, la argumentación expuesta por el referido Gobierno colisiona con la letra de la Directiva 85/337 y, en concreto, con el propio tenor del punto 7 de su anexo I, además de ser incompatible con el espíritu y la finalidad de dicha Directiva.

36 El Gobierno español admite que el proyecto de que se trata no fue formalmente sometido al procedimiento de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente previsto en la Directiva 85/337, pero considera que este procedimiento no era necesario en el presente caso.

37 A su juicio, dicha Directiva no era aplicable, puesto que las obras acometidas se habían limitado a mejorar una línea de ferrocarril ya existente mediante el desdoblamiento de la única vía inicial, lo que ni constituye la construcción de una nueva línea ferroviaria ni requiere un nuevo trazado de larga distancia.

38 Corrobora este punto de vista, según el Gobierno español, el tenor de la normativa que adapta el Derecho interno español al anexo I, punto 7, de la Directiva 85/337, normativa nacional cuya compatibilidad con lo dispuesto en la mencionada Directiva nunca fue discutida por la Comisión. Por lo demás, respecto al tenor de

dicho punto 7, la versión en lengua inglesa contiene también el término «líneas» («lines») y no el término «vías».

39 Dicho Gobierno añade que el proyecto de que se trata no está destinado al tráfico a gran distancia, en el sentido del citado punto 7, dado que enlaza dos localidades separadas tan sólo por 13,2 km.

40 Más aún, según el Gobierno español, el desdoblamiento de las vías no produce en la práctica repercusiones sobre el medio ambiente que se añadan a las de la construcción de la línea inicial y, en cualquier caso, la Comisión no ha presentado pruebas de la existencia de tales repercusiones.

41 Con carácter subsidiario, el Gobierno español añade que el contenido esencial de los requisitos de la Directiva se ha respetado en el presente caso, ya que la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Benicasim, que tuvo lugar en 1992, estuvo precedida por la realización de un estudio de impacto sometido al trámite de información pública y por una declaración de impacto ambiental. Puesto que la referida revisión tuvo precisamente por objeto la reserva de suelo para la construcción del desvío de la localidad de Benicasim, no se precisó un nuevo estudio sobre la repercusión de las obras acometidas.

42 Por último, las autoridades nacionales competentes actuaron de buena fe en el presente caso y mostraron su cooperación al acatar las tesis de la Comisión en relación con la parte del proyecto que aún lo permitía, puesto que sometieron a un trámite de información pública, antes de finalizar las obras, la «modificación nº 3» de dicho proyecto, que se refiere esencialmente a la construcción de un viaducto de 754,5 metros de longitud.

Apreciación del Tribunal de Justicia

43 Para apreciar el fundamento del recurso de la Comisión, es preciso, habida cuenta de la argumentación del Gobierno demandado, determinar en primer lugar si la Directiva 85/337 y, más concretamente, la obligación que establece de realizar una evaluación de las repercusiones medioambientales pueden aplicarse al proyecto controvertido y, de ser así, en segundo lugar, si el referido proyecto se realizó cumpliendo las normas recogidas en dicha Directiva.

44 Respecto a la primera cuestión, no cabe acoger la alegación formulada por el Gobierno español, según la cual el punto 7 del anexo I de dicha Directiva sólo contempla la construcción de una línea nueva, entendida como un nuevo trayecto de ferrocarril entre dos localidades, y no se aplica, en consecuencia, a un desdoblamiento de vías preexistentes.

45 En efecto, sin que sea necesario, en el marco del presente recurso, pronunciarse sobre la cuestión de si todas las versiones lingüísticas del punto 7 del anexo I de la Directiva 85/337 utilizan un término equivalente al término «vías», ni sobre la compatibilidad con esta Directiva de la normativa española, adoptada para aplicar

dicha disposición, en la medida en que utiliza el término «líneas», se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la necesidad de una interpretación uniforme del Derecho comunitario requiere, en caso de discrepancia entre las distintas versiones lingüísticas de una disposición, que ésta sea interpretada en función del sistema general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte (véase, en particular, la sentencia de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72/95, Rec. p. I-5403, apartado 28).

46 Pues bien, en lo que se refiere a la Directiva 85/337, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que del texto de esta Directiva se puede deducir que su ámbito de aplicación es extenso y su objetivo muy amplio (sentencia Kraaijeveld y otros, antes citada, apartados 31 y 39).

47 Como se desprende, más concretamente, de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, así como de los considerandos primero, quinto, sexto, octavo y undécimo de la mencionada Directiva, el objetivo esencial de ésta es que, antes de concederse una autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan obligatoriamente a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de septiembre de 2000, Linster, C-287/98, Rec. p. I-6917, apartado 52).

48 Estas consideraciones son suficientes, de por sí, para que el punto 7 del anexo I, de la Directiva 85/337 deba entenderse en el sentido de que incluye el desdoblamiento de una vía férrea ya existente.

49 Un proyecto de esta naturaleza puede tener, en efecto, una repercusión importante sobre el medio ambiente en el sentido de la mencionada Directiva, toda vez que puede afectar de modo prolongado, por ejemplo, a la fauna y la flora, a la composición de los suelos o también al paisaje, y tener, en especial, un impacto sonoro significativo, de manera que debe incluirse en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. El objetivo perseguido por la Directiva 85/337 se pondría gravemente en peligro si este tipo de proyecto de construcción de una vía férrea nueva, incluso paralela a una vía preexistente, pudiera sustraerse de la obligación de realizar una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente. Por lo tanto, un proyecto de esta naturaleza no puede ser analizado como si fuera una mera modificación de un proyecto anterior, en el sentido del punto 12 del anexo II de dicha Directiva.

50 Por otra parte, esta conclusión se impone con mayor razón cuando, como en el presente caso, la realización del proyecto de que se trata implica un nuevo trazado de las vías, aun cuando éste sólo afecta a una parte de dicho proyecto. En efecto, tal proyecto de construcción puede tener, por naturaleza, repercusiones importantes sobre el medio ambiente a efectos de la Directiva 85/337.

51 Carece asimismo de fundamento la alegación del Gobierno español de que no concurren las condiciones para aplicar el punto 7 del anexo I de dicha Directiva, dado que el proyecto de que se trata no afecta al tráfico a gran distancia en el sentido de esta disposición sino únicamente a un tramo de 13,2 km entre localidades vecinas.

52 En efecto, como ha alegado acertadamente la Comisión, el proyecto controvertido forma parte de una línea ferroviaria de 251 km de longitud entre Valencia y Tarragona, que está comprendida en el proyecto denominado «Corredor del Mediterráneo», que comunica el Levante español con Cataluña y la frontera francesa.

53 Si se admitiera la alegación del Gobierno español, el efecto útil de la Directiva 85/337 podría quedar gravemente comprometido, puesto que bastaría con que las autoridades nacionales en cuestión fraccionaran un proyecto de una larga distancia en tramos sucesivos de pequeña importancia para que tanto el proyecto considerado en su globalidad como los tramos surgidos de dicho fraccionamiento pudieran eludir lo dispuesto en dicha Directiva.

54 A la vista de todas estas consideraciones, el proyecto objeto del recurso de la Comisión, que se refiere a la realización de una vía férrea adicional de 13,2 km de longitud, cuyo trazado es nuevo en un tramo de 7,64 km con el fin de rodear la localidad de Benicasim y que forma parte de una línea de ferrocarril de 251 km, está comprendido en una de las clases enumeradas en el anexo I de la Directiva 85/337, para las que, en principio, es obligatoria una evaluación sistemática en virtud de los artículos 4, apartado 1, y 5, apartado 1, de dicha Directiva.

55 Respecto a la cuestión de si el mencionado proyecto se realizó cumpliendo las normas recogidas en la Directiva 85/337, es preciso recordar, en primer lugar, que el Gobierno español admite que dicho proyecto, como tal, no se sometió a los requisitos de la referida Directiva en materia de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente. Además, este Gobierno no alega que los requisitos establecidos en el artículo 2, apartado 3, de la citada Directiva concurran en el presente caso.

56 En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación del Gobierno español de que la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Benicasim de 1992 estuvo precedida por la realización de un estudio de impacto sometido al trámite de información pública y por una declaración de impacto ambiental, es preciso señalar que, aun suponiendo que dicho Plan incluyera todas las indicaciones necesarias para cumplir los requisitos mínimos establecidos por la Directiva 85/337, no puede, en ningún caso, considerarse suficiente, toda vez que, como ha sostenido la Comisión sin ser realmente contradicha al respecto por el Gobierno demandado, sólo se refiere al territorio del municipio de Benicasim y, más concretamente, al que rodea esta localidad, mientras que ha quedado acreditado que el proyecto controvertido es más amplio. De ello se desprende que, al menos

en relación con la parte restante de este proyecto, no se aplicó correctamente lo dispuesto en dicha Directiva.

57 Además, también carece de fundamento la afirmación del Gobierno español de que las autoridades competentes se atuvieron a los requisitos de la referida Directiva en lo que se refiere a la «modificación nº 3» del proyecto. Por un lado, según el Gobierno demandado, el anuncio de información pública sólo se publicó después de haber comenzado la ejecución del proyecto. Este proceder es manifiestamente contrario a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 85/337, según el cual el público interesado debe tener la posibilidad de expresar su opinión antes de iniciarse el proyecto. Por consiguiente, el hecho, invocado por el Gobierno español, de que el trámite de información pública tuvo lugar antes de finalizar las obras carece totalmente de relevancia. Por otro lado, dicho trámite sólo afectó a una parte del tramo de 13,2 km de que se trata, a saber, la «modificación nº 3», relativa, esencialmente, a la construcción de un viaducto de alrededor de 750 metros de longitud.

58 Por otra parte, la circunstancia de que las autoridades nacionales actuaran de buena fe carece asimismo de relevancia. En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, el recurso por incumplimiento tiene carácter objetivo y el hecho de que el incumplimiento imputado sea el resultado de una interpretación incorrecta de las disposiciones comunitarias por un Estado miembro no es óbice para que el Tribunal de Justicia declare que existe tal incumplimiento (véase la sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España, C-73/92, Rec. p. I-5997, apartado 19).

59 Por último, en lo que se refiere a la alegación del Gobierno español de que la Comisión no ha motivado válidamente el incumplimiento imputado, toda vez que no ha aportado pruebas de que el desdoblamiento de una vía existente tiene, en la práctica, repercusiones sobre el medio ambiente que superan a las producidas por la construcción de la línea inicial, basta recordar que el criterio pertinente que se ha de observar en relación con la aplicación de la Directiva 85/337 se basa en la importante repercusión sobre el medio ambiente que «pueda» tener un proyecto determinado (véase, a este respecto, el artículo 1, apartado 1, así como los considerandos quinto y sexto de dicha Directiva). En estas circunstancias, no corresponde a la Comisión determinar los efectos negativos concretos que un proyecto tiene efectivamente sobre el medio ambiente. En cambio, en el presente caso la Comisión ha probado de modo suficiente en Derecho que el proyecto de que se trata está comprendido en el ámbito de aplicación de una de las disposiciones del anexo I de la citada Directiva, de modo que debe someterse obligatoriamente a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente. Por lo demás, es indiscutible que un proyecto de este tipo puede crear nuevas perturbaciones importantes, siquiera sea por la adaptación de la línea de ferrocarril para que se pueda alcanzar una velocidad de 220 km/h.

60 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede considerar fundado el recurso de la Comisión.

61 En consecuencia, es preciso señalar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 3, 5, apartado 2, y 6, apartado 2, de la Directiva 85/337, al no haber sometido a evaluación el impacto ambiental del «proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa. Plataforma», que forma parte del proyecto denominado «Corredor del Mediterráneo».

Costas

62 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que la Comisión ha pedido que se condene al Reino de España y han sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarlo en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 3, 5, apartado 2, y 6, apartado 2, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, al no haber sometido a evaluación el impacto ambiental del «proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa. Plataforma», que forma parte del proyecto denominado «Corredor del Mediterráneo».

2) Condenar en costas al Reino de España.

Firmas

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA
CVRIA
LUXEMBOURG
EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 3 de julio de 2008 *

«Incumplimiento de Estado – Falta de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de proyectos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 85/337/CEE – Regularización *a posteriori*»

En el asunto C-215/06,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 11 de mayo de 2006,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por las Sras. D. Recchia y D. Lawunmi, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Irlanda, representada por el Sr. D. O'Hagan, en calidad de agente, asistido por el Sr. J. Connolly, SC, y por el Sr. G. Simons, BL, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, y los Sres. L. Bay Larsen, J. Makarczyk (Ponente), P. Kūris y J.-C. Bonichot, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mazák;

Secretario: Sr. B. Fülöp, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de febrero de 2008;

* Lengua de procedimiento: inglés.

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 4 y 5 a 10 de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 175, p. 40; EE 15/06, p. 9), en su versión anterior o posterior a las modificaciones introducidas por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997 (DO L 73, p. 5):

– al no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para garantizar que, antes de su ejecución total o parcial, los proyectos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/337 sean objeto de examen para determinar si procede llevar a cabo una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente y, cuando puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente por su naturaleza, sus dimensiones o su localización, sean sometidos a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones de conformidad con los artículos 5 a 10 de la citada Directiva, y

– al no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para garantizar que la concesión de las autorizaciones relativas a la construcción de un parque eólico y a las actividades relacionadas en Derrybrien, en el condado de Galway, así como la ejecución de los trabajos, fueran precedidos de una evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente de conformidad con los artículos 5 a 10 de la Directiva 85/337.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

2 Mediante su recurso, la Comisión solicita que se declare que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en la Directiva 85/337 tanto en su versión inicial como en su versión resultante de las modificaciones introducidas por la Directiva 97/11.

Directiva 85/337

3 El artículo 1, apartados 2 y 3, de la Directiva 85/337 tiene la siguiente redacción:

«2. Con arreglo a la presente Directiva, se entenderá por:

proyecto:

– la realización de trabajos de construcción o de otras instalaciones u obras,

– otras intervenciones en el medio natural o el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación de los recursos del suelo;

maestro de obras:

bien el que solicita una autorización relativa a un proyecto privado, bien la autoridad pública que toma la iniciativa respecto de un proyecto;

autorización:

la decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al maestro de obras el derecho a realizar el proyecto.

3. La o las autoridades competentes serán las que los Estados miembros designen a fin de llevar a cabo las tareas que se derivan de la presente Directiva.»

4 A tenor del artículo 2, apartados 1 a 3, párrafo primero, de la Directiva 85/377:

«1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones.

Estos proyectos se definen en el artículo 4.

2. La evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente podrá integrarse en los procedimientos existentes de autorización de los proyectos en los Estados miembros o, a falta de ello, en otros procedimientos o en los procedimientos que deberán establecerse para satisfacer los objetivos de la presente Directiva.

3. En casos excepcionales, los Estados miembros podrán exceptuar de la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva todo o parte de un proyecto específico.»

5 El artículo 3 de la Directiva 85/337 dispone:

«La evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con los artículos 4 a 11, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los factores siguientes:

– el hombre, la fauna y la flora,

– el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje,

– la interacción entre los factores mencionados en los guiones primero y segundo,

– los bienes materiales y el patrimonio cultural.»

6 El artículo 4 de la referida Directiva tiene la siguiente redacción:

«1. Sin perjuicio del apartado 3 del artículo 2, los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo I se someterán a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10.

2. Los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II se someterán a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10, cuando los Estados miembros consideren que sus características lo exigen.

A tal fin, los Estados miembros podrán especificar, en particular, determinados tipos de proyectos que deban someterse a una evaluación o establecer criterios y/o umbrales necesarios para determinar cuales, entre los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II, deberán ser objeto de una evaluación de conformidad con los artículos 5 a 10.»

7 A tenor del artículo 5 de la Directiva 85/337:

«1. En el caso de proyectos que, en aplicación del artículo 4, deban someterse a una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, de conformidad con los artículos 5 a 10, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el maestro de obras proporcione, de forma apropiada, las informaciones especificadas en el Anexo III, en la medida en que:

a) los Estados miembros consideren que dichas informaciones son apropiadas en una determinada fase del procedimiento de autorización y según las características específicas de un proyecto determinado o de un tipo de proyecto y de los elementos del medio ambiente que puedan ser afectados;

b) los Estados miembros consideren que se puede, razonablemente, exigir a un maestro de obras que reúna los datos teniendo en cuenta, entre otras cosas, los conocimientos y métodos de evaluación existentes.

2. Las informaciones que el maestro de obras deberá proporcionar, de conformidad con el apartado 1, contendrán al menos:

– una descripción del proyecto que incluya informaciones relativas a su emplazamiento, concepción y dimensiones,

– una descripción de las medidas previstas para evitar y reducir los efectos negativos importantes y, si fuere posible, remediarlos,

– los datos necesarios para identificar y evaluar los efectos principales que el proyecto pueda tener sobre el medio ambiente,

– un resumen no técnico de las informaciones mencionadas en los guiones primero, segundo y tercero.

3. Cuando lo juzguen necesario, los Estados miembros procurarán que las autoridades que dispongan de informaciones apropiadas las pongan a disposición del maestro de obras.»

8 El artículo 6 de la Directiva 85/377 tiene la siguiente redacción:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las autoridades que puedan estar interesadas en el proyecto, debido a su responsabilidad específica en materia de medio ambiente, tengan la posibilidad de dar su dictamen sobre la solicitud de autorización. A tal fin, los Estados miembros designarán las autoridades que deban consultarse, de manera general o caso por caso, en el momento de la introducción de las solicitudes de autorización. Estas recibirán las informaciones recogidas en virtud del artículo 5. Las modalidades de dicha consulta serán establecidas por los Estados miembros.

2. Los Estados miembros procurarán:

– que toda solicitud de autorización así como las informaciones recogidas en virtud del artículo 5 sean disponibles al público,

– que el público interesado tenga la posibilidad de expresar su opinión antes de iniciarse el proyecto.»

9 El artículo 7 de la Directiva 85/337 dispone:

«Cuando un Estado miembro constatare que un proyecto puede tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente de otro Estado miembro, o cuando un Estado miembro que pueda ser afectado considerablemente lo solicite, el Estado miembro en cuyo territorio se piensa realizar el proyecto transmitirá al otro Estado miembro las informaciones recogidas en virtud del artículo 5, al mismo tiempo que las pone a disposición de sus propios nacionales. Estas informaciones servirán de base para cualquier consulta necesaria en el marco de las relaciones bilaterales de dos Estados miembros sobre una base de reciprocidad y de equivalencia.»

10 A tenor del artículo 8 de la Directiva 85/337:

«Las informaciones recogidas de conformidad con los artículos 5, 6 y 7 deberán tomarse en consideración en el marco del procedimiento de autorización.»

11 El artículo 9 de la citada Directiva está redactado como sigue:

«Cuando se adopte una decisión, la o las autoridades competentes pondrán a disposición del público interesado:

– el contenido de la decisión y las condiciones que eventualmente le acompañen,

– los motivos y consideraciones en los que se basa dicha decisión, cuando esto esté previsto en la legislación de los Estados miembros.

Las modalidades de dicha información serán definidas por los Estados miembros.

Si otro Estado miembro hubiere sido informado de conformidad con el artículo 7, será igualmente informado de la decisión de que se trate.»

12 El artículo 10 de la referida Directiva establece:

«Las disposiciones de la presente Directiva no afectarán a la obligación de las autoridades competentes de respetar los límites impuestos por las disposiciones reglamentarias y administrativas nacionales y por las prácticas jurídicas establecidas en materia de secreto de empresa y de secreto comercial así como en materia de protección del interés público.

En caso de aplicación del artículo 7, la transmisión de informaciones a otro Estado miembro y la recepción de informaciones de otro Estado miembro estarán sometidas a las restricciones vigentes en el Estado miembro en el que se ha propuesto el proyecto.»

13 En el anexo II de la Directiva 85/337 se enumeran los proyectos previstos en el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, a saber, aquellos para los que únicamente es necesaria una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente cuando los Estados miembros consideren que sus características lo exigen. También se mencionan en el apartado 2, letra a), de dicho anexo, los proyectos de extracción de turba y, en el mismo apartado 2, letra c), los proyectos de extracción de minerales diferentes de los metálicos y energéticos, como mármol, arena, grava, pizarra, sal, fosfatos y potasa.

14 En el apartado 10, letra d), del referido anexo figuran, en particular, los proyectos de construcción de carreteras.

Directiva 97/11

15 El artículo 3 de la Directiva 97/11 tiene el siguiente tenor:

«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 el 14 de marzo de 1999. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

[…]

2. Si una solicitud de autorización hubiere sido presentada a una autoridad competente antes del plazo fijado en el apartado 1, seguirán aplicándoseles las disposiciones de la Directiva 85/337/CEE antes de la presente modificación.»

Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11 (en lo sucesivo, «Directiva 85/337 modificada»)

16 En aras de la claridad, únicamente se mencionarán las modificaciones llevadas a cabo en la Directiva 85/337 que presenten un interés directo para el incumplimiento alegado. Por lo tanto, no se mencionarán las modificaciones introducidas por la Directiva 97/11 en los artículos 5 a 10 de la Directiva 85/337, al no ser éstas de naturaleza tal que influyan en la apreciación que el Tribunal de Justicia debe hacer del presente recurso.

17 A tenor del artículo 2, apartados 1, 2 y 3, párrafo primero, de la Directiva 85/337 modificada:

«1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones. Estos proyectos se definen en el artículo 4.

2. La evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente podrá integrarse en los procedimientos existentes de autorización de los proyectos en los Estados miembros o, a falta de ello, en otros procedimientos o en los procedimientos que deberán establecerse para satisfacer los objetivos de la presente Directiva.

[…]

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en casos excepcionales, los Estados miembros podrán exceptuar de la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva la totalidad o parte de un proyecto específico.»

18 El artículo 3 de la citada Directiva dispone:

«La evaluación del impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con los artículos 4 a 11, los efectos directos e indirectos de un proyecto en los siguientes factores:

– el ser humano, la fauna y la flora,

– el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje,

– los bienes materiales y el patrimonio cultural,

– la interacción entre los factores mencionados en los guiones primero, segundo y tercero.»

19 El artículo 4 de la Directiva 85/337 modificada establece:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2, los proyectos enumerados en el Anexo I serán objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los artículos 5 a 10.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2, por lo que respecta a los proyectos enumerados en el Anexo II, los Estados miembros determinarán:

a) mediante un estudio caso por caso, o

b) mediante umbrales o criterios establecidos por el Estado miembro,

si el proyecto será objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los artículos 5 a 10.

Los Estados miembros podrán decidir la aplicación de ambos procedimientos contemplados en las letras a) y b).

3. Cuando se examine caso por caso o se establezcan umbrales o criterios a los efectos del apartado 2, se tendrán en cuenta los criterios pertinentes de selección establecidos en el Anexo III.

4. Los Estados miembros velarán por que el público pueda tener acceso a las resoluciones de las autoridades competentes en virtud del apartado 2.»

20 En el apartado 3, letra i), del anexo II de la Directiva 85/337 modificada se mencionan las instalaciones para la utilización de la fuerza del viento para la producción de energía (parques eólicos).

21 En virtud del apartado 13 del mismo anexo, cualquier cambio o ampliación de los proyectos que figuran en el anexo I o en el anexo II, ya autorizados, ejecutados, o en proceso de ejecución, que puedan tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente (cambio o ampliación no comprendidos en el anexo I), debe considerarse un proyecto comprendido dentro del ámbito del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 modificada.

22 En el anexo III de la Directiva 85/337 modificada, relativo a los criterios de selección contemplados en el artículo 4, apartado 3, de esa misma Directiva, se precisa que las características de los proyectos deberán examinarse, en particular, desde el punto de vista de la contaminación, los inconvenientes, así como del riesgo de accidentes, considerando en particular las tecnologías utilizadas. En el mismo anexo se indica que la sensibilidad medioambiental de las áreas geográficas que puedan verse afectadas por los proyectos deberá considerarse teniendo en cuenta, en particular, la capacidad de carga del medio natural, con especial atención a determinadas áreas, entre las que figuran las áreas de montaña y de bosque.

Normativa nacional

23 El Derecho interno fue adaptado a los requisitos de la Directiva 85/337 modificada mediante la Ley de desarrollo y de ordenación del territorio de 2000 (Planning and Development Act 2000) en su versión modificada (en lo sucesivo, «PDA») y los Reglamentos sobre desarrollo y ordenación del territorio de 2001 (Planning and Development Regulations 2001).

24 El artículo 32, apartado 1, letra a), de la PDA impone la obligación general de obtener una autorización para todo proyecto de ordenación del territorio previsto en los anexos I y II de la Directiva 85/337 modificada, debiendo presentarse la solicitud de autorización y obtenerse el permiso antes de iniciarse los trabajos. Además, el artículo 32, apartado 1, letra b), de la misma Ley prevé que puede obtenerse un permiso para regularizar una ordenación de ese tipo que no haya sido autorizada.

25 Cuando la autoridad encargada de la ordenación del territorio recibe una solicitud de autorización, debe determinar si el proyecto propuesto tiene que ser objeto de una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente.

26 El artículo 151 de la PDA dispone que toda persona que haya llevado a cabo o realice un proyecto no autorizado incurrirá en infracción.

27 De los artículos 152 y 153 de la misma Ley se desprende que, en caso de recepción de una queja, las autoridades encargadas del urbanismo están obligadas, en principio, a enviar un escrito de advertencia, a continuación, dichas autoridades se pronunciarán sobre la oportunidad de emitir una orden. La inobservancia de las obligaciones establecidas en una orden es constitutiva de infracción.

28 A tenor del artículo 160 de la PDA:

«1. Cuando un proyecto no autorizado se ha ejecutado, está en fase de ejecución o está a punto de ser ejecutado o continuado, la High Court o la Circuit Court podrán, a instancia de la autoridad encargada de la ordenación del territorio o de cualquier otra persona, tenga ésta o no un interés respecto del terreno de que se trate, exigir por vía de auto a cualquier persona que ejecute, que se abstenga de

ejecutar o que cese en la ejecución, según el caso, todo aquello que el tribunal considere necesario y precise en su resolución, para garantizar, en su caso:

a) que no se ejecute o no se continúe con la ejecución del proyecto no autorizado;

b) en la medida de lo posible, que cualquier terreno sea devuelto al estado original anterior al inicio de cualquier proyecto no autorizado;

c) que todo proyecto sea ejecutado de conformidad con la autorización que se le concedió o con las condiciones impuestas en la autorización.

2. En el auto dictado con arreglo al apartado 1, el tribunal podrá, cuando resulte adecuado, exigir la realización de cualesquiera trabajos, incluida la devolución al estado original, la reconstrucción, la retirada, la demolición o la modificación de cualquier estructura u otro elemento.»

29 El artículo 162 de la PDA precisa que la solicitud del permiso de regularización no conlleva la suspensión o el desistimiento de un procedimiento coercitivo en curso.

Procedimiento administrativo previo

30 Tras enviarle un escrito de requerimiento el 5 de abril de 2001, la Comisión remitió a Irlanda el 21 de diciembre de 2001 un dictamen motivado.

31 El 7 de julio de 2004, la Comisión envió a dicho Estado miembro un escrito de requerimiento complementario.

32 El 5 de enero de 2005 se envió a Irlanda un dictamen motivado complementario, después de haberse recibido las observaciones que ésta había formulado mediante escrito de 6 de diciembre de 2004.

33 Al considerar insuficiente la postura adoptada por Irlanda en respuesta a dicho dictamen motivado contenido en los escritos de 8 de marzo, 17 de junio y 1 de diciembre de 2005, la Comisión interpuso el presente recurso en virtud del artículo 226 CE, párrafo segundo.

Sobre el recurso

Sobre el primer motivo

34 La Comisión imputa a Irlanda no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para adaptar su ordenamiento jurídico interno a los artículos 2, 4 y 5 a 10 de la Directiva 85/337, tanto en su versión inicial como en su versión

modificada por la Directiva 97/11. Esta imputación será examinada, en primer lugar, teniendo en cuenta la Directiva 85/337 modificada.

35 La primera imputación, según la cual la adaptación de la normativa interna a la Directiva 85/337 modificada es incompleta y conduce a una aplicación incorrecta de la misma, se basa en tres motivos.

36 La Comisión alega, en primer lugar, que Irlanda no ha adoptado las disposiciones necesarias para que se lleven a cabo las comprobaciones por las que se determina, de conformidad con el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, si los proyectos previstos pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente y, a continuación, para obligar, en su caso, a llevar a cabo el procedimiento de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, previsto en dicha disposición, antes de concederse la autorización.

37 En segundo lugar, la Comisión considera que las disposiciones legales irlandesas que permiten presentar una solicitud de regularización después de la ejecución total o parcial de un proyecto no autorizado son contrarias a los objetivos preventivos de la Directiva 85/337 modificada.

38 En tercer lugar, la Comisión sostiene que las medidas represivas adoptadas por Irlanda no garantizan la aplicación efectiva de la referida Directiva, incumpliendo Irlanda de este modo la obligación general que le incumbe en virtud del artículo 249 CE.

39 En apoyo de este último motivo, la Comisión alega un determinado número de ejemplos que, según ella, ilustran las deficiencias en la aplicación del régimen de sanciones.

Por lo que respecta a las dos primeras partes de la imputación

– Alegaciones de las partes

40 La Comisión alega que, cuando en virtud de la normativa nacional es posible cumplir las obligaciones impuestas por la Directiva 85/337 modificada durante la ejecución de un proyecto o una vez finalizado éste, esto significa que no existe una obligación clara de someter los proyectos a un estudio relativo a sus repercusiones sobre el medio ambiente antes de su ejecución.

41 Según la Comisión, al aceptar que el control de los proyectos en el marco de un estudio relativo al impacto medioambiental pueda llevarse a cabo tras su ejecución, cuando el objetivo principal que se persigue con la Directiva 85/377 modificada es el de tener en cuenta, lo antes posible, las repercusiones sobre el medio ambiente de todos los procesos de planificación y de decisión, la normativa nacional de que se trata reconoce una posibilidad de regularización que tiene como consecuencia menoscabar el efecto útil de dicha Directiva.

42 La Comisión añade que las normas relativas al permiso de regularización se integran en las disposiciones generales aplicables al permiso normal en materia de urbanismo y que nada indica que las solicitudes de permisos de regularización y la concesión de los citados permisos estén reservadas a casos excepcionales.

43 Irlanda alega que la Comisión no hace una interpretación exacta de la normativa irlandesa por la que se adapta el ordenamiento jurídico interno a la Directiva 85/337 modificada. Así, precisa que el ordenamiento jurídico irlandés exige expresamente que para todo proyecto nuevo se obtenga un permiso antes del inicio de los trabajos y que, cuando se trate de proyectos que deben ser sometidos a un estudio de impacto medioambiental, éste se lleve a cabo antes de los trabajos. La inobservancia de dichas obligaciones constituye, además, una infracción penal y puede conllevar la aplicación de medidas coercitivas.

44 Por otra parte, Irlanda sostiene que el permiso de regularización, creado por la PDA y los reglamentos relativos al desarrollo y a la ordenación del territorio de 2001, constituye una excepción a la regla general que impone la obtención de una autorización antes del inicio de un proyecto y responde en las mejores condiciones a los objetivos de la Directiva 85/337 modificada, así como, en particular, al objetivo general de protección del medio ambiente, en la medida en que la retirada de las estructuras de un proyecto no autorizado puede no ser la medida más adecuada desde el punto de vista de la referida protección.

45 Según dicho Estado miembro, la Directiva 85/337 modificada, cuyos requisitos son puramente procedimentales, no se pronuncia sobre la existencia de una excepción en virtud de la cual una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente puede, en determinados casos, llevarse a cabo después de que se hayan iniciado los trabajos. A este respecto señala que en ningún punto de la citada Directiva se indica expresamente que una evaluación únicamente puede llevarse a cabo antes de la ejecución del proyecto y utiliza el argumento de la definición del concepto de «autorización» que da la referida Directiva para alegar que la utilización del término «ejecutar» es significativa, al no limitarse éste únicamente a designar el comienzo de los trabajos sino al comprender también la continuación de un proyecto de ordenación del territorio.

46 Además, Irlanda sostiene que el permiso de regularización es un mecanismo de subsanación razonable que puede invocarse en circunstancias excepcionales y con el que se reconoce que es inevitable que determinados proyectos comiencen, por distintas razones, antes de concederse una autorización en el sentido de la Directiva 85/337 modificada.

47 A este respecto, Irlanda se basa en la sentencia de 7 de enero de 2004, Wells (C-201/02, Rec. p. I-723), para sostener que una evaluación correctora puede efectuarse en un momento posterior como excepción al principio general según el cual la evaluación debe llevarse a cabo lo antes posible en el transcurso del proceso de toma de decisión.

48 Dicho Estado miembro considera igualmente que sería desproporcionado exigir la retirada de determinadas estructuras cuando, tras el examen de una solicitud de permiso de regularización, la referida regularización se considere compatible con una ordenación del territorio adecuada y un desarrollo sostenible.

– Apreciación del Tribunal de Justicia

49 Los Estados miembros deben ejecutar la Directiva 85/337 modificada de manera que se cumplan plenamente las exigencias que ésta impone habida cuenta de su objetivo esencial que es, como se desprende de su artículo 2, apartado 1, que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, sean sometidos a un procedimiento de autorización y a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de septiembre de 2000, Linster, C-287/98, Rec. p. I-6917, apartado 52, y de 23 de noviembre de 2006, Comisión/Italia, C-486/04, Rec. p. I-11025, apartado 36).

50 Además, la autorización es, según el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337 modificada, la decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al maestro de obras el derecho a realizar el proyecto.

51 Dado que la formulación sobre el nacimiento del derecho está desprovista de toda ambigüedad, el artículo 2, apartado 1, de la referida Directiva ha de entenderse necesariamente en el sentido de que significa que, cuando el solicitante no haya solicitado y obtenido la autorización requerida y no haya realizado el estudio de las repercusiones sobre el medio ambiente en los casos en los que éste se exija, no podrá comenzar las obras relativas al proyecto de que se trata, a no ser que incumpla los requisitos de la Directiva 85/337 modificada.

52 Dicho análisis es válido para el conjunto de proyectos que están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/337 modificada, ya estén incluidos en el anexo I de dicha Directiva y deban, en consecuencia, estar sometidos a una evaluación sistemática en aplicación de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 1, de ésta, ya estén incluidos en el anexo II de la citada Directiva y únicamente estén, por ello y de conformidad con el artículo 4, apartado 2, de esta última, sujetos a un estudio de repercusiones cuando, a la vista de los límites o criterios fijados por el Estado miembro o sobre la base de un examen caso por caso, puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

53 Además, tal análisis literal de dicho artículo 2, apartado 1, responde al objetivo que se persigue con la Directiva 85/337 modificada, como se recuerda, en particular, en el quinto considerando de la Directiva 97/11, según el cual «los proyectos para los que se requiera una evaluación deberían estar sujetos a una autorización para su realización [y] la evaluación debería llevarse a cabo antes de que se haya otorgado dicha autorización».

54 En el estado actual de la normativa irlandesa hay constancia de que, cuando sean necesarios, la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente y el permiso de urbanismo, deben, en principio, haberse llevado a cabo y obtenido respectivamente antes de la realización de los trabajos. En Derecho irlandés, la inobservancia de dichas obligaciones constituye un incumplimiento de las normas de urbanismo.

55 Sin embargo, también consta que la citada normativa establece un permiso de regularización con efectos similares a los del permiso ordinario de urbanismo, que es anterior a la realización de trabajos y de actuaciones de ordenación del territorio. Dicho permiso de regularización puede otorgarse aun cuando ya se haya ejecutado el proyecto al que se refiere y para el que es necesario un estudio de repercusiones sobre el medio ambiente con arreglo a los artículos 2 y 4 de la Directiva 85/337 modificada.

56 Además, la concesión de tal permiso de regularización –al que, según reconoce Irlanda, se suele recurrir en materia de urbanismo fuera de toda circunstancia excepcional– conduce, en Derecho irlandés, a que se considere que se cumplen efectivamente las obligaciones impuestas por la Directiva 85/337 modificada.

57 Ahora bien, aunque el Derecho comunitario no puede oponerse a que las normas nacionales aplicables permitan, en determinados casos, regularizar operaciones o actos que son irregulares desde el punto de vista del Derecho comunitario, tal posibilidad debe quedar supeditada a la condición, por una parte, de que no ofrezca a los interesados la oportunidad de eludir las normas comunitarias o de verse dispensados de su aplicación y, por otra, de que dicha posibilidad siga siendo excepcional.

58 En efecto, un régimen de regularización como el que está en vigor en Irlanda puede tener el efecto de incitar a los maestros de obras a eludir la obligación de verificar si los proyectos previstos cumplen los criterios establecidos en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, y, por tanto, a no llevar a cabo los trámites necesarios para identificar las repercusiones de los referidos proyectos sobre el medio ambiente ni a su evaluación previa. Ahora bien, según el primer considerando de la Directiva 85/337, es necesario que, en el proceso de decisión, la autoridad competente tenga en cuenta lo antes posible las repercusiones sobre el medio ambiente de todos los procesos técnicos de planificación y de decisión, siendo el objetivo evitar, desde el principio, causar contaminación o daños, más que combatir posteriormente sus efectos.

59 Finalmente, Irlanda no puede basar su argumentación en la sentencia Wells, antes citada. En efecto, la referida sentencia recuerda en sus apartados 64 y 65 que, en virtud del principio de cooperación leal previsto en el artículo 10 CE, los Estados miembros están obligados a eliminar las consecuencias ilícitas de una infracción del Derecho comunitario. De este modo, las autoridades competentes están obligadas a adoptar las medidas necesarias para poner remedio a la omisión de

una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, por ejemplo, al retirar o suspender una autorización que ya ha sido concedida para efectuar tal evaluación, y ello dentro de los límites de la autonomía procesal de los Estados miembros.

60 De esto no cabe deducir que el estudio corrector del impacto medioambiental, efectuado para poner remedio a la omisión de la evaluación tal como está prevista y organizada en la Directiva 85/377 modificada, habiéndose ejecutado ya el proyecto, sea equivalente al estudio de las repercusiones sobre el medio ambiente, previo a la concesión de la autorización, exigido y regido por la referida Directiva.

61 De todo cuanto antecede resulta que Irlanda ha incumplido las obligaciones de la Directiva 85/337 modificada al dar al permiso de regularización, que puede ser expedido fuera de toda circunstancia excepcional demostrada, los mismos efectos que aquellos vinculados al permiso de urbanismo previo a la ejecución de los trabajos y las actuaciones de ordenación del territorio, siendo así que los proyectos para los que es necesaria una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente deben, en virtud de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/337 modificada, ser identificados y, a continuación, ser objeto de una solicitud de autorización y de dicha evaluación antes de concederse la autorización y, por consiguiente, necesariamente antes de ser ejecutados.

62 Por consiguiente, los dos primeros motivos están fundados.

Tercera parte

– Alegaciones de las partes

63 Según la Comisión, la normativa irlandesa y la consiguiente práctica en materia de medidas represivas contienen lagunas que comprometen la correcta transposición y aplicación de la Directiva 85/377 modificada, cuando ésta impone necesariamente un sistema efectivo de control y de represión.

64 En primer lugar, la Comisión alega que las medidas represivas previstas en la normativa irlandesa en materia de urbanismo no compensan la falta de disposiciones que exijan el cumplimiento de las obligaciones en materia de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente antes de la ejecución de proyectos.

65 En segundo lugar, la Comisión alega que la práctica en materia de medidas represivas compromete la correcta adaptación del Derecho interno a la Directiva 85/337 modificada. De este modo, la Comisión describe situaciones particulares que ilustran, según ella, las carencias de la normativa irlandesa en materia de control del cumplimiento de las normas establecidas en dicha Directiva.

66 Por lo que respecta al procedimiento seguido en materia de sanciones, Irlanda sostiene que la cuestión de la elección y de la forma de éstas está comprendida en

la libertad de apreciación de que disponen los Estados miembros, mientras que los controles relativos a la ordenación del territorio y al medio ambiente no se hayan armonizado a nivel comunitario.

67 En cualquier caso, Irlanda subraya que el régimen de sanciones previsto en la normativa irlandesa es completo y efectivo. A este respecto, dicho Estado miembro precisa que, en Derecho medioambiental, las disposiciones aplicables son legalmente vinculantes.

68 De este modo, la referida normativa obliga a las autoridades encargadas de la ordenación del territorio a enviar un escrito de advertencia cuando sepan que se está ejecutando un proyecto no autorizado, salvo que estimen que ese proyecto es de importancia menor.

69 Una vez enviado el escrito de advertencia, las autoridades competentes en materia de urbanismo deben pronunciarse sobre la oportunidad de emitir una orden.

70 El escrito de advertencia tiene por objeto permitir a los responsables de proyectos no autorizados tomar medidas para subsanar el incumplimiento antes de la emisión de la orden y de las demás fases del procedimiento sancionador.

71 Si se emite la orden, ésta impone obligaciones, siendo constitutivo de infracción el incumplimiento de las exigencias que establezca.

72 Irlanda añade que el régimen sancionador debe tener en cuenta los diferentes derechos de los que son titulares los maestros de obras, los propietarios de los terrenos, el público y los particulares directamente afectados por el referido proyecto, debiendo encontrarse un equilibrio entre esos diferentes derechos para alcanzar un resultado justo.

73 Finalmente, Irlanda se opone a los ejemplos que alega la Comisión, al no haberse producido la prueba del incumplimiento alegado en la medida en que la Comisión se limita a hacer afirmaciones de carácter general.

– Apreciación del Tribunal de Justicia

74 Consta que en Irlanda puede subsanarse la falta de estudio de las repercusiones sobre el medio ambiente exigido por la Directiva 85/377 modificada mediante la obtención de un permiso de regularización que permite, en particular, que subsista un proyecto no autorizado regularmente, siempre que la solicitud de tal permiso se presente antes del inicio de un procedimiento sancionador.

75 De este modo, dicha posibilidad, como por lo demás reconoce Irlanda, puede conducir a las autoridades competentes a no actuar para suspender o hacer que cese un proyecto que está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/337 modificada y que se encuentra en curso de ejecución o que ya ha sido ejecutado incumpliéndose las exigencias relativas a la autorización y al estudio de

las repercusiones sobre el medio ambiente previo a la concesión de dicha autorización, y a abstenerse de incoar el procedimiento coercitivo previsto en la PDA. Irlanda destaca, a este respecto, que la competencia en dicha materia es discrecional.

76 De este modo queda demostrada la insuficiencia del sistema coercitivo establecido por Irlanda en la medida en que la existencia del permiso de regularización lo priva de toda eficacia, insuficiencia que es consecuencia directa de la declaración del incumplimiento constatado tras el examen de los dos motivos anteriores.

77 No se opone a tal apreciación el hecho de que, según Irlanda, el régimen sancionador deba tener en cuenta los diferentes derechos de los que son titulares los maestros de obras, los propietarios de los terrenos, el público y los particulares directamente afectados por el proyecto de que se trate. En efecto, la necesidad de ponderar dichos intereses no puede justificar, en cuanto tal, que un sistema de control y de represión no sea efectivo.

78 Por lo tanto, queda sin objeto el análisis de los diferentes ejemplos alegados por la Comisión para ilustrar las carencias en la aplicación de las medidas represivas, al derivarse directamente de tales carencias las insuficiencias de la normativa irlandesa.

79 Por lo tanto, el tercer motivo también está fundado y, en consecuencia, procede acoger todos los motivos de la primera imputación.

80 Por último, procede indicar que el fundamento del primer motivo es válido tanto en relación con la Directiva 85/377 modificada como con la Directiva 85/377. En efecto, tanto durante la vigencia de la versión inicial de dicha Directiva como de su versión modificada, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente deben ser evaluados en lo relativo a sus repercusiones antes de que se conceda la autorización, ya que la definición de ésta no ha cambiado. Además, permanecen inalteradas las características del permiso de regularización determinadas por la normativa irlandesa.

81 De lo que antecede resulta que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los referidos artículos 2, 4 y 5 a 10, al no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para que, antes de su ejecución total o parcial, los proyectos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/377, en su versión anterior o posterior a las modificaciones introducidas por la Directiva 97/11, sean objeto de un examen que tenga por objeto determinar si procede llevar a cabo una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente y para que dichos proyectos, cuando éstos puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente por su naturaleza, sus dimensiones o su localización, sean sometidos a una evaluación en lo relativo a sus repercusiones de conformidad con los artículos 5 a 10 de dicha Directiva.

Sobre la segunda imputación

82 Esta imputación se refiere a las condiciones de construcción de un parque eólico en Derrybrien, en el condado de Galway, para el que, como ha de recordarse con carácter previo, se han obtenido las diferentes autorizaciones.

83 Como se desprende de los documentos obrantes en autos, las solicitudes de autorización relativas a las dos primeras fases del proyecto, cada una de las cuales tenía por objeto 23 turbinas eólicas, fueron presentadas los días 4 y 18 de diciembre de 1997. El 23 de enero de 1998 se presentaron nuevas solicitudes, al considerarse inválidas las anteriores solicitudes de autorización. El 12 de marzo de 1998 se concedió un permiso. El 5 de octubre de 2000, se presentó una solicitud de autorización para una tercera fase de trabajos relativos a 25 turbinas y las vías de servicio, y a la que se dio una respuesta favorable el 15 de noviembre de 2001. El 20 de junio de 2002, el maestro de obras solicitó autorización para modificar las dos primeras fases del proyecto, autorización que le fue concedida el 30 de julio de 2002. Durante el mes de octubre de 2003, al haber expirado la autorización concedida para las dos primeras fases de los trabajos, el maestro de obras solicitó la renovación de dicha autorización, lo que se hizo durante el mes de noviembre de 2003.

Alegaciones de las partes

84 Mediante este motivo, la Comisión afirma que Irlanda no ha adoptado todas las disposiciones necesarias para que la concesión de las autorizaciones relativas al parque eólico y a las actividades relacionadas, así como la realización de los trabajos correspondientes, hubieran ido precedidas de una evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente, de conformidad con los artículos 5 a 10 de las Directivas 85/377 y 85/377 modificada.

85 A este respecto, la Comisión alega que si bien, en aplicación de la normativa irlandesa, se llevaron a cabo estudios de las repercusiones sobre el medio ambiente para distintos elementos constitutivos del proyecto de que se trata, dichos estudios tenían lagunas.

86 En particular, el estudio de las repercusiones sobre el medio ambiente llevado a cabo durante el año 1998 no trató adecuadamente los riesgos medioambientales vinculados a la realización de los diferentes elementos constitutivos del referido proyecto. El estudio de impacto llevado a cabo en lo referente a la tercera fase de dicho proyecto adolece de las mismas insuficiencias.

87 Además, la Comisión indica que el parque eólico es el más amplio proyecto de explotación terrestre de energía eólica que se haya propuesto en Irlanda y también uno de los más importantes de Europa.

88 La Comisión también alega que para la construcción del parque eólico era necesario eliminar amplias zonas de bosques de coníferas de una superficie de

263 ha, para lo que se había concedido un permiso de tala el 20 de mayo de 2003. Sin embargo, contrariamente a las propias exigencias de la normativa irlandesa, no se hizo evaluación alguna de las repercusiones sobre el medio ambiente en relación con dicha operación.

89 La Comisión añade que, después del corrimiento de tierra que se produjo el 16 de octubre de 2003 y de la catástrofe ecológica que éste provocó –la masa de turba que se desprendió de una zona de construcción del parque eólico contaminó el río Owendalulleegh, ocasionó la muerte a unos 50.000 peces y causó daños duraderos a los lugares de reproducción de las especies–, Irlanda no volvió a evaluar las repercusiones de dicha construcción sobre el medio ambiente antes de que el maestro de obras reanudase los trabajos en el lugar en el transcurso del año 2004.

90 Irlanda precisa que, cuando se solicitaron las autorizaciones para las dos primeras fases de construcción del parque eólico en el transcurso del año 1997 y, posteriormente, del año 1998, ni el anexo I ni el anexo II de la Directiva 85/377 mencionaban esa categoría de proyectos como una de las que estaban comprendidas dentro de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, la autorización no había ido precedida de la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente prevista en la citada Directiva. Añade que, sin embargo, las solicitudes presentadas en el transcurso del año 1998 iban acompañadas de una declaración de impacto medioambiental de conformidad con la normativa irlandesa.

91 Además, considera que resulta artificial tratar de sugerir que las actividades vinculadas a aspectos secundarios del proyecto de construcción del parque eólico, como la construcción de una carretera, la extracción de turba, la explotación de canteras o la conducción de electricidad, tenían una importancia tal que era necesario hacer una evaluación de las repercusiones que tienen sobre el medio ambiente en el sentido de la Directiva 85/337.

92 Por otra parte, Irlanda considera que una solicitud de prórroga de la duración de la validez de un permiso no constituye una «autorización» en el sentido de la Directiva 85/337 modificada.

93 Por último, Irlanda alega que el corrimiento de tierra fue provocado por los métodos de construcción empleados y que no se trata de dificultades que hubieran podido descubrirse con antelación gracias a un estudio de las repercusiones sobre el medio ambiente, incluso si se hubiera hecho de conformidad con los requisitos comunitarios. El referido Estado miembro precisa, además, que para garantizar la terminación del parque eólico en las máximas condiciones de seguridad se modificaron los métodos de construcción después de una suspensión de las obras y de la realización de una investigación.

Apreciación del Tribunal de Justicia

94 En primer lugar, por lo que respecta a las condiciones en las que el 12 de marzo de 1998 se concedieron las autorizaciones relativas a las dos primeras fases de

construcción del proyecto del parque eólico que se habían solicitado el 23 de enero de 1998, procede pronunciarse con carácter previo sobre la aplicabilidad de la Directiva 85/337.

95 A este respecto se desprende del artículo 3 de la Directiva 97/11 que si se hubiese presentado una solicitud de autorización a una autoridad competente antes del 14 de marzo de 1999 seguirían aplicándoseles las disposiciones de la Directiva 85/337.

96 Por otra parte, si bien consta que las instalaciones destinadas a la explotación de la energía eólica para la producción de energía no figuran ni en el anexo I ni en el anexo II de la Directiva 85/337, Irlanda no niega que las dos primeras fases de construcción del parque eólico requerían la ejecución de numerosos trabajos, entre ellos trabajos de extracción de turba y de minerales distintos de los metálicos y energéticos, así como la construcción de vías, trabajos que figuran en el referido anexo II y en el apartado 2, letras a) y c), así como en su apartado 10, letra d), respectivamente.

97 Por lo tanto, la Directiva 85/337 es aplicable a las dos primeras fases de construcción del parque eólico en la medida en que éstas implicaban, en particular, el recurso a los proyectos de trabajo mencionados en el anexo II de dicha Directiva.

98 De ello resulta que Irlanda estaba obligada a someter a un estudio de sus repercusiones los proyectos que pudieran tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular, por razón de su naturaleza, sus dimensiones o su localización (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72/95, Rec. p. I-5403, apartado 50, y de 28 de febrero de 2008, Abraham y otros, C-2/07, Rec. p. I-0000, apartado 37).

99 Sin embargo, Irlanda afirma que las autoridades competentes consideraron que el asunto no se encontraba dentro del marco del anexo II de la Directiva 85/337, en la medida en que los trabajos secundarios de extracción de turba y de construcción de vías tenían una importancia menor respecto del proyecto de construcción del propio parque eólico.

100 En consecuencia, las autoridades competentes consideraron que no procedía investigar si los proyectos previstos podían tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente y que, por lo tanto, tampoco procedía exigir, antes de la concesión de las autorizaciones, una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente que cumpliera los requisitos impuestos por la Directiva 85/337.

101 Ahora bien, el hecho de que los proyectos comprendidos en el anexo II de la citada Directiva, antes mencionados, tuvieran un carácter secundario respecto del proyecto de construcción del parque eólico considerado en su totalidad no significa que, por esa misma razón, los citados proyectos no podían tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

102 A este respecto procede señalar que los proyectos previstos de extracción de turba y de minerales, así como de construcción de vías, no eran desdeñables en términos de dimensión respecto de la superficie global del parque eólico –que cubría 200 ha de turberas y que constituía el proyecto más importante de ese tipo en Irlanda– y, además, resultaban indispensables para la instalación de las turbinas, así como para el desarrollo del conjunto de los trabajos de construcción. Igualmente ha de señalarse que los referidos trabajos se llevaron a cabo en la ladera de la montaña Cashlaundrumlahan, en la que se encuentran depósitos de turba que pueden medir hasta 5,5 m de profundidad y que están extensamente cubiertos de plantaciones forestales.

103 De esos elementos no discutidos por Irlanda se desprende que la localización y la dimensión de los proyectos relativos a los trabajos de extracción de turba y de minerales y de construcción de vías, así como la proximidad del lugar a un río, constituyen otras tantas características concretas que demuestran que debía considerarse que los referidos proyectos, inseparables de la construcción de 46 turbinas eólicas, podían tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente y debían someterse, por lo tanto, a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente.

104 En efecto, la realización de un estudio de las repercusiones sobre el medio ambiente de conformidad con los requisitos de la Directiva 85/337 tiene por objeto identificar, describir y evaluar de manera adecuada los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre factores como la fauna y la flora, el suelo, el agua, así como la interacción entre esos distintos factores. En el caso de autos cabe destacar a este respecto que las declaraciones de impacto medioambiental presentadas por el maestro de obras presentaban algunas lagunas y no examinaban, en particular, la cuestión de la estabilidad del suelo, que, sin embargo, es esencial cuando se pretenden realizar trabajos de excavación.

105 Por lo tanto, Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 85/337, al no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para garantizar que la concesión de las autorizaciones relativas a las dos primeras fases de construcción del parque eólico fuese precedida de una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de conformidad con los artículos 5 a 10 de la citada Directiva, y al limitarse a adjuntar a las solicitudes de autorización declaraciones de impacto medioambiental que no cumplían esas exigencias.

106 En segundo lugar, por lo que respecta a la solicitud de autorización relativa a la tercera fase de construcción del parque eólico, presentada el 5 de octubre de 2000, y a la solicitud de autorización para modificar las dos primeras fases de construcción inicialmente autorizadas, presentada el 20 de junio de 2002, procede examinar el motivo a la vista de la Directiva 85/337 modificada, al haberse presentado las solicitudes de autorización relativas a ellas después del 14 de marzo de 1999.

107 Consta, por una parte, que las autoridades competentes se declararon conformes con la modificación del tipo de turbinas eólicas inicialmente previsto sin exigir que se hiciera una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente con arreglo a la Directiva 85/337 modificada y, por otra, que la autorización concedida para la tercera fase de construcción tampoco iba acompañada de tal evaluación. Además, contrariamente a los requisitos de la normativa irlandesa, la operación de deforestación autorizada en el mes de mayo de 2003 no estaba precedida de esa misma evaluación.

108 Ahora bien, en el apartado 3, letra i), del anexo II, de la Directiva 85/337 modificada figuran las instalaciones para la utilización de la fuerza del viento para la producción de energía (parques eólicos) y, en el apartado 13 de dicho anexo, cualquier cambio o ampliación de los proyectos que figuran en el mismo anexo, ya autorizados, ejecutados, o en proceso de ejecución, que puedan tener considerables consecuencias negativas sobre el medio ambiente.

109 Además, entre los criterios de selección pertinentes, citados en el anexo III de la Directiva 85/337 modificada, aplicables a los proyectos enumerados en el anexo II de dicha Directiva y a los que se remite el artículo 4, apartado 3, de la referida Directiva, figura el riesgo de accidentes, especialmente en lo relativo a las sustancias y las tecnologías utilizadas. Con arreglo a esos mismos criterios ha de mencionarse la sensibilidad medioambiental de la zona geográfica que procede considerar teniendo en cuenta, en particular, «la capacidad de carga del medio natural», debiendo prestarse especial atención a las áreas de montaña y de bosque.

110 La construcción de 25 nuevas turbinas, de nuevas vías de servicio, así como el cambio del tipo de turbinas eólicas inicialmente autorizadas y que tenían por objeto aumentar la producción de electricidad, en cuanto proyectos que figuran en el anexo II de la Directiva 85/337 modificada y que podían tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, habida cuenta de las especificidades del lugar recordadas en el apartado 102 de esta sentencia y a los criterios mencionados en el apartado anterior de la presente sentencia, tenían que haberse sometido, por esa razón y antes de ser autorizados, a un procedimiento de autorización y a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente de conformidad con los requisitos establecidos en los artículos 5 a 10 de la Directiva 85/337 modificada.

111 En consecuencia, Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 85/337 modificada, al no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para que las concesiones de las autorizaciones modificadoras y de la autorización relativa a la tercera fase de construcción del parque eólico fueran precedidas de tal evaluación y al haberse limitado a adjuntar a las solicitudes de autorización declaraciones de impacto medioambiental que no cumplían esas exigencias.

112 De todo cuanto antecede resulta que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 4 y 5 a 10, de la Directiva 85/337, en su versión anterior o posterior a las modificaciones introducidas por la Directiva 97/11, al no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para garantizar que la concesión de las autorizaciones relativas a la construcción de un parque eólico y a las actividades relacionadas en Derrybrien, condado de Galway, así como la ejecución de los trabajos fuesen precedidas de una evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente de conformidad con los artículos 5 a 10 de la Directiva 85/337.

Costas

113 En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber solicitado la Comisión la condena en costas de Irlanda y al haber sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

1) Declarar que la República de Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 4 y 5 a 10, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión anterior o posterior a las modificaciones introducidas por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, al no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para garantizar:

– **que antes de su ejecución total o parcial, los proyectos comprendidos en el ámbito de aplicación de la citada Directiva sean objeto de examen para determinar si procede llevar a cabo una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente y, cuando puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente por su naturaleza, sus dimensiones o su localización, sean sometidos a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones de conformidad con los artículos 5 a 10 de la Directiva 85/337, y**

– **que la concesión de las autorizaciones relativas a la construcción de un parque eólico y a las actividades relacionadas en Derrybrien, condado de Galway, así como la ejecución de los trabajos, fueran precedidos de una evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente de conformidad con los artículos 5 a 10 de la Directiva 85/337.**

2) Condenar en costas a Irlanda.

Firmas

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA

CVRIA
LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 24 de junio de 2008 *

«Directiva 75/442/CEE – Gestión de residuos – Concepto de residuos – Principio "quien contamina paga" – Poseedor – Poseedores anteriores – Productor del producto generador – Hidrocarburos y fuelóleo pesado – Naufragio – Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños causados por la contaminación por hidrocarburos – FIPOL»

En el asunto C-188/07,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Cour de cassation (Francia), mediante resolución de 28 de marzo de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de abril de 2007, en el procedimiento entre

Commune de Mesquer

y

Total France SA,

Total International Ltd,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de la Sala Segunda, en funciones de Presidente, los Sres. A. Rosas, K. Lenaerts y L. Bay Larsen, Presidentes de Sala, y la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. K. Schiemann, P. Kūris, E. Levits y A. Ó Caoimh, la Sra. P. Lindh, los Sres. J.-C. Bonichot y T. von Danwitz y la Sra. C. Toader (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sr. M.-A. Gaudissart, jefe de unidad;

* Lengua de procedimiento: francés.

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 22 de enero de 2008;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre del municipio de Mesquer, por Mes C. Lepage y A. Moustardier, avocats;

– en nombre de Total France SA y Total International Ltd, por Mes J.-P. Hordies, C. Smits, M. Memlouk, J. Boivin, E. Fontaine y F.-H. Briard, avocats;

– en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. de Bergues y la Sra. A.-L. During, en calidad de agentes;

– en nombre del Gobierno belga, por la Sra. L. Van den Broeck, en calidad de agente;

– en nombre del Gobierno italiano, por los Sres. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. D. Del Gaizo, avvocato dello Stato;

– en nombre del Gobierno del Reino Unido, por las Sras. C. Gibbs e I. Rao, en calidad de agentes, asistidas por el Sr. J. Maurici, Barrister;

– en nombre del la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. M. Konstantinidis, J.-B. Laignelot y G. Valero Jordana, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 13 de marzo de 2008;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1 y 15 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (DO L 194, p. 39 ; EE 15/01, p. 129), en su versión modificada por la Decisión 96/350/CE de la Comisión, de 24 de mayo de 1996 (DO L 135, p. 32) (en lo sucesivo, «Directiva 75/442»), y del anexo I de dicha Directiva.

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el municipio de Mesquer, por una parte, y Total France SA y Total International Ltd (en lo sucesivo, «sociedades Total») en relación con la indemnización de los perjuicios causados por los residuos esparcidos en el territorio de dicho municipio a raíz del naufragio del petrolero Erika.

Marco jurídico

Normativa internacional

3 El Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos, adoptado en Bruselas el 29 de noviembre de 1969, en su versión modificada por el Protocolo firmado en Londres el 27 de noviembre de 1992 (DO 2004, L 78, p. 32) (en lo sucesivo, «Convenio sobre la Responsabilidad Civil»), regula la responsabilidad de los propietarios de barcos por los daños derivados de vertidos de hidrocarburos persistentes procedentes de buques cisterna. Consagra el principio de su responsabilidad objetiva, limitada a una cantidad que se calcula en función del arqueo del barco, y establece un sistema de seguro de responsabilidad obligatoria.

4 En virtud del artículo II, letra a), del Convenio sobre la Responsabilidad Civil, éste se aplica a los daños ocasionados por contaminación en el territorio de un Estado contratante, incluido su mar territorial, y en la zona económica exclusiva de ese Estado establecida de conformidad con el Derecho internacional, o, en su caso, en un área situada más allá del mar territorial de ese Estado y adyacente a dicho mar territorial, determinada por ese Estado de conformidad con el Derecho internacional y que no se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

5 A tenor del artículo III, apartado 4, del Convenio sobre la Responsabilidad Civil, «[...] no podrá promoverse ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación, ajustada o no al presente Convenio, contra [...] ningún fletador (comoquiera que se le describa, incluido el fletador del buque sin tripulación), gestor naval o armador [...] a menos que los daños hayan sido originados por una acción o una omisión de tales personas, y que éstas hayan actuado así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños».

6 El Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, adoptado en Bruselas el 18 de diciembre de 1971, en su versión modificada por el Protocolo firmado en Londres el 27 de noviembre de 1992 (DO 2004, L 78, p. 40) (en lo sucesivo, «Convenio FIPOL»), completa el Convenio sobre la Responsabilidad Civil, estableciendo un régimen de indemnizaciones de las víctimas.

7 El Fondo Internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (en lo sucesivo, «FIPOL»), que se nutre de aportaciones de la industria petrolera, puede cubrir hasta 135 millones de DEG (derechos especiales de giro) por hechos anteriores a 2003. Según el artículo 4 del Convenio FIPOL, las víctimas pueden entablar reclamaciones ante los tribunales del Estado parte de dicho Convenio en el que se hayan causado los daños, a fin de obtener una indemnización, en particular, cuando el Convenio sobre la Responsabilidad Civil

no prevé ninguna responsabilidad por el daño de que se trate o cuando el propietario del buque sea insolvente o no pueda exigirse su responsabilidad en virtud de dicho Convenio.

8 El Protocolo de 2003 del Convenio Internacional de 1992 sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (DO 2004, L 78, p. 24) instaura un fondo complementario internacional de indemnización de los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, designado con el nombre de «Fondo complementario internacional de indemnización de 2003 de los daños debidos a contaminación por hidrocarburos», el cual permite, junto con el FIPOL, cubrir hasta 750 millones de unidades de cuenta por hechos concretos posteriores al 1 de noviembre de 2003.

Normativa comunitaria

Directiva 75/442

9 Según el tercer considerando de la Directiva 75/442, cualquier regulación en materia de gestión de residuos debe tener como objetivo esencial la protección de la salud del hombre y del medio ambiente contra los efectos perjudiciales causados por la recogida, el transporte, el tratamiento, el almacenamiento y el depósito de los residuos.

10 El artículo 1 de la Directiva 75/442 dispone:

«Con arreglo a la presente Directiva, se entenderá por:

a) *residuo:* cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el anexo I y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse.

[...] la Comisión [...] elaborará una lista de residuos pertenecientes a las categorías enumeradas en el anexo I [...];

b) *productor:* cualquier persona cuya actividad produzca residuos (“productor inicial”) y/o cualquier persona que efectúe operaciones de tratamiento previo, de mezcla o de otro tipo que ocasione un cambio de naturaleza o de composición de esos residuos;

c) *poseedor:* el productor de los residuos o la persona física o jurídica que los tenga en su posesión;

[...]

e) *eliminación:* cualquiera de las operaciones enumeradas en el anexo II A;

f) *valorización:* cualquiera de las operaciones enumeradas en el anexo II B;

g) *recogida:* operación consistente en recoger, clasificar y/o agrupar residuos para su transporte.»

11 El artículo 8 de la Directiva 75/442 establece:

«Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que todo poseedor de residuos:

– los remita a un recolector privado o público o a una empresa que efectúe las operaciones previstas en los Anexos II A o II B, o

– se ocupe él mismo de la valorización o la eliminación de acuerdo con las disposiciones de la presente Directiva.»

12 El artículo 15 de la Directiva 75/442 establece:

«De conformidad con el principio "quien contamina paga", el coste de la eliminación de los residuos deberá recaer sobre:

– el poseedor que remitiere los residuos a un recolector o a una empresa de las mencionadas en el artículo 9, y/o

– los poseedores anteriores o el productor del producto generador de los residuos.»

13 Las categorías Q4, Q11, Q13 y Q16 del anexo I de la Directiva 75/442, titulado «Categorías de residuos», son del siguiente tenor literal:

«Q4 Materias que se hayan vertido por accidente, que se hayan perdido o que hayan sufrido cualquier otro incidente con inclusión del material, del equipo, etc., contaminado a causa del incidente en cuestión

[...]

Q11 Residuos de extracción y preparación de materias primas (por ejemplo, residuos de explotación minera o petrolera, etc.)

[...]

Q13 Toda materia, sustancia o producto cuya utilización esté prohibida por la ley

[...]

Q16 Toda materia, sustancia o producto que no esté incluido en las categorías anteriores.»

14 El anexo II A de dicha Directiva, titulado «Operaciones de eliminación», tiene por objeto recapitular las operaciones de eliminación tal y como ocurren en la

práctica, mientras que el anexo II B de dicha Directiva, titulado «Operaciones de valorización», tiene por objeto enumerar de la misma manera las operaciones de valorización.

15 La Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos (DO L 114, p. 9), al proceder, en aras de la claridad y de la racionalidad, a una codificación de la Directiva 75/442, reproduce las disposiciones mencionadas en sus artículos 1 y 15, así como en sus anexos II, II A y II B. No obstante, la Directiva 2006/12 se adoptó cuando ya habían tenido lugar los hechos del litigio principal, de tal manera que dicha Directiva no es de aplicación en el referido litigio.

Directiva 68/414/CEE

16 El artículo 2 de la Directiva 68/414/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1968, por la que se obliga a los Estados miembros de la CEE a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y/o productos petrolíferos (DO L 308, p. 14; EE 12/01, p. 125), en su versión modificada por la Directiva 98/93/CE del Consejo, de 14 de diciembre de 1998 (DO L 358, p. 100), que establece tal obligación, en particular, para hacer frente a posibles penurias o crisis de abastecimiento, asimila los fuelóleos a una categoría de productos petrolíferos.

Directiva 2004/35/CE

17 El décimo considerando de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DO L 143, p. 56), establece lo siguiente:

«Hay que tener en cuenta de forma expresa el Tratado Euratom y los Convenios internacionales pertinentes, así como la legislación comunitaria que regula de forma más amplia y rigurosa la realización de cualquiera de las actividades que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva [...]»

18 El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2004/35 dispone:

«La presente Directiva no se aplicará a los daños medioambientales, ni a la amenaza inminente de tales daños, que surja de un incidente con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los Convenios internacionales enumerados en el Anexo IV, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, que esté vigente en el Estado miembro de que se trate.»

19 El anexo IV de la Directiva 2004/35 establece:

«Convenios internacionales a que hace referencia el apartado 2 del artículo 4

a) Convenio Internacional de 27 de noviembre de 1992 sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos;

b) Convenio Internacional de 27 de noviembre de 1992 de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos;

[...]»

Decisión 2004/246/CE

20 El 2 de marzo de 2004, el Consejo adoptó la Decisión 2004/246/CE, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos, de 1992, y por la que se autoriza a Austria y Luxemburgo a adherirse, en interés de la Comunidad Europea, a los instrumentos subyacentes (DO L 78, p. 22).

21 El cuarto considerando de la Decisión 2004/246 tiene el siguiente tenor:

«Con arreglo al Protocolo del Fondo Suplementario, sólo los Estados soberanos pueden ser Partes del mismo; por lo tanto, la Comunidad no puede ratificar ni adherirse al Protocolo, ni existen perspectivas de que pueda hacerlo en un futuro próximo.»

22 Los artículos 1, apartado 1, y 4 de la Decisión 2004/246 establecen lo siguiente:

«Artículo 1

1. Se autoriza a los Estados miembros a firmar, ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992, denominado en lo sucesivo Protocolo del Fondo Suplementario, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes.

[...]

Artículo 4

Los Estados miembros harán cuanto antes todo lo posible para que el Protocolo del Fondo Suplementario y los instrumentos subyacentes se modifiquen a fin de que la Comunidad pueda convertirse en Parte contratante de los mismos.»

Normativa nacional

23 El artículo 2 de la Ley nº 75-633, de 15 de julio de 1975, relativa a la eliminación de residuos y a la recuperación de los materiales (JORF de 16 de julio de 1975, p. 7279) (en lo sucesivo, «artículo L. 541-2 del code de l'environnement»), dispone:

«Todo aquel que produzca o que tenga en su poder residuos en condiciones que puedan producir efectos nocivos en el suelo, la flora y la fauna, deteriorar los parajes o los paisajes, contaminar el aire o las aguas, generar ruidos y olores y, en general, atentar contra la salud humana y el medio ambiente, estará obligado a eliminarlos o a garantizar su eliminación de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo, en circunstancias idóneas para evitar dichos efectos.

La eliminación de los residuos implica las operaciones de recogida, transporte, almacenamiento, selección y tratamiento necesarios para la recuperación de los elementos y materiales que puedan volverse a utilizar o de la energía, así como para el depósito o el vertido en el medio natural de todos los demás productos en condiciones apropiadas para evitar los perjuicios mencionados en el párrafo anterior.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

24 El 12 de diciembre de 1999, el petrolero Erika, que enarbolaba pabellón maltés y había sido fletado por Total International Ltd, se hundía a unas 35 millas marinas al sudoeste de la punta de Penmarc'h (Finisterre, Francia), vertiendo al mar una parte de su carga y de su propio combustible, contaminando el litoral atlántico francés.

25 De la resolución de remisión y de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se desprende que la sociedad italiana ENEL celebró un contrato con Total International Ltd sobre la entrega de fuelóleo pesado que debía utilizarse como combustible para la producción de electricidad. Para la ejecución de dicho contrato, Total raffinage distribution, posteriormente denominada Total France SA, vendió dicho fuelóleo pesado a Total International Ltd, que fletó el buque Erika para transportarlo del puerto de Dunkerque (Francia) al de Milazzo (Italia).

26 El 9 de junio de 2000, el municipio de Mesquer instó una acción contra las sociedades Total ante el tribunal de commerce de Saint-Nazaire, cuyo objeto consistía en que se declarara que, con arreglo a la Ley nº 75-633, aquéllas debían asumir las consecuencias de los daños causados por los vertidos esparcidos en su territorio y en que se las condenara solidariamente al pago de las cantidades exigibles al municipio como contraprestación por las operaciones de limpieza y de descontaminación, a saber, 69.232,42 euros.

27 Desestimada su acción, el municipio de Mesquer interpuso recurso de apelación ante la cour d'appel de Rennes, la cual, mediante sentencia de 13 de febrero de 2002, confirmó la recaída en primera instancia, estimando que, en el caso de autos, el fuelóleo pesado no era un residuo, sino una materia combustible consistente en una materia energética elaborada para un uso determinado. La cour d'appel de Rennes reconoció ciertamente que el fuelóleo pesado vertido del modo indicado y transformado al mezclarse con el agua y la arena generó residuos, pero estimó que ninguna disposición permitía declarar la responsabilidad de las sociedades Total, a las que no se podía considerar productoras ni poseedoras de dichos residuos. El municipio de Mesquer interpuso entonces recurso de casación.

28 Al considerar que el litigio entraña una considerable dificultad de interpretación de la Directiva 75/442, la Cour de cassation decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Puede calificarse de residuo en el sentido del artículo 1 de la Directiva 75/442 [...] codificada por la Directiva 2006/12 [...] el fuelóleo pesado, producto obtenido mediante un proceso de refino que responde a las especificaciones del usuario, ha sido destinado por el fabricante a su venta como combustible y está mencionado en la Directiva 68/414 [...]?

2) ¿Constituye de por sí, o por el hecho de su mezcla con agua y sedimentos, un residuo en el sentido del anexo I, categoría Q4, de la Directiva 2006/12 [...] un cargamento de fuelóleo pesado, transportado por un buque y vertido accidentalmente en el mar?

3) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión y afirmativa a la segunda, ¿puede considerarse al fabricante del fuelóleo pesado (Total raffinage distribution) y/o al vendedor y fletador (Total International Ltd) productor y/o poseedor del residuo en el sentido del artículo 1, letras b) y c), de la Directiva 2006/12 [...] y a efectos de la aplicación del artículo 15 de dicha Directiva, aunque, en el momento del accidente que lo transformó en residuo, el producto fuera transportado por un tercero?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad

29 Las sociedades Total sostienen que debe declararse la inadmisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial debido a que ya se indemnizó al municipio de Mesquer con cargo al FIPOL y que, por consiguiente, carece de interés para ejercitar la acción. Consideran que, en estas circunstancias, la petición de decisión prejudicial tiene carácter hipotético.

30 Según reiterada jurisprudencia, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo

definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de junio de 2007, van der Weerd y otros, C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233, apartado 22 y jurisprudencia citada).

31 Por otra parte, conforme a reiterada jurisprudencia, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen de un litigio apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia (sentencia de 15 de junio de 2006, Air Liquide Industries Belgium, C-393/04 y C-41/05, Rec. p. I-5293, apartado 24 y jurisprudencia citada).

32 A este respecto, se desprende de los autos que el municipio de Mesquer recibió efectivamente algunos pagos con cargo al FIPOL, que se abonaron a raíz de la solicitud de indemnización que había formulado contra el propietario del buque y el FIPOL. Dichos pagos fueron objeto de transacciones, en virtud de las cuales el municipio renunció expresamente a cualesquiera derechos y acciones, so pena de tener que devolver las cantidades pagadas.

33 El órgano jurisdiccional remitente disponía de dicha información, pero, sin embargo, no consideró que el litigio principal se hubiera extinguido ni que el municipio de Mesquer hubiera perdido su interés para ejercitar la acción ni renunciado a plantear sus cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

34 En estas circunstancias, debe responderse a las cuestiones planteadas por la Cour de cassation.

Sobre la primera cuestión

35 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si el fuelóleo pesado vendido para su utilización como combustible puede calificarse de residuo en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 75/442.

36 A juicio de las sociedades Total, de los Estados miembros que han presentado observaciones y de la Comisión, debe responderse a esta cuestión en sentido negativo. Únicamente el municipio de Mesquer sostiene que dicho fuelóleo pesado debe calificarse de residuo y que, además, la referida sustancia corresponde a la categoría de productos peligrosos e ilícitos.

37 Con carácter preliminar, procede recordar que, en virtud del artículo 1, letra a), de la Directiva 75/442, debe considerarse residuo cualquier sustancia u objeto

perteneciente a una de las categorías que se recogen en el anexo I de dicha Directiva, y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse.

38 Así, en el contexto de dicha Directiva, el ámbito de aplicación del concepto de residuo depende del significado del término «desprenderse» (sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec. p. I-7411, apartado 26) y, por consiguiente, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, deben interpretarse dichos términos teniendo en cuenta el objetivo de esa misma Directiva (sentencia de 15 de junio de 2000, ARCO Chemie Nederland y otros, C-418/97 y C-419/97, Rec. p. I-4475, apartado 37), el cual, a tenor del tercer considerando de dicha Directiva, consiste en la protección de la salud humana y del medio ambiente contra los efectos perniciosos provocados por la recogida, el transporte, el tratamiento, el almacenamiento y el depósito de residuos, teniendo en cuenta el artículo 174 CE, apartado 2, que dispone que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tiene como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado y se basa, en particular, en los principios de cautela y de acción preventiva (véase la sentencia de 11 de noviembre de 2004, Niselli, C-457/02, Rec. p. I-10853, apartado 33).

39 El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que, habida cuenta del objetivo perseguido por la Directiva 75/442, el concepto de residuo no puede interpretarse en sentido restrictivo (véase la sentencia ARCO Chemie Nederland y otros, antes citada, apartado 40).

40 Dicho concepto puede englobar todos los objetos y sustancias de los que se desprenda el propietario, aunque tengan un valor comercial y se recojan con fines comerciales a efectos de reciclado, recuperación o reutilización (véase, en particular, la sentencia de 18 de abril de 2002, Palin Granit y Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus, C-9/00, Rec. p. I-3533; en lo sucesivo, «sentencia Palin Granit», apartado 29 y jurisprudencia citada).

41 A este respecto, determinadas circunstancias pueden constituir indicios de la existencia de una acción, de una intención o de una obligación de desprenderse de una sustancia o de un objeto a efectos del artículo 1, letra a), de la Directiva 75/442. Éste es el caso, en particular, cuando la sustancia utilizada es un residuo de producción, es decir, un producto que no ha sido buscado como tal (sentencia ARCO Chemie Nederland y otros, antes citada, apartados 83 y 84). Así, el Tribunal de Justicia ha puntualizado que, en principio, constituye residuos la ganga procedente de la extracción, que no es la producción principalmente perseguida por quien explota una cantera de granito (sentencia Palin Granit, apartados 32 y 33).

42 No obstante, un bien, un material o una materia prima que resulta de un proceso de fabricación o de extracción que no está destinado principalmente a producirlo puede constituir no un residuo, sino un subproducto, del que la empresa no desea

desprenderse, sino desea explotarlo o comercializarlo en circunstancias económicamente ventajosas, en un proceso ulterior, sin operación de transformación previa (véanse la sentencia Palin Granit, apartado 34, y el auto de 15 de enero de 2004, Saetti y Frediani, C-235/02, Rec. p. I-1005, apartado 35).

43 En efecto, no hay nada que justifique la aplicación de lo dispuesto en la Directiva 75/442 a bienes, materiales o materias primas que tienen económicamente el valor de productos, independientemente de cualquier transformación y que, como tales, están sometidos a la legislación aplicable a tales productos (véanse la sentencia Palin Granit, apartado 35, y el auto Saetti y Frediani, antes citado, apartado 35).

44 No obstante, habida cuenta de la obligación de interpretar en sentido amplio el concepto de residuos, para limitar los inconvenientes o molestias inherentes a su condición, hay que limitar la aplicación de esa argumentación relativa a los subproductos a las situaciones en las que la reutilización de un bien, material o materia prima no es sólo posible, sino segura, sin transformación previa y sin solución de continuidad del proceso de producción (sentencia Palin Granit, apartado 36, y auto Saetti y Frediani, antes citado, apartado 36).

45 Con el criterio basado en si una sustancia posee o no la condición de residuo de producción, el grado de probabilidad de la reutilización de dicha sustancia, sin operación de transformación previa, constituye, por lo tanto, un segundo criterio pertinente para apreciar si es o no un residuo a efectos de la Directiva 75/442. Si, más allá de la mera posibilidad de reutilizar la sustancia, existe un interés económico para el poseedor en hacerlo, la probabilidad de dicha reutilización es mayor. Si así sucede, la sustancia de que se trate ya no puede ser considerada una sustancia de la que el poseedor procura «desprenderse», sino que debe considerarse un auténtico producto (véase la sentencia Palin Granit, apartado 37).

46 En el asunto principal, la sustancia controvertida se obtiene al concluir el proceso de refino del petróleo.

47 No obstante, dicha sustancia residual puede ser explotada comercialmente en condiciones económicamente ventajosas; así lo confirma el hecho de que haya sido objeto de una transacción comercial y responda a las especificaciones del comprador, como señala el órgano jurisdiccional remitente.

48 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que una sustancia como la controvertida en el asunto principal, a saber, el fuelóleo pesado vendido como combustible, no es un residuo, en el sentido de la Directiva 75/442, toda vez que se explota o se comercializa en condiciones económicamente ventajosas y que puede ser efectivamente utilizada como combustible sin necesidad de operación previa de transformación.

Sobre la segunda cuestión

49 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide, en síntesis, si el fuelóleo pesado accidentalmente vertido en el mar como consecuencia de un naufragio debe, en tales circunstancias, calificarse de residuo en el sentido de la categoría Q4 del anexo I de la Directiva 75/442.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

50 A juicio del municipio de Mesquer, cuyas tesis suscriben los Gobiernos francés e italiano, así como la Comisión, en la medida en que se han vertido en el mar y, con mayor razón, si se han mezclado con el agua y con sedimentos, tales hidrocarburos deben calificarse de residuos en el sentido de la Directiva 75/442.

51 Las sociedades Total consideran que la mezcla formada por hidrocarburos, agua y sedimentos del litoral sólo constituye un residuo si existe la obligación de eliminación o de valorización de los hidrocarburos accidentalmente vertidos como tales, y si éstos se hallan inextricablemente unidos al agua y a los sedimentos.

52 El Gobierno belga sostiene que los productos vertidos en el mar del modo indicado no deberían calificarse de residuos en el sentido de la Directiva 75/442, sino de hidrocarburos pesados, en el sentido de los Convenios sobre la Responsabilidad Civil y FIPOL. El Gobierno del Reino Unido, si bien admite que tales hidrocarburos pueden calificarse de residuos en el sentido de dicha Directiva, considera conveniente que el vertido accidental de hidrocarburos en el mar esté comprendido únicamente en el ámbito de aplicación de los Convenios sobre la Responsabilidad Civil y FIPOL y que, por consiguiente, no se aplique la Directiva 75/442 en tales circunstancias.

Respuesta del Tribunal de Justicia

53 Con carácter preliminar, debe recordarse que el anexo I de la Directiva 75/442 propone unas listas de sustancias y de objetos que pueden calificarse de residuos. Sin embargo, sólo tiene carácter indicativo, puesto que la calificación de residuo depende sobre todo del comportamiento del poseedor y del significado del término «desprenderse» (véase la sentencia de 7 de septiembre de 2004, Van de Walle y otros, C-1/03, Rec. p. I-7613, apartado 42).

54 Por consiguiente, la circunstancia de que el anexo I de la Directiva 75/442, titulado «Categorías de residuos», mencione en su punto Q4, las «materias que se hayan vertido por accidente, que se hayan perdido o que hayan sufrido cualquier otro incidente con inclusión del material, del equipo, etc., contaminado a causa del accidente en cuestión», constituye únicamente un indicio de la inclusión de tales materias en el ámbito de aplicación del concepto de residuo. Por lo tanto, no permite por sí solo calificar de residuos los hidrocarburos vertidos accidentalmente y que hayan originado la contaminación de las aguas territoriales

y, en consecuencia, del litoral de un Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Van de Walle y otros, antes citada, apartado 43).

55 En estas circunstancias, es necesario analizar si tal vertido accidental de hidrocarburos es un acto mediante el que el poseedor se desprende de ellos en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 75/442 (véase, en este sentido, la sentencia Van de Walle y otros, antes citada, apartado 44).

56 A este respecto, cuando la sustancia o el objeto de que se trate es un residuo de producción, es decir, un producto que no ha sido buscado como tal con miras a una posterior utilización y que su poseedor no puede volver a utilizar sin transformarlo previamente en circunstancias que le sean económicamente ventajosas, éstos deben ser considerados una carga de la que el poseedor procura «desprenderse» (véanse las sentencias Palin Granit, apartados 32 a 37, y Van de Walle y otros, antes citada, apartado 46).

57 En relación con hidrocarburos vertidos accidentalmente y que originaron la contaminación de la tierra y las aguas subterráneas, el Tribunal de Justicia señaló que éstos no constituían un producto que pudiera volverse a utilizar sin transformarlo previamente (véase la sentencia Van de Walle y otros, antes citada, apartado 47).

58 Pues bien, tal apreciación se impone igualmente en lo tocante a los hidrocarburos vertidos accidentalmente en el mar y que dieron lugar a la contaminación de las aguas territoriales y posteriormente de las costas de un Estado miembro.

59 En efecto, consta que la explotación o la comercialización de tales hidrocarburos, esparcidos o emulsionados en el agua o aglomerados con sedimentos, es muy aleatoria e incluso hipotética. Consta igualmente que, aunque se admita que técnicamente pueda realizarse, tal explotación o comercialización requeriría en todo caso operaciones previas de transformación que, lejos de ser económicamente ventajosas para el poseedor de dicha sustancia, supondrían, en realidad, cargas económicas significativas. De ello se deduce que tales hidrocarburos vertidos accidentalmente en el mar deben considerarse sustancias que su poseedor no tenía intención de producir y de las que «se desprende», aunque sea involuntariamente, con ocasión de su transporte, de modo que deben ser calificadas de residuos en el sentido de la Directiva 75/442 (véase, en este sentido, la sentencia Van de Walle y otros, antes citada, apartados 47 y 50).

60 Por otra parte, no cuestiona la aplicabilidad de dicha Directiva el hecho de que el vertido accidental de hidrocarburos no se produjera en el territorio terrestre de un Estado miembro, sino en la zona económica exclusiva de éste.

61 En efecto, sin que sea necesario pronunciarse sobre la aplicabilidad de dicha Directiva en el lugar del naufragio, baste señalar que los hidrocarburos accidentalmente vertidos del modo indicado se desplazaron a la deriva a lo largo

de las costas, hasta quedar depositados en éstas, encontrándose así vertidos en el territorio terrestre de dicho Estado miembro.

62 De ello se deduce que, en las circunstancias del naufragio de un petrolero como las que caracterizan el asunto principal, la Directiva 75/442 es aplicable *ratione loci.*

63 Por consiguiente, debe responderse a la segunda cuestión que los hidrocarburos vertidos accidentalmente en el mar a raíz de un naufragio, mezclados con agua y con sedimentos, y que se desplazan a la deriva a lo largo de las costas de un Estado miembro hasta quedar depositados en éstas, constituyen residuos en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 75/442, toda vez que ya no pueden ser explotados ni comercializados sin una operación previa de transformación.

Sobre la tercera cuestión

64 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si, en las circunstancias del naufragio de un petrolero, puede obligarse al productor del fuelóleo pesado vertido al mar y/o al vendedor de ese fuelóleo y fletador del buque que transportaba dicha sustancia a cargar con los costes inherentes a la eliminación de los residuos así generados, aun cuando la sustancia vertida al mar fuera transportada por un tercero, en el presente asunto, un transportista marítimo.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

65 El municipio de Mesquer considera que, a efectos de la aplicación del artículo 15 de la Directiva 75/442, en el asunto principal debe considerarse que el productor del fuelóleo pesado, así como el vendedor de este fuelóleo y fletador del buque que transportaba dicha sustancia, son productores y poseedores de los residuos resultantes del vertido en el mar de dicha sustancia, en el sentido del artículo 1, letras b) y c), de la referida Directiva.

66 Según las sociedades Total, en circunstancias como las del asunto principal, no se aplica el artículo 15 de la Directiva 75/442 al productor del fuelóleo pesado ni al vendedor de ese fuelóleo y fletador del buque que transportaba dicha sustancia, ya que, en el momento del accidente que transformó la referida sustancia en residuos, aquélla era transportada por un tercero. Consideran que, por lo demás, dicha disposición tampoco se aplica al productor del fuelóleo pesado por el mero hecho de ser productor del producto que ha generado los residuos.

67 A juicio del Gobierno francés, cuyas tesis suscriben en parte el Gobierno italiano y la Comisión, el productor del fuelóleo pesado y/o el vendedor de ese fuelóleo y fletador del barco que transportaba dicha sustancia sólo pueden considerarse productores y/o poseedores de los residuos resultantes del vertido en el mar de la sustancia de que se trata si el naufragio del barco, que transformó la carga de fuelóleo pesado en residuos, fuera imputable a diversas actuaciones por las que

pudiera exigirse su responsabilidad. La Comisión añade, no obstante, que el productor de un producto como el fuelóleo pesado no puede, por el mero hecho de esta actividad, considerarse «productor» y/o «poseedor», en el sentido del artículo 1, letras b) y c), de la Directiva 75/442, de los residuos generados por dicho producto con ocasión de un accidente ocurrido durante su transporte. No obstante, en virtud del artículo 15, segundo guión, de dicha Directiva, el coste de la eliminación de los residuos deberá seguir recayendo en él en su condición de «productor del producto generador de los residuos».

68 Según el Gobierno belga, queda descartada la aplicación de la Directiva 75/442 debido a que es aplicable el Convenio sobre la Responsabilidad Civil. Del mismo modo, el Gobierno del Reino Unido considera que el Tribunal de Justicia no debe responder a esta cuestión, ya que el asunto principal versa sobre cuestiones de responsabilidad a causa de un vertido de fuelóleo pesado en el mar.

Respuesta del Tribunal de Justicia

69 En circunstancias como las del asunto principal, habida cuenta del objetivo de la Directiva 75/442, tal como se recuerda en el tercer considerando de ésta, el artículo 15, segundo guión, de dicha Directiva establece que, de conformidad con el principio «quien contamina paga», el coste de la eliminación de los residuos debe recaer sobre los poseedores anteriores o el productor del producto generador de los residuos.

70 En virtud del artículo 8 de la Directiva 75/442, todo «poseedor de residuos» está obligado a entregarlos a un recolector privado o público o a una empresa que efectúe las operaciones previstas en los anexos II A o II B de dicha Directiva, o bien a ocuparse él mismo de la valorización o la eliminación de acuerdo con las disposiciones de dicha Directiva (sentencia de 26 de abril de 2005, Comisión/Irlanda, C-494/01, Rec. p. I-3331, apartado 179).

71 De las disposiciones mencionadas se desprende que la Directiva 75/442 distingue entre la realización material de las operaciones de valorización o de eliminación, que pone a cargo de todo «poseedor de residuos», sea productor o poseedor, y la asunción de costes de dichas operaciones, que impone, conforme al principio «quien contamina paga», a las personas que hayan generado los residuos, sean poseedores, anteriores poseedores o productores del producto generador de los residuos (sentencia Van de Walle y otros, antes citada, apartado 58).

72 A este respecto, se impediría la aplicación del principio «quien contamina paga», en el sentido del artículo 174 CE, apartado 2, párrafo primero, segunda frase, y del artículo 15 de la Directiva 75/442, si tales personas implicadas en la generación de residuos eludieran sus obligaciones económicas tal como las establece la Directiva 75/442, pese a estar claramente demostrado el origen de los hidrocarburos vertidos en el mar, aunque de manera involuntaria, y que causaron la contaminación del litoral de un Estado miembro.

– Sobre los conceptos de «poseedor» y de «poseedores anteriores»

73 En relación con hidrocarburos vertidos accidentalmente, procedentes de una fuga de las instalaciones de almacenamiento de una estación de servicio que habían sido adquiridos por ésta por ser necesarios para su explotación, el Tribunal de Justicia ha considerado que, de hecho, tales hidrocarburos estaban en posesión del titular de la estación de servicio. Así, dicho Tribunal consideró que, en el referido contexto, puede considerarse que quien almacenaba esos hidrocarburos, por ser necesarios para su actividad, cuando se convirtieron en residuos es quien los ha «producido», en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 75/442. En efecto, puesto que es a la vez quien tiene en su posesión dichos residuos y quien los ha producido, el titular de la estación de servicio debe ser considerado poseedor de los mismos, en el sentido del artículo 1, letra c), de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Van de Walle y otros, antes citada, apartado 59).

74 Del mismo modo, en el caso de hidrocarburos vertidos accidentalmente en el mar, debe señalarse que el propietario del barco que transporta tales hidrocarburos está, de hecho, en posesión de éstos inmediatamente antes de que se conviertan en residuos. En estas circunstancias, puede considerarse, por lo tanto, que el propietario de ese barco es quien ha producido tales residuos, en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 75/442 y, por consiguiente, puede ser calificado de «poseedor» en el sentido del artículo 1, letra c), de dicha Directiva.

75 No obstante, dicha Directiva no excluye que, en determinados supuestos, el coste de la eliminación de los residuos corra a cargo de uno o varios poseedores anteriores (sentencia Van de Walle y otros, antes citada, apartado 57).

– Sobre la determinación de las personas que deben cargar con el coste de la eliminación de los residuos

76 En el asunto principal, la cuestión que se plantea es si quien ha vendido la mercancía al destinatario final y para ello ha fletado el buque que ha sufrido una avería puede asimismo considerarse «poseedor», por este motivo «anterior», de los residuos vertidos de este modo. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal que determine si puede obligarse al productor del producto generador de esos residuos a cargar con el coste de la eliminación de los residuos así generados.

77 A este respecto, el artículo 15 de la Directiva 75/442 establece que, de conformidad con el principio «quien contamina paga», puede obligarse a determinadas categorías de personas, en el caso de autos, a los «poseedores anteriores» o al «productor del producto generador», a hacer frente al coste de eliminación de los residuos. Por lo tanto, dicha obligación económica les incumbe por el hecho de haber contribuido a la generación de tales residuos y, en su caso, al riesgo de contaminación que de ello resulta.

78 Por consiguiente, en relación con hidrocarburos vertidos accidentalmente en el mar a raíz del naufragio de un petrolero, el juez nacional puede considerar que el vendedor de tales hidrocarburos y fletador del buque que los transporta ha «producido los residuos» si dicho juez, teniendo en cuenta los elementos que únicamente él puede apreciar, llega a la conclusión de que ese vendedor-fletador contribuyó al riesgo de que se produjera la contaminación ocasionada por el naufragio, en particular si no adoptó las medida adecuadas para evitar tales hechos, como las relativas a la elección del buque. En tales circunstancias, podrá considerarse que ese vendedor-fletador es el poseedor anterior de los residuos a efectos de la aplicación del artículo 15, segundo guión, primera parte, de la Directiva 75/442.

79 Como se ha recordado en el apartado 69 de la presente sentencia, en circunstancias como las del asunto principal, el artículo 15, segundo guión, de la Directiva 75/442 prevé, al utilizar la conjunción «o», que el coste de la eliminación de los residuos debe recaer ya sobre los «poseedores anteriores», ya sobre el «productor del producto generador» de los residuos de que se trate.

80 A este respecto, con arreglo al artículo 249 CE, los Estados miembros destinatarios de la Directiva 75/442, aunque son competentes por lo que respecta a la forma y los medios, están obligados en cuanto al resultado que debe alcanzarse en lo que atañe a la asunción de los costes relativos a la eliminación de los residuos. Por consiguiente, están obligados a asegurarse de que su Derecho nacional permite la imputación de dichos costes ya sea a los poseedores anteriores, o bien al productor del producto generador de los residuos.

81 Como ha señalado la Abogado General en el punto 135 de sus conclusiones, el artículo 15 de la Directiva 75/442 no se opone a que, con arreglo a compromisos internacionales suscritos en la materia, como los Convenios sobre la Responsabilidad Civil y FIPOL, los Estados miembros establezcan que el propietario del buque y el fletador de éste sólo pueden responder de los daños causados por el vertido de hidrocarburos en el mar mediante el pago de cantidades que no pueden sobrepasar un determinado límite en función del arqueo del barco y/o en circunstancias especiales relacionadas con su comportamiento negligente. Tampoco se opone dicha disposición a que, con arreglo a dichos compromisos internacionales, un fondo de indemnización como el FIPOL, cuyos recursos se hallen limitados respecto a cada siniestro, asuma, en lugar de los «poseedores» en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 75/442, los costes de la eliminación de los residuos resultantes de hidrocarburos vertidos en el mar por accidente.

82 No obstante, si ese fondo no asume los costes relativos a la eliminación de los residuos generados por un vertido accidental de hidrocarburos en el mar, o no puede asumirlos por haberse alcanzado el límite máximo de indemnización previsto para ese siniestro, y si, con arreglo a las limitaciones y/o exenciones de responsabilidad establecidas, el Derecho nacional de un Estado miembro, incluido

el derivado de convenios internacionales, impide que tales costes recaigan sobre el propietario del buque y/o el fletador de éste, aun cuando éstos deban considerarse «poseedores» en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 75/442, tal Derecho nacional deberá permitir, para garantizar la correcta adaptación del ordenamiento jurídico interno al artículo 15 de dicha Directiva, que dichos costes recaigan sobre el productor del producto generador de los residuos así esparcidos. No obstante, de conformidad con el principio «quien contamina paga», sólo puede obligarse a tal productor a hacer frente a los referidos costes si, mediante su actividad, contribuyó al riesgo de que se produjera la contaminación ocasionada por el naufragio del buque.

83 A este respecto, la obligación de un Estado miembro de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado previsto en una directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 249 CE, párrafo tercero, y por la propia Directiva. Esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales (véanse las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8, e Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 40).

84 De ello se deduce que, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva o disposiciones que resultan de convenios internacionales que haya suscrito el Estado miembro, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para conseguir el resultado que ésta pretende alcanzar y de esta forma atenerse al artículo 249 CE, párrafo tercero (véase, en este sentido, la sentencia Marleasing, antes citada, apartado 8).

85 Por lo demás, contrariamente a lo que han alegado las sociedades Total en la vista, los Convenios sobre la Responsabilidad Civil y FIPOL no vinculan a la Comunidad. En efecto, por una parte, la Comunidad no se ha adherido a dichos instrumentos internacionales y, por otra, no puede considerarse que ha sustituido a sus Estados miembros, aunque sólo sea porque éstos no son en su totalidad partes de dichos Convenios (véanse, por analogía, las sentencias de 14 de julio de 1994, Peralta, C-379/92, Rec. p. I-3453, apartado 16, y de 3 de junio de 2008, Intertanko y otros, C-308/06, Rec. p. I-0000, apartado 47), ni puede considerársela indirectamente vinculada por dichos Convenios en virtud del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1994 y fue aprobada mediante la Decisión 98/392/CE del Consejo, de 23 de marzo de 1998 (DO L 179, p. 1), disposición cuyo apartado 3, como ha señalado el Gobierno francés en la vista, se limita a establecer una obligación general de cooperación entre las partes de dicho Convenio.

86 Además, en relación con la Decisión 2004/246, que autoriza a los Estados miembros a firmar o a ratificar, en interés de la Comunidad, el Protocolo de 2003

del Convenio FIPOL, o a adherirse a dicho Protocolo, baste señalar que ni la Decisión ni el Protocolo de 2003 mencionados pueden aplicarse a los hechos controvertidos en el asunto principal.

87 Es cierto que la Directiva 2004/35 establece expresamente, en su artículo 4, apartado 2, que no se aplica a un incidente ni a una actividad con respecto a los cuales la responsabilidad o la indemnización estén comprendidas en el ámbito de aplicación de uno de los instrumentos internacionales enumerados en su anexo IV, que menciona los Convenios de Responsabilidad Civil y FIPOL. En efecto, como indica el décimo considerando de dicha Directiva, el legislador comunitario consideró necesario tener en cuenta expresamente los Convenios internacionales pertinentes que regulan de forma más amplia y rigurosa la realización de cualquiera de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

88 No obstante, debe señalarse que la Directiva 75/442 no contiene ninguna disposición análoga, ni siquiera en su versión codificada tal como resulta de la Directiva 2006/12.

89 Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden, debe responderse a la tercera cuestión que, a efectos de la aplicación del artículo 15 de la Directiva 75/442 al vertido accidental de hidrocarburos en el mar que haya causado la contaminación de las costas de un Estado miembro:

– el juez nacional puede considerar que el vendedor de tales hidrocarburos y fletador del buque que los transporta es el productor de dichos residuos, en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 75/442, y, por lo tanto, el «poseedor anterior» a efectos de la aplicación del artículo 15, segundo guión, primera parte, de dicha Directiva, si dicho juez, teniendo en cuenta los elementos que únicamente él puede apreciar, llega a la conclusión de que ese vendedor-fletador ha contribuido al riesgo de que se produzca la contaminación ocasionada por el naufragio, en particular si no adoptó las medidas adecuadas para evitar tales hechos, como las relativas a la elección del buque;

– si el FIPOL no asume los costes relativos a la eliminación de los residuos generados por un vertido accidental de hidrocarburos en el mar o no puede asumirlos por haberse alcanzado el límite máximo de indemnización previsto para ese siniestro y si, con arreglo a las limitaciones y/o exenciones de responsabilidad establecidas, el Derecho nacional de un Estado miembro, incluido el derivado de convenios internacionales, impide que tales costes recaigan sobre el propietario del buque y/o el fletador de éste, aun cuando éstos deban calificarse de «poseedores» en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 75/442, tal Derecho nacional deberá permitir, para garantizar la correcta adaptación del ordenamiento jurídico interno al artículo 15 de dicha Directiva, que los costes recaigan sobre el productor del producto

generador de los residuos así esparcidos. No obstante, de conformidad con el principio «quien contamina paga», sólo puede obligarse a tal productor a hacer frente a los referidos costes si, mediante su actividad, contribuyó al riesgo de que se produjera la contaminación ocasionada por el naufragio del buque.

Costas

90 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Una sustancia como la controvertida en el asunto principal, a saber, el fuelóleo pesado vendido como combustible, no es un residuo, en el sentido de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Decisión 96/350/CE de la Comisión, de 24 de mayo de 1996, toda vez que se explota o se comercializa en condiciones económicamente ventajosas y que puede ser efectivamente utilizada como combustible sin necesidad de una operación previa de transformación.

2) Los hidrocarburos vertidos accidentalmente en el mar a raíz de un naufragio, mezclados con agua y con sedimentos, y que se desplazan a la deriva a lo largo de las costas de un Estado miembro hasta quedar depositados en éstas, constituyen residuos en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Decisión 96/350, toda vez que ya no pueden ser explotados ni comercializados sin una operación previa de transformación.

3) A efectos de la aplicación del artículo 15 de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Decisión 96/350, al vertido accidental de hidrocarburos en el mar que haya causado la contaminación de las costas de un Estado miembro:

- **el juez nacional puede considerar que el vendedor de tales hidrocarburos y fletador del buque que los transporta es el productor de dichos residuos, en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Decisión 96/350, y, por lo tanto, el «poseedor anterior» a efectos de la aplicación del artículo 15, segundo guión, primera parte, de dicha Directiva, si dicho juez, teniendo en cuenta los elementos que**

únicamente él puede apreciar, llega a la conclusión de que ese vendedor-fletador ha contribuido al riesgo de que se produzca la contaminación ocasionada por el naufragio, en particular si no adoptó las medidas adecuadas para evitar tales hechos, como las relativas a la elección del buque;

– **si el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos no asume los costes relativos a la eliminación de los residuos generados por un vertido accidental de hidrocarburos en el mar o no puede asumirlos por haberse alcanzado el límite máximo de indemnización previsto para ese siniestro y si, con arreglo a las limitaciones y/o exenciones de responsabilidad establecidas, el Derecho nacional de un Estado miembro, incluido el derivado de convenios internacionales, impide que tales costes recaigan sobre el propietario del buque y/o el fletador de éste, aun cuando éstos deban calificarse de «poseedores» en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Decisión 96/350, tal Derecho nacional deberá permitir, para garantizar la correcta adaptación del ordenamiento jurídico interno al artículo 15 de dicha Directiva, que los costes recaigan sobre el productor del producto generador de los residuos así esparcidos. No obstante, de conformidad con el principio «quien contamina paga», sólo puede obligarse a tal productor a hacer frente a los referidos costes si, mediante su actividad, contribuyó al riesgo de que se produjera la contaminación ocasionada por el naufragio del buque.**

Firmas

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA
CVRIA
LUXEMBOURG
EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 21 de febrero de 2008 *

«Incumplimiento de Estado – Contratos públicos de obras, de suministro y de servicios – Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE – Transparencia – Igualdad de trato – Contratos excluidos, debido a su cuantía, del ámbito de aplicación de estas Directivas»

En el asunto C-412/04,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 24 de septiembre de 2004,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. X. Lewis y K. Wiedner, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. G. Bambara, avvocato, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República Italiana, representada por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. M. Fiorilli, avvocato dello Stato, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

apoyada por:

República Francesa, representada por el Sr. G. de Bergues, en calidad de agente,

Reino de los Países Bajos, representado por la Sra. H. Sevenster y el Sr. M. de Grave, en calidad de agentes,

República de Finlandia, representada por la Sra. A. Guimaraes-Purokoski, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

* Lengua de procedimiento: italiano.

partes coadyuvantes,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, y los Sres. L. Bay Larsen, K. Schiemann, J. Makarczyk (Ponente) y J.-C. Bonichot, Jueces;

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;

Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 8 de noviembre de 2006;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), 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 (DO L 199, p. 54), en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 (DO L 328, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 93/37»), de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), así como en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE y de los principios de transparencia e igualdad de trato que se derivan de ellos, al haber adoptado:

– Los artículos 2, apartados 1 y 5, 17, apartado 12, 27, apartado 2, 30, apartado 6 *bis*, 37 *ter* y 37 *quater*, apartado 1, de la Ley nº 109, Ley marco en materia de obras públicas (legge quadro in materia di lavori pubblici), de 11 de febrero de 1994 (suplemento ordinario de la GURI nº 41, de 19 de febrero de 1994), en su versión modificada por la Ley nº 166, de 1 de agosto de 2002 (suplemento ordinario de la GURI nº 181, de 3 de agosto de 2002) (en lo sucesivo, «Ley nº 109/1994»).

– El artículo 28, apartado 4, de la Ley nº 109/1994, en relación con el artículo 188 del Decreto del Presidente de la República nº 554, por el que se establece un Reglamento de ejecución de la Ley marco en materia de obras públicas de 11 de febrero de 1994, nº 109, y de sus sucesivas modificaciones (regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e succesive modificazioni), de 21 de diciembre de 1999 (suplemento ordinario de la GURI nº 98, de 28 de abril de 2000; en lo sucesivo, «DPR nº 554/1999»), y el artículo 3, apartado 3, del Decreto Legislativo nº 157, relativo a la aplicación de la Directiva 92/50/CEE en materia de contratos públicos de servicios (attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi), de 17 de marzo de 1995 (suplemento ordinario de la GURI nº 104, de 6 de mayo de 1995; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 157/1995»).

Marco jurídico

Normativa comunitaria

2 Las Directivas 92/50, 93/36, 93/37 y 93/38 se adoptaron en el marco de la realización del mercado interior, definido como un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Tienen por objeto eliminar prácticas restrictivas de la competencia, en general, y de la participación de los nacionales de otros Estados miembros en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con el fin de posibilitar la aplicación, en particular, de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios reconocidas, respectivamente, por los artículos 43 CE y 49 CE.

3 Según el considerando decimosexto de la Directiva 92/50 los contratos públicos de servicios pueden incluir obras en determinados casos y de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), se desprende que un contrato sólo se considerará contrato público de obras si su objeto consiste en realizar una obra de construcción y que siempre que dichas obras sean accesorias y no constituyan el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del contrato como contrato público de obras.

4 Del artículo 8 de la Directiva 92/50 se desprende que los contratos públicos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo I A de dicha Directiva deben adjudicarse con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI de la misma Directiva. El título III está dedicado a la elección del procedimiento de adjudicación de dichos contratos y a las normas relativas a los concursos de proyectos.

5 En particular, en la categoría 12 del anexo I A de la Directiva 92/50 se mencionan los servicios de arquitectura, los servicios de ingeniería, los servicios de planificación urbana y de arquitectura paisajista, los servicios conexos de

consultores en ciencia y tecnología, así como los servicios de ensayos y análisis técnicos.

6 Conforme al artículo 15 de la Directiva 93/38, los contratos que tengan por objeto los servicios enumerados en el anexo XVI A de dicha Directiva se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a V de esa misma Directiva. El título IV está dedicado a los procedimientos de adjudicación de contratos.

7 La categoría 12 del antedicho anexo XVI A es idéntica a la categoría 12 del anexo I A de la Directiva 92/50.

8 A tenor del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, «contratos públicos de obras [son]: los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador».

9 El artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva precisa su ámbito de aplicación con arreglo al valor estimado de los diferentes contratos públicos de obras de que se trate. Del apartado 3 de este mismo artículo se desprende que, cuando una obra esté dividida en varios lotes, cada uno de los cuales sea objeto de un contrato, el valor de cada lote se tomará en cuenta para evaluar el importe indicado en el apartado 1 de dicho artículo y que, cuando el valor acumulado de los lotes sea igual o superior a dicho importe, las disposiciones de este último apartado se aplicarán, en principio, a todos los lotes.

Normativa nacional

10 Los contratos públicos de obras están regulados por la Ley nº 109/1994, desarrollada por el DPR nº 554/1999.

11 Conforme al artículo 2, apartado 1, de la Ley nº 109/1994, se entenderá por obras públicas, siempre que hayan sido adjudicadas por los sujetos contemplados en el apartado 2 de dicho artículo, la construcción, la demolición, la recuperación, la reestructuración, la restauración y el mantenimiento de obras e instalaciones. Esta disposición extiende el ámbito de la Ley nº 109/1994 a los contratos mixtos de obras, de suministro y de servicios, así como a los contratos de suministro o de servicios que comprendan obras accesorias valoradas en más del 50 % del precio total del contrato de que se trate.

12 El artículo 3, apartado 3, del Decreto Legislativo nº 157/1995 establece que, en lo que respecta a los contratos mixtos de obras y de servicios, así como a los contratos de servicios que comprendan obras accesorias, las disposiciones de la Ley nº 109/1994 serán aplicables si las obras representan más del 50 % del precio total del contrato de que se trate.

13 El artículo 2, apartado 5, de la Ley nº 109/1994 excluye del ámbito de aplicación de dicha Ley las intervenciones directamente efectuadas por los particulares como deducción de las contribuciones pagadas por las autorizaciones para construir, así como las que resulten de las obligaciones del artículo 28, apartado 5, de la Ley nº 1150/1942, relativa al urbanismo (legge urbanistica), de 17 de agosto de 1942 (GURI nº 244, de 16 de octubre de 1942), en su versión modificada (en lo sucesivo, «Ley nº 1150/1942»). Dicho artículo 2, apartado 5, también excluye del ámbito de aplicación de la Ley las intervenciones análogas a las anteriormente mencionadas. Esta disposición precisa que, si el importe de las obras, considerado individualmente, excede el umbral comunitario, los particulares están obligados a adjudicarlos de conformidad con los procedimientos previstos en la Directiva 93/37.

14 En este sentido, de los artículos 1 y 31 de la Ley nº 1150/1942 y de los artículos 3 y 11 de la Ley nº 10, sobre normas en materia de edificación del suelo (norme in materia di edificabilità dei suoli), de 28 de enero de 1977 (GURI nº 27, de 29 de enero de 1977), en su versión modificada (en lo sucesivo, «Ley nº 10/1977»), se deduce que el propio titular de la licencia puede llevar a cabo las obras de urbanización, imputando el coste, total o parcialmente, a las tasas debidas.

15 Además de los contratos públicos de obras, la Ley nº 109/1994 regula determinados contratos públicos de servicios.

16 Así, el artículo 17, apartado 12, de dicha Ley permite a las entidades adjudicadoras atribuir, por medio del responsable del procedimiento, los contratos públicos de servicios que tengan por objeto labores de concepción y de dirección de obras de presupuesto menor de 100.000 euros a los sujetos contemplados en el apartado 1, letras d) a g), de dicho artículo 17 que cuenten con su confianza, después de haber verificado su experiencia y su capacidad profesional y motivando su elección.

17 A tenor del artículo 27, apartado 2, de la Ley nº 109/1994, siempre que la Administración contratante no pueda asumir la dirección de las obras, la atribuirá, por este orden, bien a otras administraciones públicas, bien al autor del proyecto según el mencionado artículo 17, apartado 4, de dicha Ley, o bien a otras personas preseleccionadas de acuerdo con los procedimientos previstos por la normativa nacional de adaptación del Derecho interno a las disposiciones comunitarias en la materia.

18 Al amparo del artículo 28, apartado 4, de la Ley nº 109/1994, las operaciones de control se asignan a uno, a dos o a tres técnicos alta y específicamente cualificados en función del tipo, de la complejidad y del importe de las obras, escogidos de entre quienes integren la Administración contratante, salvo que el responsable del procedimiento constate y certifique la falta de profesionales con tales cualificaciones.

19 El artículo 30, apartado 6 *bis*, de la misma Ley permite la misma posibilidad con respecto a las labores de comprobación que, en principio, se confían a las oficinas técnicas de las entidades adjudicadoras o a los organismos de control contemplados en la letra a) del mismo apartado.

20 Por otro lado, de los apartados 1, 3, 8, 9, 11, 12 y 13 del artículo 188 del DPR nº 554/1999 se infiere que, en los treinta días siguientes a la terminación de los trabajos o a la fecha de su entrega en el caso de que aún se esté procediendo a su control, el órgano de contratación encomienda la comprobación a sus colaboradores, según el tipo, la categoría, la complejidad y el importe de las actuaciones, así como de conformidad con unos criterios previamente fijados.

21 En el supuesto de que este personal no reúna las cualidades requeridas, se acudirá a especialistas externos inscritos en las listas elaboradas por el Ministerio de Obras Públicas, las regiones o las provincias autónomas.

22 A falta de dichas listas, los órganos de contratación pueden encargar discrecionalmente las labores de comprobación de la ejecución a personas que, en cualquier caso, posean las cualidades requeridas y cumplan los requisitos exigidos.

23 Los artículos 37 *bis* a 37 *quater* de la Ley nº 109/1994 tratan de la atribución de los contratos públicos de obras sufragados, en todo o en parte, por los particulares.

24 El artículo 37 *bis* de esta Ley habilita a los particulares para presentar a los órganos de contratación propuestas de obras públicas o de utilidad general y para suscribir los correspondientes contratos en los que se asuma la financiación y la gestión de las obras.

25 El artículo 37 *ter* de la misma Ley diseña el procedimiento para la selección del promotor. Así, prevé que la Administración contratante evalúe la viabilidad de las proposiciones presentadas atendiendo a la construcción, al urbanismo, al medio ambiente, a la calidad del proyecto, a la funcionalidad, a la utilización de la obra, a la accesibilidad de los usuarios, al rendimiento, a los gastos de gestión y de mantenimiento, a la duración de la concesión, a los plazos para realizar las obras de la concesión, a las tarifas, al método para su revisión, al valor económico y financiero de los planes y al contenido del proyecto de contrato. Dicha Administración debe comprobar que ningún elemento impide la ejecución de esas proposiciones y, tras haber examinado y comparado estas últimas y oído a los promotores que lo soliciten, indica qué propuesta resulta de interés general.

26 En este caso, con arreglo al artículo 37 *quater* de la Ley nº 109/1994, se acude a un trámite restringido para lograr la presentación de dos ofertas más. A continuación, la concesión se otorga en el marco de un procedimiento negociado en el que se examinan la propuesta del promotor inicialmente seleccionado y las otras ofertas. En el curso del procedimiento dicho promotor puede adaptar su

propuesta a aquello que la Administración contratante estime más conveniente, recayendo en él, en ese caso, la adjudicación.

El procedimiento precontencioso

27 La Comisión, tras recibir varias quejas sobre los efectos de la versión inicial de la Ley nº 109/1994, siguió el proceso de adopción del proyecto de Ley encaminado a modificar dicha Ley.

28 Una vez aprobada la Ley nº 166/2002, de 1 de agosto de 2002, por la que se modifica la Ley nº 109/1994, la Comisión remitió, el 19 de noviembre de 2002, un escrito de requerimiento a la República Italiana, indicándole que algunas disposiciones de la Ley nº 109/1994 aún le parecían incompatibles con el Derecho comunitario.

29 Mediante escrito de 26 de junio de 2003, la República Italiana reconocía la mayor parte de las imputaciones formuladas por la Comisión y le comunicaba su intención de modificar en consecuencia la normativa aplicable.

30 Sin embargo, al no haber procedido la República Italiana a realizar las modificaciones anunciadas, la Comisión le dirigió un dictamen motivado el 15 de octubre de 2003, en el cual le instaba a adoptar las medidas necesarias para atenerse a dicho dictamen en un plazo de dos meses a partir de su notificación.

31 Al considerar insatisfactoria la postura adoptada por la República Italiana en su escrito de 22 de abril de 2004, la Comisión, en virtud del artículo 226 CE, párrafo segundo, interpuso el presente recurso.

32 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 2005, se admitió la intervención de la República Francesa, el Reino de los Países Bajos y la República de Finlandia en apoyo de las pretensiones de la República Italiana. Únicamente el Reino de los Países Bajos y la República de Finlandia presentaron escritos de formalización de la intervención.

Sobre el recurso

33 El presente recurso se basa en seis motivos.

Sobre el primer motivo

34 El primer motivo se refiere a la normativa sobre contratos mixtos según queda recogida en la Ley nº 109/1994.

35 De lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, de dicha Ley, que tiene por objeto delimitar el concepto de obras públicas, se desprende que este concepto se refiere a la construcción, la demolición, la recuperación, la reestructuración, la

restauración y el mantenimiento de obras e instalaciones, siempre que éstas hayan sido adjudicadas por los sujetos contemplados en el apartado 2 del mismo artículo. El antedicho apartado 1 especifica que los contratos mixtos de obras, de suministro y de servicios, así como los contratos de suministro o de servicios que comprendan obras accesorias están sujetos a las disposiciones de la Ley nº 109/1994 si esas obras representan más del 50 % del precio total del contrato de que se trate.

36 Asimismo, el artículo 3, apartado 3, del Decreto Legislativo nº 157/1995 establece que, por lo que respecta a los contratos mixtos de obras y de servicios, así como a los contratos de servicios que comprendan obras accesorias, las disposiciones de la Ley nº 109/1994 serán aplicables si las obras representan más del 50 % del precio total del contrato de que se trate.

Alegaciones de las partes

37 La Comisión sostiene que el régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos ha de depender del objeto principal del contrato, determinado, entre otros parámetros, aunque no únicamente, por el valor de las diferentes prestaciones.

38 A este respecto, la Comisión alega que, al someter a la normativa sobre contratos públicos de obras los contratos en los que el elemento que constituyen las obras es el más importante desde el punto de vista económico, aunque tenga carácter accesorio con respecto a las otras prestaciones, la legislación italiana impide que pueda aplicarse la normativa comunitaria pertinente a numerosos contratos de servicios y de suministro cuyo valor estimado sea superior a los topes económicos de las Directivas 92/50 y 93/36, pero inferior al de la Directiva 93/37.

39 La República Italiana replica que, en espera de la modificación de los textos legales nacionales controvertidos, modificación a la que finalmente se procedió con el fin de dar respuesta a las objeciones de la Comisión, se había adoptado la Circular nº 2316 del Ministerio de Infraestructuras y Transporte, relativa a la normativa sobre contratos mixtos en el marco de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi), de 18 de diciembre de 2003 (GURI nº 79, de 3 de abril de 2004, p. 26), por medio de la cual se instaba a los poderes adjudicadores a respetar el principio conforme al cual, en presencia de un contrato mixto, a la hora de determinar la legislación aplicable, es necesario tener en cuenta el objeto principal del contrato con el fin de que el aspecto económico deje de ser el criterio preponderante a este respecto.

40 Según la República Italiana, la Ley nº 62, sobre disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones resultantes de la pertenencia de Italia a las Comunidades Europeas – Ley comunitaria 2004 (disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Communità europee, Legge comunitaria 2004), de 18 de abril de 2005 (suplemento ordinario de la GURI

nº 96, de 27 de abril de 2005; en lo sucesivo, «Ley comunitaria 2004»), adoptó también la mencionada solución.

41 La República de Finlandia estima que el valor económico es un criterio determinante a la hora de apreciar el objeto principal del contrato y que este enfoque sólo debe excluirse en situaciones excepcionales, a saber, cuando la utilización del criterio del valor económico tenga como finalidad impedir la aplicación del Derecho comunitario.

Apreciación del Tribunal de Justicia

42 Con carácter preliminar, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento deberá apreciarse en función de la situación del Estado miembro, tal como ésta se presentaba al finalizar el plazo señalado en el dictamen motivado (véanse, en particular, las sentencias de 10 de abril de 2003, Comisión/Francia, C-114/02, Rec. p. I-3783, apartado 9, y de 14 de julio de 2005, Comisión/Alemania, C-433/03, Rec. p. I-6985, apartado 32).

43 A este respecto, no puede tenerse en cuenta la adopción de medidas legales, reglamentarias o administrativas con posterioridad a la fecha de expiración de dicho plazo.

44 Por consiguiente, procede pronunciarse sobre la eventual existencia del incumplimiento alegado en el marco del presente motivo a la luz de la normativa en vigor el 15 de diciembre de 2003, fecha de expiración del plazo de dos meses concedido en el dictamen motivado de 15 de octubre de 2003, teniendo en cuenta que, en aquella fecha, aún no se había adoptado ni la circular mencionada en el apartado 39 de la presente sentencia ni la normativa nacional citada en el apartado 40.

45 En cuanto al concepto de «contratos públicos de obras», en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, procede señalar que dicho concepto se refiere a los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b) de este artículo, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de las obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II de esta Directiva o de una obra definida en la letra c) del antedicho artículo 1, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

46 Por otro lado, del considerando decimosexto de la Directiva 92/50, en relación con el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, resulta que un contrato sólo se considerará contrato público de obras si su objeto responde a la definición dada en el apartado precedente y que las obras que son accesorias y no forman parte del objeto del contrato no pueden justificar la clasificación de éste como contrato público de obras.

47 Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria sobre contratación pública debe en principio aplicarse (véase la sentencia de 18 de abril de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 37).

48 En particular, de este modo, el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 está vinculado al objeto principal del contrato, el cual debe determinarse en el marco de un examen objetivo del conjunto de dicho contrato.

49 Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato, pues la cuantía respectiva de las diferentes prestaciones que forman parte del contrato tan sólo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a dicha determinación.

50 De cuanto antecede se deduce que, tal y como indicó el Abogado General en los puntos 38 y 74 de sus conclusiones, la cuantía de las obras no puede erigirse siempre, salvo que se ignoren las exigencias de la Directiva 93/37, como el criterio exclusivo que permita la aplicación de la Ley nº 109/1994 a un contrato mixto, cuando dichas obras sean tan sólo accesorias.

51 La norma establecida en el artículo 2, apartado 1, de la Ley nº 109/1994 tiene también por efecto el que se ignoren las exigencias de las Directivas 92/50 y 93/36, en la medida en que su aplicación puede dar lugar a que no queden sujetos a los procedimientos previstos por estas Directivas determinados contratos mixtos, a saber, aquellos en los que el importe de las obras, aunque accesorias, represente más del 50 % del precio total, siendo éste inferior al umbral fijado por la Directiva 93/37, aunque alcance los umbrales establecidos por las Directivas 92/50 y 93/36.

52 Por tanto, procede declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, al haber adoptado el artículo 2, apartado 1, de la Ley nº 109/1994.

Sobre el segundo motivo

53 El segundo motivo se refiere a la atribución directa de trabajos u obras al titular de una licencia de construcción o de un plan de urbanismo aprobado, si esas actuaciones no superan los topes económicos de la Directiva 93/37.

54 Con arreglo al artículo 2, apartado 5, de la Ley nº 109/1994, las intervenciones directamente efectuadas por los particulares en deducción de las contribuciones correspondientes a las autorizaciones para el ejercicio de la actividad de construcción, las resultantes de las obligaciones del artículo 28, apartado 5, de la Ley nº 1150/1942 y las obras análogas a estas dos categorías de intervenciones

están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley nº 109/1994. No obstante, el antedicho artículo 2, apartado 5, precisa que, si el importe de las obras, considerado individualmente, excede los umbrales establecidos por las normas comunitarias aplicables, la adjudicación del contrato debe realizarse de conformidad con los procedimientos previstos en la Directiva 93/37.

55 Asimismo, de los artículos 1 y 31 de la Ley nº 1150/1942 y de los artículos 3 y 11 de la Ley nº 10/1977 se deduce que el propio titular de la licencia puede llevar a cabo por sí mismo las obras de urbanización, imputando el coste, total o parcialmente, a las tasas de urbanización debidas.

Alegaciones de las partes

56 La Comisión alega, por un lado, que las previsiones de la Ley nº 109/1994, en relación con las disposiciones pertinentes de las Leyes nºs 1150/1942 y 10/1977, autorizan la asignación directa de trabajos u obras que constituyen contratos públicos de obras en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 al titular de una licencia de obras o de un plan de urbanización autorizado, sin garantizar mediante disposiciones expresas la aplicación de los principios de transparencia y de igualdad de trato enunciados en el Tratado CE, que se han de respetar aunque el presupuesto sea inferior al umbral de aplicación de dicha Directiva.

57 Por otro lado, sostiene que para determinar si se alcanza dicho umbral se ha de calcular el valor total de los trabajos u obras cubiertos por el convenio celebrado entre el particular y la administración, debiendo considerarse dichos trabajos u obras como diferentes lotes de un mismo contrato. A su entender, el hecho de que, conforme a la normativa nacional, los procedimientos de licitación sólo sean aplicables si dicho convenio tiene por objeto obras cuyos presupuestos, considerados individualmente, superan el umbral de aplicación de las normas comunitarias en la materia, incumple, por consiguiente, las exigencias de la Directiva 93/37, pues excluye del ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales, mediante las cuales se adapta el Derecho interno a dichas exigencias, contratos cuyo valor global es superior a dicho tope, debido a la insuficiencia de las cuantías correspondientes a cada una de las prestaciones que dichos contratos implican.

58 Según la República Italiana, en lo que respecta, en primer lugar, a las obras de urbanización de un valor inferior al tope económico de la normativa comunitaria y ejecutadas por el titular de una licencia de obras o de un plan de urbanización aprobado, no es necesario, en la fase de trasposición, recordar específicamente las normas del Tratado en materia de publicidad y de competencia ni las correspondientes interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia.

59 En segundo lugar, la República Italiana subraya las peculiaridades del sector urbanístico, en el que los constructores sustituyen a las entidades locales, así como

las características específicas de los convenios de urbanización celebrados entre estas entidades y los constructores.

60 Según la República Italiana, dichos convenios implican para la entidad local de que se trate únicamente la obligación de expedir licencias de obras, quedando a cargo del constructor la realización de las obras de acondicionamiento de la zona en cuestión, sobre la base de proyectos que deben ser aprobados por dicha entidad local.

61 En su opinión, el haber encomendado al mismo constructor la realización de múltiples obras, de por sí heterogéneas, no puede implicar, a causa únicamente de que dicho constructor sea el propietario de los terrenos en cuestión, la obligación de incorporar estas obras a los efectos de la aplicación de la Directiva 93/37. La República Italiana subraya, a este respecto, que, en la sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, Rec. p. I-5409), el Tribunal de Justicia se pronunció sobre una situación distinta a la del caso de autos, en la medida en que se trataba de la realización de una obra de carácter manifiestamente unitario.

62 Según el Reino de los Países Bajos, los contratos públicos cuyo valor se sitúa por debajo de los topes económicos previstos por las Directivas en la materia no se ven afectados por el principio de transparencia. Asimismo, añade que las propias Directivas prevén expresamente determinadas excepciones, al haber optado el legislador comunitario, en esos supuestos, por dar la prioridad a otros intereses distintos de la transparencia.

63 La República de Finlandia sostiene que los contratos cuyo valor es inferior a los topes establecidos por dichas Directivas, aunque están, por esta razón, excluidos de su ámbito de aplicación, se encuentran sujetos a las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de mercancías y de servicios, así como de libertad de establecimiento.

64 Por consiguiente, a su entender, la normativa nacional, por lo que respecta a dichos contratos, no debe establecer una obligación específica de publicidad o de apertura a la competencia.

Apreciación del Tribunal de Justicia

65 En primer lugar, procede señalar que el legislador comunitario ha optado expresamente y por principio por dejar los contratos inferiores a un determinado tope fuera del régimen de publicidad que ha establecido, sin imponer, por tanto, ninguna obligación específica por lo que a ellos respecta.

66 Por otro lado, cuando queda acreditado que un contrato de este tipo presenta un interés transfronterizo cierto, la adjudicación, sin transparencia alguna, de este contrato a una empresa establecida en el Estado miembro de la entidad adjudicadora constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas

situadas en otro Estado miembro que puedan tener interés en dicho contrato. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otros Estados miembros, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 43 CE y 49 CE (véase, en este sentido, por lo que respecta a la Directiva 92/50, la sentencia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03, Rec. p. I-0000, apartados 30 y 31 y la jurisprudencia citada).

67 En la medida en que, por una parte, tal y como ha señalado el Abogado General en el punto 56 de sus conclusiones, con arreglo al artículo 249 CE, las directivas obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse y, por otra parte, en la medida en que el legislador comunitario ha excluido, en particular, a través del establecimiento de umbrales, determinados contratos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/37, los Estados miembros no están obligados a adoptar, en la normativa por medio de la cual adaptan su Derecho interno a esta Directiva, disposiciones que recuerden la obligación de respetar los artículos 43 CE y 49 CE, obligación que sólo se aplica cuando concurren los requisitos mencionados en el apartado precedente de la presente sentencia.

68 La abstención, a este respecto, del legislador italiano, en lo referente a los contratos públicos que impliquen obras de urbanización de un valor inferior al umbral de aplicación de la Directiva 93/37 ejecutadas por el titular de una licencia de obras o de un plan de urbanización aprobado, en el supuesto en que se haya acreditado la existencia de un interés transfronterizo cierto, no cuestiona, sin embargo, la aplicabilidad de los artículos 43 CE y 49 CE a dichos contratos.

69 Por tanto, debe desestimarse el segundo motivo en la medida en que se basa en el incumplimiento de las normas fundamentales del Tratado.

70 En segundo lugar, en cuanto al ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 5, de la Ley nº 109/1994, a la luz de lo establecido por la Directiva 93/37, procede primero recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la circunstancia de que una disposición de Derecho nacional que prevé la realización directa, por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado, de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, forme parte de un conjunto de reglas en materia de urbanismo que tienen características propias y que persiguen una finalidad específica, distinta de la de la Directiva 93/37, no basta para excluir la realización directa del ámbito de aplicación de esta última, cuando se cumplen los requisitos exigidos para incluirla en dicho ámbito (véase la sentencia Ordine degli Architetti y otros, antes citada, apartado 66).

71 Dicha realización debe, por tanto, estar sujeta a los procedimientos previstos por la Directiva 93/37 cuando reúne los requisitos enunciados por esta última para que

pueda considerarse un contrato público de obras y, en particular, cuando concurre el elemento contractual requerido por el artículo 1, letra a), de esta Directiva y el valor de la obra iguala o supera el umbral establecido en su artículo 6, apartado 1.

72 Asimismo, del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 93/37 se desprende que, cuando una obra esté dividida en varios lotes, cada uno de los cuales sea objeto de un contrato, el valor de cada lote se tomará en cuenta para evaluar el importe indicado en el apartado 1 del mismo artículo, el cual va a determinar si esta Directiva debe aplicarse o no a todos los lotes. Por otro lado, con arreglo al artículo 6, apartado 4, de esta misma Directiva, no se podrá fraccionar ninguna obra ni contrato con objeto de sustraerse a la aplicación de ésta.

73 Por consiguiente, tal como señala el Abogado General en el punto 88 de sus conclusiones, cuando el convenio celebrado entre un particular, propietario de terrenos que se van a urbanizar, y la Administración municipal responde a los criterios de definición del concepto de «contrato público de obras» en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, recordados en el apartado 45 de la presente sentencia, el valor estimado que, en principio, debe tomarse en consideración con el fin de comprobar si se alcanza el tope establecido por esta Directiva y si, por tanto, la adjudicación del contrato debe respetar las normas de publicidad que ésta establece, sólo puede determinarse a la luz del valor total de los diferentes trabajos y obras obtenido mediante la suma de los valores de los diferentes lotes.

74 Al prever un procedimiento de adjudicación conforme a lo dispuesto en la Directiva 93/37 únicamente en el caso de que la cuantía estimada de cada uno de esos lotes, considerado individualmente, exceda el umbral de aplicación de la Directiva, la normativa italiana es contraria a dicha Directiva.

75 De las consideraciones anteriores se desprende que el artículo 2, apartado 5, de la Ley nº 109/1994 incumple las exigencias de la Directiva 93/37, ya que limita indebidamente la utilización de los procedimientos que ésta establece.

Sobre el tercer motivo

76 El tercer motivo se refiere a la asignación de las tareas de concepción, de dirección y de comprobación de las obras en el marco de contratos públicos de servicios de una cuantía inferior a los umbrales de aplicación de las disposiciones comunitarias en la materia.

77 Conforme a los artículos 17, apartado 12, y 30, apartado 6 *bis*, de la Ley nº 109/1994, los contratos públicos de servicios que tengan por objeto labores de concepción y de dirección de obras, así como labores de comprobación de la ejecución de éstas, y cuyo presupuesto sea inferior al umbral de aplicación de la Directiva 92/50, pueden adjudicarse a las personas que cuenten con la confianza del órgano de contratación.

Alegaciones de las partes

78 La Comisión critica estas disposiciones, que, a su juicio, autorizan la utilización de un modo de adjudicación de los contratos públicos de servicios de que se trata que excluye toda forma de publicidad, basándose en que, aunque estos contratos no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, continúan estando sujetos a las normas del Tratado relativas a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, así como a los principios de no discriminación, igualdad de trato, proporcionalidad y transparencia.

79 La República Italiana alega que todas las normas de Derecho derivado deben interpretarse sobre la base de los principios generales del Tratado y que cualquier interpretación que se aleje de éstos es ilegal. A su entender, en cualquier caso, la eventual ilegalidad sólo podría resultar de una mala aplicación de la norma a un caso concreto. Por tanto, a su juicio, en la fase de trasposición de la normativa comunitaria no puede existir una obligación de referirse específicamente a las disposiciones del Tratado.

80 Asimismo, añade que una circular ministerial había advertido a los poderes adjudicadores acerca de la exigencia de respetar los principios generales de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, y que, de todas formas la atribución directa de los contratos de que se trata a personas de confianza solo puede producirse una vez que se haya comprobado su experiencia y su capacidad profesional.

Apreciación del Tribunal de Justicia

81 Ha quedado demostrado, tal como se ha señalado en el apartado 66 de la presente sentencia, que los contratos públicos de servicios que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 pero que presentan un interés transfronterizo cierto, continúan estando sometidos a las libertades fundamentales previstas en el Tratado con arreglo a los requisitos especificados por la jurisprudencia recordada en dicho apartado.

82 Puesto que, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por esta jurisprudencia, las obligaciones derivadas del Derecho primario relativas a la igualdad de trato y a la transparencia deben aplicarse de pleno Derecho a estos contratos, excluidos, sin embargo, del ámbito de aplicación de dicha Directiva debido a su cuantía, no puede exigirse que la normativa nacional que adapta el Derecho interno a esa Directiva las recuerde expresamente.

83 Por lo tanto, procede desestimar el tercer motivo.

Sobre los motivos cuarto y quinto

84 El cuarto motivo se refiere a las disposiciones del artículo 27, apartado 2, de la Ley nº 109/1994, según las cuales, cuando la Administración contratante no pueda

llevar a cabo la dirección de las obras que, en principio, corresponde a sus oficinas técnicas, ésta se atribuirá al autor del proyecto según el artículo 17, apartado 4, de dicha Ley.

85 El quinto motivo está relacionado con la asignación de las operaciones de control y las labores de comprobación de obras públicas según se regula en los artículos 28, apartado 4, de la Ley nº 109/1994 y 188 del DPR nº 554/1999. De la lectura de ambas disposiciones se desprende que, si bien estas tareas corresponden en principio a las oficinas técnicas de la Administración contratante, en caso de falta de personal constatada y certificada por el responsable del procedimiento, la Administración puede atribuir dichas tareas a terceros inscritos en las listas elaboradas con este fin por el Ministerio de Obras Públicas, sin recurrir a los procedimientos de licitación.

Alegaciones de las partes

86 La Comisión estima que, en la medida en que permiten atribuir directamente, sin licitación, los contratos públicos de servicios en cuestión, las disposiciones de los artículos 27, apartado 2, y 28, apartado 4, de la Ley nº 109/1994 infringen, dependiendo de la cuantía de dichos contratos, bien las Directivas 92/50 y 93/38, bien los artículos 43 CE y 49 CE.

87 La República Italiana replica que tomó en consideración las críticas formuladas por la Comisión y modificó consecuentemente su normativa al adoptar la Ley comunitaria 2004.

Apreciación del Tribunal de Justicia

88 Con carácter preliminar, procede subrayar que, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 42 de la presente sentencia, en el marco de la apreciación de los motivos formulados por la Comisión únicamente debe tenerse en cuenta la normativa nacional en vigor el 15 de diciembre de 2003.

89 En primer lugar, procede señalar que las únicas excepciones permitidas a la aplicación de las Directivas 92/50 y 93/38 son las mencionadas taxativa y expresamente en ellas (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 43, y de 11 de mayo de 2006, Cabotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 45).

90 Pues bien, como ha señalado el Abogado General en el punto 101 de sus conclusiones, las actividades de dirección y las labores de comprobación de obras están incluidas en la categoría 12 del anexo I A de la Directiva 92/50 y del anexo XVI A de la Directiva 93/38.

91 A este respecto, por una parte, del artículo 8 de la Directiva 92/50 se desprende que los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el antedicho anexo I A se adjudicarán, en particular, con arreglo a lo dispuesto en el título III

de esta Directiva, dedicado a la elección del procedimiento de adjudicación, y, por otra parte, del artículo 15 de la Directiva 93/38 se desprende que los contratos de suministro y de obras, así como los contratos que tengan por objeto los servicios enumerados en el mencionado anexo XVI A se adjudicarán, en particular, con arreglo a lo dispuesto en el título IV de esta última Directiva relativo a los procedimientos de adjudicación.

92 Por consiguiente, en la medida en que la asignación de las actividades de dirección de obras debe realizarse conforme a las normas establecidas por las Directivas 92/50 y 93/38, la atribución directa al autor del proyecto, tal como se desprende del artículo 27, apartado 2, de la Ley nº 109/1994 infringe estas Directivas en lo que respecta a los contratos que, debido a su cuantía, están incluidos en su ámbito de aplicación.

93 Asimismo, en la medida en que la asignación de las actividades de comprobación de obras debe realizarse conforme a las normas establecidas por las Directivas 92/50 y 93/38, la atribución a terceros con arreglo a los requisitos indicados en los artículos 28, apartado 4, de la Ley nº 109/1994 y 188 del DPR nº 554/1999 infringe dichas Directivas en lo que atañe a los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación.

94 En segundo lugar, en cuanto a los contratos en los que el valor de los servicios de que se trate sea inferior al umbral de aplicación de las Directivas 92/50 y 93/38, la inexistencia, en las disposiciones nacionales aplicables, de una mención expresa relativa a la aplicación de las obligaciones derivadas del Tratado no supone, tal como se ha dicho en los apartados 68 y 82 de la presente sentencia, que no se exija el respeto del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia a la hora de adjudicar estos contratos cuando concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia recordada en el apartado 66 de la presente sentencia.

95 Por tanto, deben desestimarse los motivos cuarto y quinto en la medida en que se refieren a la infracción de los artículos 43 CE y 49 CE, pero están fundados con respecto a todo lo demás.

Sobre el sexto motivo

96 El sexto motivo se refiere a los artículos 37 *bis* a 37 *quater* de la Ley nº 109/1994, en virtud de los cuales las administraciones pueden permitir la ejecución, por parte de sujetos ajenos a ellas, de obras públicas susceptibles de explotación comercial con arreglo a un procedimiento de adjudicación específico. En una primera fase, se invita a los terceros a que, en condición de promotores, hagan propuestas encaminadas a firmar concesiones, en las que asuman los gastos, en todo o en parte. Una vez evaluadas dichas propuestas, se seleccionan las de interés público, en una segunda fase, en la que se abre, para cada una de las seleccionadas, un procedimiento de licitación restringido encaminado a seleccionar dos ofertas.

97 A continuación, la Administración contratante inicia un procedimiento negociado con el promotor y los otros terceros que hayan presentado las dos mejores ofertas en el marco de dicho procedimiento de licitación, contando el promotor con la posibilidad de adaptar su propuesta a aquella que la Administración contratante estime más conveniente.

Alegaciones de las partes

98 La Comisión alega que esta normativa puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato.

99 En efecto, la Comisión estima que las modalidades de licitación de la concesión favorecen doblemente al promotor con respecto al resto de los competidores potenciales.

100 A su entender, de este modo, por una parte, el promotor es automáticamente llamado a participar en el procedimiento negociado dirigido a adjudicar la concesión, con independencia de cualquier comparación entre su propuesta y las ofertas presentadas por los participantes en la licitación.

101 Por otra parte, según la Comisión, el promotor tiene la posibilidad de modificar su propuesta en el curso del procedimiento negociado con el fin de adaptarla a la oferta que la Administración contratante juzgue más conveniente. En concreto, a su juicio, esta ventaja equivale a reconocerle a dicho promotor un derecho de prioridad en la adjudicación de la concesión.

102 La República Italiana señala que la Ley comunitaria 2004, mencionada en el apartado 40 de la presente sentencia, tomó en consideración las objeciones de la Comisión.

Apreciación del Tribunal de Justicia

103 Del artículo 38, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y de la jurisprudencia al respecto resulta que la demanda debe contener la cuestión objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados, y que esta indicación debe ser suficientemente clara y precisa para permitir a la parte demandada preparar su defensa y al Tribunal de Justicia ejercer su control. De ello se desprende que los elementos esenciales de hecho y de Derecho en los que se basa un recurso deben deducirse de modo coherente y comprensible del propio texto del escrito de interposición del recurso y que las pretensiones de éste deben ser formuladas de manera inequívoca para que el Tribunal de Justicia no resuelva *ultra petita* o bien omita pronunciarse sobre una imputación (sentencia de 26 de abril de 2007, Comisión/Finlandia, C-195/04, Rec. p. I-3351, apartado 22 y la jurisprudencia citada).

104 En el caso de autos, el escrito de recurso de la Comisión no cumple tales exigencias en lo que se refiere al presente motivo.

105 En efecto, mediante su recurso la Comisión solicita que se declare que la República Italiana ha incumplido determinadas obligaciones que le imponen las Directivas 92/50, 93/36, 93/37 y 93/38, así como los artículos 43 CE y 49 CE. Pues bien, en el marco de este motivo, la Comisión no indica cuál de estas Directivas o disposiciones del Tratado ha infringido concretamente la República Italiana al haber supuestamente incurrido en una vulneración del principio de igualdad de trato.

106 Además, por lo que se refiere a los artículos 43 CE y 49 CE, hay que decir que éstos no establecen una obligación general de igualdad de trato, sino que contienen, tal como se desprende de la jurisprudencia citada en el apartado 66 de la presente sentencia, una prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. Pues bien, la Comisión no proporciona ninguna indicación sobre la eventual existencia de este tipo de discriminación en el marco del presente motivo.

107 Por lo tanto, debe declararse la inadmisibilidad del sexto motivo.

108 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede declarar que la República Italiana:

– ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, al haber adoptado el artículo 2, apartado 1, de la Ley nº 109/1994;

– ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al haber adoptado el artículo 2, apartado 5, de dicha Ley;

– ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 92/50 y 93/38, al haber adoptado los artículos 27, apartado 2, y 28, apartado 4, de la misma Ley.

Costas

109 A tenor del artículo 69, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas o decidir que cada parte abone sus propias costas. Al haber sido, por un lado, desestimados parcialmente los motivos segundo, cuarto y quinto, así como el tercer motivo de la Comisión y haberse declarado la inadmisibilidad de su sexto motivo, y, por otro lado, al haberse desestimado las pretensiones de la República Italiana correspondientes al primer motivo y parcialmente las correspondientes a los motivos segundo, cuarto y quinto, procede resolver que cada una de las partes soporte sus propias costas.

110 Según el artículo 69, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros que hayan intervenido en el litigio soportarán sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

1) Declarar que la República Italiana:

– **ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 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, al haber adoptado el artículo 2, apartado 1, de la Ley nº 109, Ley marco en materia de obras públicas (legge quadro in materia di lavori pubblici), de 11 de febrero de 1994, en su versión modificada por la Ley nº 166, de 1 de agosto de 2002;**

– **ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, en su versión modificada, al haber adoptado el artículo 2, apartado 5, de dicha Ley, en su versión modificada;**

– **ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 92/50 y 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, al haber adoptado los artículos 27, apartado 2, y 28, apartado 4, de la misma Ley, en su versión modificada.**

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) La Comisión de las Comunidades Europeas y la República Italiana cargarán con sus propias costas.

4) La República Francesa, el Reino de los Países Bajos y la República de Finlandia cargarán con sus propias costas.

Firmas

Seminari Dret Local

Federació de Municipis de Catalunya

MODIFICACIÓ D'ORDENANCES FISCALS PER A 2009

Angela Acín Ferrer

Barcelona, 17 d'octubre de 2008

INDEX

MODIFICACIÓ D'ORDENANCES FISCALS PER A 2009

Presentació de la sessió de treball.....2

Importància de les Ordenances 2

Contingut de les Ordenances fiscals.....3

Aprovació de les Ordenances fiscals i de les seves modificacions.....3

Impugnació de les Ordenances fiscals.....4

- Qüestió de prejudicialitat 5
- Impugnació de les autoliquidacions 6

Algunes notes sobre ordenances fiscals.....7

- De l'Impost sobre béns immobles
- Sobre la modificació de l'Ordenança d'IAE
- Sobre la modificació de l'Ordenança d'IVTM
- Sobre modificació de l'Ordenança de l'IVTNU
- Sobre l'Ordenança de l'ICIO

Tributació de la telefonia mòbil.....12
- Referència ordenança tipus Diputació.....12
- Informe tècnic-econòmic, base per a la determinació dels imports de la taxa per aprofitament especial del domini públic municipal, a favor d'empreses explotadores de serveis de subministraments d'interès general, regulada en l'Ordenança fiscal núm. 15

Transparències.....33

Presentació de la sessió

En el temps de què disposem, parlarem d'alguns aspectes que pot ser interessant tenir en compte a l'hora de plantejar la modificació d'ordenances fiscals per a 2009.

En primer lloc, una referència a la importància de seguir amb el màxim rigor el procediment establert als articles 15 a 19 del Text Refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals (endavant TRHL).

A continuació un breu comentari sobre determinats punts relatius a les ordenances tipus proposades per la Diputació de Barcelona i publicades al BOP de 29-9-2008.

Finalment, amb els minuts restants parlarem de l'ordenança reguladora de la taxa per aprofitament especial del domini públic del què gaudeix la telefonia mòbil. Farem, en aquest apartat especial esmena de l'informe econòmic, fonamental en la preparació de l'expedient d'imposició i/o ordenació de taxes.

Importància de les Ordenances

Les Ordenances fiscals són la norma reglamentària mitjançant la qual les Entitats locals poden exercitar les potestats que, en matèria de tributs locals, la Llei Estatal els confereix.

El reconeixement de la potencialitat de les ordenances fiscals municipals és cada cop més clar. Així, la disposició addicional quarta, apartat 3 de la LGT estableix: "Les entitats locals, dins de l'àmbit de les seves competències, podran desenvolupar el disposat en aquesta llei mitjançant l'aprovació de les corresponents ordenances fiscals".

D'altra banda, i en ordre a complir el principi de legalitat, que el Tribunal Constitucional ha imposat per a l'exigibilitat dels ingressos locals "coactius", les Ordenances tenen un paper transcendental; així es dedueix de les Sentències del Tribunal Constitucional núm.185/1995, de 14 de desembre i 233/1999, de 28 de desembre.

En les sentències citades l'Alt Tribunal ha deixat clar que la imposició coactiva de les prestacions patrimonials de caràcter públic ha de sotmetre's al principi de reserva de llei. Si bé, es matisa que es tracta d'una reserva relativa, en la qual, encara quan els criteris o principis que han de regir la matèria s'han de contenir en una llei, resulta admissible la col·laboració del reglament, sempre que l'esmentada col·laboració es produeixi en termes de subordinació, desenvolupament i complementarietat.

Podem convenir que quan en el nostre àmbit local, s'exigeix que respectem el principi de legalitat en la regulació d'un ingrés que ens proposem exigir, s'està fent referència a l'aprovació d'una Ordenança fiscal per l'òrgan competent i amb el procediment determinat als articles 15 a 19 del TRHL.

<u>Principi d'irretroactivitat</u>

Amb caràcter general, les modificacions de les Ordenances fiscals han d'estar definitivament aprovades i publicades en el BOP abans de la data d'acreditament del tribut que regulen.

És per això que, quan es tracta dels imposts de venciment periòdic que es meriten per mandat legal l'1 de gener de cada exercici, o de les taxes respecte a les quals l'Ajuntament ha fixat el seu acreditament en l'esmentada data, és necessari que els preceptes modificats es publiquin en el BOP abans de l'1 de gener. Només quan la Llei prevegi la retroactivitat de l'Ordenança, és possible aplicar la modificació a situacions anteriors a la data de publicació de la mateixa.

Contingut de les Ordenances fiscals

Dels articles 15.1 i 16.1 del TRHL resulta que, llevat d'en els imposts de caràcter obligatori, les Ordenances fiscals contindran, almenys:

a) La determinació del fet imposable, subjecte passiu, responsables, exempcions, reduccions i bonificacions, base imposable i liquidable, tipus de gravamen o quota tributària, període impositiu i acreditament.
b) Els règims de declaració i d'ingrés.
c) Les dates de la seva aprovació i del començament de la seva aplicació.

En les Ordenances reguladores dels Imposts sobre Béns Immobles, sobre Activitats Econòmiques i sobre Vehicles de Tracció Mecànica, la LRHL no requereix un contingut mínim ja que, en estar configurat com a obligatoris, la seva exigibilitat no pot dependre de la vigència d'una Ordenança. No obstant això, considerem que aquestes Ordenances, per referir-se als ingressos tributaris municipals més importants, han de poder informar als interessats d'aspectes tan essencials -i de vegades poc clars- com són l'evolució normativa o la interpretació jurisprudencial.

Respecte a les taxes, per prestació de serveis, o per utilització privativa o aprofitament especial del domini públic local, el TRHL, concedeix un protagonisme notable a les Ordenances, com a instrument per determinar els criteris i paràmetres que permetin definir les quanties de les taxes, l'acreditament de les mateixes o la possibilitat d'establir convenis de col·laboració amb organitzacions representatives dels subjectes passius.

Interessa també comentar l'article 15.1 de la TRHL, segons el qual:

"Llevat dels supòsits previstos a l'article 60.1 de la present Llei, les Entitats locals hauran d'acordar la imposició i supressió dels seus tributs propis, i aprovar les corresponents Ordenances fiscals reguladores dels mateixos. "

Deduïm d'aquesta prescripció que, llevat d'en l'IBI, l'IAE i l'IVTM, per a l'exigibilitat de qualsevol altre tribut és precís adoptar l'acord d'imposició i aprovar la corresponent Ordenança Fiscal.

Aprovació de les Ordenances fiscals i de les seves modificacions

Des de la modificació de l'article 47 de la Llei 7/1985, de Bases de Règim Local, per la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per a la modernització del Govern Local, per a l'aprovació de les ordenances és necessari quòrum de majoria simple. Existeix majoria simple quan els vots afirmatius dels membres presents són més que els negatius.

Després de l'aprovació provisional, s'anunciarà al Butlletí Oficial de la Província l'exposició pública, que tindrà lloc al tauler d'anuncis de l'Ajuntament durant trenta dies com a mínim. El període d'exposició pot ser més gran si l'estableix el Reglament de la Corporació, o si així es fixa en l'acord de l'aprovació provisional.

L'anunci d'exposició no ha de contenir el text modificat.

Es pot presentar reclamacions pels interessats legítims, concepte que s'ha d'interpretar molt àmpliament.

Les reclamacions han de ser resoltes expressament pel Ple sense que es puguin decidir per silenci administratiu.

Si, com a conseqüència de la resolució de reclamacions es produís una alteració substancial de l'Ordenança aprovada provisionalment, sembla que s'hauria de procedir a un nou període d'exposició pública.

Si no s'haguessin interposat reclamacions, l'Ordenança quedarà definitivament aprovada sent una previsió legal que, en aquest cas, l'aprovació provisional es converteixi en definitiva i sense que pugui confondre's amb la figura del silenci.

Després de l'aprovació definitiva, s'ha de publicar en el BOP el text íntegre de l'ordenança nova, o de la modificació (recollint la nova redacció dels articles afectats).

La no publicació en el BOP impedeix la vigència de l'Ordenança.

Impugnació de les Ordenances fiscals

Contra l'aprovació definitiva de l'Ordenança, o de la seva modificació, es pot interposar recurs contenciós administratiu directament en el termini de dos mesos comptats des del dia següent al de publicació en el BOP, segons el previst a l'article 46.1 de la Llei 29/1998, Reguladora de la Jurisdicció Contenciós-Administrativa.

Quant a la possibilitat de formular recurs de reposició previ, no cap perquè l'article 107.3 de la Llei 30/92, de Règim Jurídic i Procediment Administratiu Comú estableix que "contra les disposicions administratives de caràcter general no cabrà recurs en via administrativa".

El recurs contenciós-administratiu contra l'Ordenança s'interposarà davant del Tribunal Superior de Justícia competent, que coneixerà en única instància de les disposicions generals emanades de les Entitats locals (art. 10.1.b) LJCA).

Contra les sentències dictades pels Tribunals Superiors de Justícia, en matèria d'Ordenances fiscals, es pot interposar recurs de cassació davant del Tribunal Suprem (art. 86 LJCA).

A efectes d'interposar recurs jurisdiccional, és intranscendent que s'hagi formulat o no reclamacions en el període d'exposició pública, així com que aquestes hagin estat desestimades, o que s'invoquin motius diferents.

A més de la impugnació directa de l'Ordenança, es pot impugnar els actes dictats en aplicació de la mateixa fonamentant el recurs en que disposicions de l'Ordenança no són conforme a dret, d'acord amb el previst a l'article 26 de la LJCA.

Aquesta impugnació indirecta es pot donar amb independència que s'hagi recorregut o no directament l'Ordenança i al marge del resultat d'aquest recurs.

Respecte a les causes en què es pot fonamentar la impugnació indirecta de l'Ordenança, amb caràcter general només s'han admès com motius de cassació aquells encaminats a contrastar la legalitat de la disposició de caràcter general, descartant els que es refereixin a la conformitat a dret dels actes administratius d'aplicació.

Ens preocupa que els motius pels quals els Tribunals declaren la nul·litat de les ordenances, en una impugnació indirecta, s’estan ampliant, arribant a la inexistència, o manifesta insuficiència dels informes econòmics en les taxes; un motiu més per remarcar la transcendència d’incorporar a l’expedient l’informe econòmic més complet possible.

També hem de tenir present que l'article 27 de la LJCA disposa que quan un Jutge o Tribunal del Contenciós-administratiu hagués dictat sentència ferm estimatòria per considerar il·legal el contingut de la disposició general aplicada, haurà de plantejar la qüestió d'il·legalitat davant del Tribunal competent per conèixer del recurs directe contra la disposició.

Respecte als efectes de l'anul·lació d'una Ordenança fiscal hem de recordar que les sentències anul·latòries d'un precepte de l'Ordenança no afectaran per si mateixes als actes administratius ferms que l'hagin aplicat abans de la seva anul·lació (art. 73 LJCA). És gairebé unànime la doctrina i la jurisprudència en declarar que no procedeix la devolució d'ingressos indeguts quan es tracta de l'ingrés realitzat per satisfer una liquidació tributària que va quedar ferma i consentida, encara quan posteriorment s'anul·li la norma que li va donar cobertura.

És per això que, podem concloure quant als efectes de l'anul·lació de l'Ordenança, que:

a) En tot cas per als actes posteriors a la sentència s'ha de respectar el seu mandat i, si és necessari, corregir les Ordenances d'anys posteriors, en les quals es contingui el mateix defecte que ha originat l'anul·lació.
b) Pel que respecta a les liquidacions consentides, que no van ser impugnades a temps, s'entén que són fermes i que no es veuen afectades per l'anul·lació, excepte que pel Tribunal s'ordeni una altra fórmula d'execució.

És de gran importància poder efectuar aquesta lectura per evitar la devolució de grans quantitats que originaria efectes molt lesius per a la Corporació.

Confirma aquesta interpretació l'article 19.2 del TRHL, segons el qual:

"Si per resolució judicial ferma resultessin anul·lats o modificats els acords locals o el text de les Ordenances fiscals, l'Entitat local vindrà obligada a adequar als termes de la sentència totes les actuacions que dugui a terme amb posterioritat a la data en la qual aquella li sigui notificada. Llevat de que expressament ho prohibís la sentència, es mantindran els actes ferms o consentits dictats a l'empara de l'Ordenança que posteriorment resulti anul·lada o modificada. "

<u>Qüestió de prejudicialitat</u>

En relació als efectes de la situació de pendència d'una impugnació de les ordenances fiscals, mereix ser comentada la sentència del Tribunal Suprem, dictada en resoldre un recurs de cassació en interès de la llei formulat per l'ORGT i la decisió del qual ha estat publicada en el BOE de 28-6-05.

L'objecte de litigi el constituïa la decisió del Tribunal Superior de Justícia que, davant de les ordenances fiscals reguladores de la taxa del 1,5% sobre ingressos bruts que havien de satisfer les empreses comercialitzadores amb anterioritat a 1-1-2003, havia considerat que, no obstant haver estat confirmades les esmentades ordenances pel propi TSJ de Catalunya, era procedent la suspensió de les liquidacions practicades a la seva empara, per quant es trobava pendent de resolució el recurs de cassació presentat davant del Tribunal Suprem. La decisió del TSJ de Catalunya es basava en el criteri que resultava aplicable l'article 43 de la Llei d'Enjudiciament Civil.

Recordem que aquest precepte estableix: "Quan per resoldre sobre l'objecte del litigi sigui necessari decidir sobre alguna qüestió que, al seu torn, constitueixi l'objecte principal d'un altre procés pendent davant del mateix o diferent tribunal civil, el tribunal, a petició d'ambdues parts o d'una d'elles, sentida la contrària, podrà decretar mitjançant interlocutòria

la suspensió del curs de les actuacions, fins que finalitzi el procés que tingui per objecte la qüestió prejudicial. "

L'ORGT va considerar molt lesiu el criteri del TSJ de Catalunya, doncs la seva aplicació generalitzada podia suposar un encadenament de suspensions de liquidacions, d'efectes absolutament negatius per als interessos municipals. És per això que es va formular el recurs de cassació en interès de la llei, resultant acollida pel Tribunal Suprem la doctrina legal proposada per l'ORGT. Partint de la mateixa, la suspensió del procediment per prejudicialidad prevista a l'art. 43 LEC no és supletòriament aplicable a la j.contenciós-administrativa en els supòsits en els quals la qüestió prèvia a dilucidar consisteix en la legalitat d'una disposició de caràcter general de rang reglamentari.

Impugnació de les autoliquidacions

Respecte a les autoliquidacions, ens preocupa que alguns Tribunals consideren que en no existir acte administratiu, per la via de la sol·licitud de rectificació, es pot sol·licitar la devolució de l'import ingressat, en base -per exemple- al coneixement d'una sentència que anul·la parcialment l'ordenança fiscal, a l'empara de la qual es va presentar l'autoliquidació.

L'article 120.3 de la LGT preveu que

"Quan un obligat tributari consideri que una autoliquidació ha perjudicat de qualsevol manera els seus interessos legítims, podrà instar la rectificació de l'esmentada autoliquidació d'acord amb el procediment que es reguli reglamentàriament. "

El Reglament de revisió, aprovat per R.D. 520/2005 res no estableix sobre els motius i el temps per sol·licitar la rectificació de les autoliquidacions.

El Real Decret 1065/2007, de 27 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament General de les actuacions i els procediments de gestió i d'inspecció tributària i de desenvolupament de les normes comunes dels procediments d'aplicació dels tributs, en el seu article 126 preveu el procediment de rectificació d'autoliquidacions, si bé del text dels apartats 2) y 3), resultarà que les Entitats locals es veuran obligades a practicar liquidacions provisionals per defensar els ingressos procedents d'autoliquidacions.

Això equival a renunciar a algunes de les avantatges de l'autoliquidació, com ara la simplificació administrativa, evitar notificacions formals, etc.; cosa que té un cost creixent perquè cada cop s'utilitza més el règim d'autoliquidació en la gestió dels tributs locals.

Hauria estat molt convenient excepcionar del procediment de rectificació d'autoliquidacions aquelles que s'haguessin presentat de conformitat amb una ordenança fiscal vàlidament aprovada, encara quan posteriorment s'anul·lés aquesta ordenança. Previsió que seria coherent amb el que estableix l'article 19.2 del text refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals.

Algunes notes sobre ordenances fiscals

De l'Impost sobre béns immobles

Per ser l'IBI el tribut municipal més important, farem una referència als seus elements tributaris bàsics, o més novedosos:

Fet imposable - Està constituït per la titularitat dels següents drets sobre els béns immobles rústics i urbans i sobre els immobles de característiques especials:

a) D'una concessió administrativa sobre els propis immobles o sobre els serveis públics que es trobin afectes.

b) D'un dret real de superfície.

c) D'un dret real d'usdefruit.

d) Del dret de propietat.

La realització del fet imposable que correspongui entre els definits a l'apartat anterior per l'ordre en aquest establert determinarà la no subjecció de l'immoble urbà o rústic a les restants modalitats que l'esmentat apartat preveu.

Als immobles de característiques especials s'aplicarà aquesta mateixa prelació, excepte quan els drets de concessió que puguin recaure sobre l'immoble no exhaureixin la seva extensió superficial, supòsit en el què també es realitzarà el fet imposable pel dret de propietat sobre la part de l'immoble no afectada per una concessió.

Valoració de construccions rústiques

Cal considerar els efectes dels procediment de valoració col·lectiva en les construccions ubicades en sòl rústic. Així preveuen els apartats 8, 9 de l'ordenança el següent:

Les construccions ubicades en sòl rústic que no resultin indispensables per al desenvolupament de les explotacions agrícoles, ramaderes o forestals, mantindran la seva naturalesa urbana fins la realització, amb posterioritat a 1 de gener de 2006, d'un procediment de valoració col·lectiva general, sigui quina sigui la classe d'immobles a què aquest es refereixi. . Fins aquesta data, els béns immobles que figurin o que es donin d'alta en el Cadastre Immobiliari tindran la naturalesa que els correspondria conforme la normativa anterior.

En cas que es realitzi un procediment de valoració col·lectiva general referit a immobles urbans, s'ha de determinar simultàniament un nou valor cadastral per a tots els immobles que tinguin una construcció en sòl de naturalesa rústica.

Aquests valors, s'obtenen per la suma de dos components:

Primer component

Està integrat, al seu torn, per dos elements:

1. El valor del sòl de la superfície ocupada per les construccions, determinada per aplicació dels mòduls específics aprovats per ordre del ministre d'Economia i Hisenda, EHA 1882/2006, o altres que puguin aprovar-se posteriorment.

2. El valor de la construcció, que s'obté per aplicació de regles idèntiques a les que es determinin per a l'obtenció del valor de les construccions dels béns immobles urbans en la ponència de valors de la qual porta causa el procediment de valoració col·lectiva.

Segon component

El valor cadastral vigent del sòl de l'immoble no ocupat per construccions; normalment destinat a cultius.

Els subjectes passius s'adapten a la determinació del fet imposable.

Beneficis fiscals

Comentarem els beneficis fiscals de concessió potestativa, respecte als quals recordarem la conveniència que el requisits per al seu gaudiment no siguin massa complicats.

En particular, cal tenir en compte els efectes d'aplicar la bonificació de l'article 74.2 del TRHL, en supòsits de valoració col·lectiva de caràcter general, que només pot durar tres anys; si els ajuntaments no han previst amb cura l'augment de quota que resultarà l'exercici quart, poden trobar-se amb uns efectes inesperats i de gestió complicada.

Així mateix, l'ordenança ha de definir clarament les normes de compatibilitat. Sobre la base imposable coincident amb el valor cadastral, direm que l'augment previst en el Projecte de Llei de Pressupostos Generals de l'Estat per a 2009 és del 2%.

Base liquidable

Cal entendre el mecanisme de càlcul de la base liquidable, explicat a l'article 6.4 de l'ordenança així:

La base liquidable serà el resultat de practicar en la base imposable les reduccions que legalment s'estableixin.

La determinació de la base liquidable, en els procediments de valoració col·lectiva, és competència de la Gerència Territorial del Cadastre i serà recurrible davant el Tribunal Economicoadministratiu Regional de Catalunya.

L'Ajuntament determinarà la base liquidable quan la base imposable resulti de la tramitació dels procediments de declaració, comunicació, sol·licitud, esmena de discrepàncies i inspecció cadastral. En aquests casos, la base liquidable podrà notificar-se conjuntament amb la liquidació tributària corresponent.

En els immobles el valor cadastral dels quals s'hagi incrementat com a conseqüència de procediments de valoració col·lectiva de caràcter general o de ponències especials, segons els casos, la reducció s'aplicarà durant nou anys a comptar des de l'entrada en vigor dels nous valors, segons es determina en els apartats següents, tenint en compte que, en el cas d'immobles rústics construïts, la reducció es practicarà únicament sobre el primer component de la base imposable, conforme s'ha definit a l'article 1.9, anterior.

Tractant-se de béns immobles de característiques especials, la reducció a la base imposable únicament procedirà quan el valor cadastral resultant de l'aplicació d'una nova ponència de valors especial superi el doble del que, com immoble d'aquesta classe, tingués prèviament assignat. En defecte d'aquest valor, es prendrà com a tal el 40 per cent del què resulti de la nova ponència.

Aquesta reducció s'aplicarà d'ofici sense que sigui necessari que els subjectes passius de l'Impost la sol·licitin.

La quantia de la reducció, que decreixerà anualment, serà el resultat d'aplicar un coeficient reductor, únic per a tots els immobles (de la mateixa classe) del municipi, a un component individual de la reducció calculat per a cada immoble.

El coeficient reductor tindrà el valor de 0,9 el primer any de la seva aplicació i anirà disminuint en 0,1 anualment fins la seva desaparició. El component individual de la reducció serà la diferència positiva entre el nou valor cadastral assignat a l'immoble i la base liquidable de l'exercici immediat anterior a l'entrada en vigor d'aquell.

El valor base, en cas de tractar-se de béns urbans, serà el què s'indica a continuació en cadascun dels següents casos:

a) Per a aquells immobles en els quals, havent-se produït alteracions susceptibles d'inscripció cadastral prèviament a la modificació del planejament o a l'1 de gener de l'any anterior a l'entrada en vigor de les ponències de valors, no s'hagi modificat el seu valor cadastral en el moment de l'aprovació de les mateixes, el valor base serà l'import de la base liquidable que, d'acord amb les alteracions esmentades, correspongui a l'exercici immediat anterior a l'entrada en vigor dels nous valors cadastrals.
b) Per als immobles el valor cadastral dels quals s'alteri abans de finalitzar el termini de reducció com a conseqüència de procediments d'inscripció cadastral mitjançant declaracions, comunicacions, sol·licituds, esmena de discrepàncies i inspecció cadastral, el valor base serà el resultat de multiplicar el nou valor cadastral per l'increment mig de valor del municipi, determinat per la Direcció General del Cadastre.
   En aquests casos no s'iniciarà el còmput d'un nou període de reducció i el coeficient reductor aplicat als immobles afectats prendrà el valor corresponent a la resta dels immobles del municipi.
c) El component individual, en el cas de modificació de valors cadastrals produïts com a conseqüència dels procediments de valoració col·lectiva previstos en la normativa cadastral, exceptuats els de caràcter general, que tinguin lloc abans de finalitzar el termini de reducció, serà, en cada any, la diferència positiva entre el nou valor cadastral i el seu valor base. Aquesta diferència es dividirà per l'últim coeficient reductor aplicat.

El valor base abans esmentat serà la base liquidable de l'any anterior a l'entrada en vigor del nou valor, sempre que els immobles conservin la seva anterior classificació.
En cas que els immobles es valorin com a béns de classe diferent de la que tenien, el valor base es calcularà d'acord amb allò que disposa el paràgraf b) anterior.

En el cas de modificació de valors cadastrals que afecti a la totalitat dels immobles, el període de reducció finalitzarà anticipadament i s'extingirà el dret a l'aplicació de la reducció pendent.

Tractant-se de béns immobles de característiques especials el component individual de la reducció serà, en cada any, la diferència positiva entre el nou valor cadastral que correspongui a l'immoble en el primer exercici de la seva vigència i el doble del valor a què es refereix l'apartat 6 que, a aquests efectes, es prendrà com valor base.

En cas de tractar-se de béns rústics construïts, el component individual de la reducció a què es refereix l'apartat 5 d'aquest article serà, en cada any, la diferència positiva entre el primer component del valor cadastral de l'immoble (Valor del sòl ocupat per la construcció + valor de la construcció) en el primer exercici de la seva vigència y el seu valor base.

Aquest valor base serà el resultat de multiplicar el citat primer component del valor cadastral de l'immoble pel coeficient, no inferior a 0,5 ni superior a 1, que s'estableixi a l'ordenança fiscal de l'impost. En defecte de determinació per l'ordenança, s'aplicarà el coeficient 0,5.

La reducció establerta en aquest article s'aplicarà deduint la quantia corresponent de la base imposable dels immobles que resulti de l'actualització dels seus valors cadastrals per aplicació dels coeficients establerts en les Lleis de Pressupostos Generals de l'Estat

És important plantejar si l'Ajuntament s'acull al règim de comunicacions voluntàries, previstes a la normativa cadastral.

Sobre la modificació de l'Ordenança d'IAE

Cal recordar la importància de regular amb prudència les bonificacions potestatives.

Sobre la modificació de l'Ordenança d'IVTM

És molt recomanable preveure la presentació d'autoliquidacions per internet en el cas de noves adquisicions de vehicles, a fi de no impedir l'efectivitat del projecte de la DGT consistent en la matriculació telemàtica dels vehicles.

En tal sentit, l'article 10.2 de l'ordenança tipus de l'ORGT preveu que :

La presentació de l'autoliquidació s'efectuarà des de la pàgina web de l'Organisme de Gestió Tributària introduint-hi totes les dades necessàries. Per a la presentació serà necessari que l'interessat s'identifiqui amb un certificat digital reconegut per l'Agència Catalana de Certificació. El pagament de la quota resultant de l'autoliquidació es realitzarà preferentment per mitjans telemàtics. En aquests cas, des de la web de l'ORGT, l'interessat podrà imprimir el justificant de pagament amb les dades de l'autoliquidació.

Sobre modificació de l'Ordenança de l'IVTNU

En els Municipis en què entri en vigor revisió cadastral, és necessari tenir en compte la reducció en la base imposable prevista a l'article 107.3 del TRHL, aplicable en els cinc primers anys d'efectivitat dels nous valors cadastrals i que ha de fixar-se entre el 40 % i el 60 %, aplicant-se en el seu límit màxim quan els ajuntaments no fixin cap percentatge.

En general l'augment dels valors cadastrals, com a conseqüència d'un procediment de valoració col·lectiva de caràcter general, és gran i per tant cal estimar degudament el seu impacte en les liquidacions de l'IVTNU.

Sobre l'Ordenança de l'ICIO

Comentarem l'article 9 de l'ordenança tipus de la Diputació de Barcelona, relatiu al règim de declaració i d'ingrés:

1. S'estableix l'autoliquidació com a forma de gestió de la liquidació provisional a compte que cal fer amb motiu de la concessió de la llicència d'obres o de l'inici de la construcció, instal·lació o obra quan aquella no s'ha obtingut; conseqüentment, el subjecte passiu haurà de declarar la base imposable, determinar la quota i ingressar-la en els terminis fixats en aquest article.

2. El sol·licitant d'una llicència per a realitzar les construccions, instal·lacions o obres que constitueixen el fet imposable de l'impost haurà de presentar en el moment de la sol·licitud el

projecte d'obres i el pressupost d'execució material estimat. Aquest pressupost haurà d'estar visat pel Col·legi Oficial corresponent quan això constitueixi un requisit preceptiu.

3. La quota resultant de l'autoliquidació provisional que haurà de presentar-se quan es sol·liciti la llicència serà el resultat d'aplicar el tipus impositiu a la base imposable.

Aquesta base imposable es determina a partir dels mòduls que, per a cada tipus d'edificacions, obres o instal·lacions, s'estableixen a l'annex de la present Ordenança o, si el pressupost presentat per l'interessat és d'un import superior al que resulti de l'aplicació dels mòduls, en funció d'aquest pressupost.

Això no obstant, quan la construcció, instal·lació o obra de què es tracti siguin d'una modalitat que no s'hagi contemplat a la tipologia que es recull a l'annex d'aquesta Ordenança, la base imposable es determinarà en funció del pressupost presentat per l'obligat tributari, que ha d'estar visat prèviament pel Col·legi Oficial corresponent.

4. La quota referida al precedent apartat 3, que tindrà caràcter d'ingrés a compte, s'haurà de fer efectiva des del moment en què es sol·liciti la llicència d'obres, conjuntament amb el dipòsit de la taxa per l'activitat administrativa de la seva expedició. El termini per a fer l'ingrés de la quota provisional de l'ICIO conclou, en tot cas, deu dies després de la notificació de la concessió de la llicència.

5. Quan es modifiqui el projecte de la construcció, instal·lació o obra i aquest fet comporti un increment del pressupost, un cop acceptada la modificació per l'Ajuntament, els subjectes passius hauran de presentar autoliquidació complementària per la diferència entre el pressupost inicial i el modificat, amb subjecció als terminis, requisits i efectes indicats en els apartats anteriors.

6. Quan, sense haver-se sol·licitat, concedit o denegat la llicència preceptiva, s'iniciï la construcció, instal·lació o obra, l'Ajuntament practicarà una liquidació provisional a compte, la base imposable de la qual es determinarà d'acord amb el que es preveu a l'apartat 3 anterior. A aquests efectes, per pròpia iniciativa o a requeriment de l'Ajuntament, l'interessat haurà de presentar un pressupost, visat prèviament pel Col·legi Oficial corresponent quan això constitueixi un requisit preceptiu.

7. Un cop finalitzades les construccions, instal·lacions o obres, en el termini d'un mes comptador des del dia següent a la seva terminació, els subjectes passius hauran de presentar davant l'Ajuntament una declaració del cost real i efectiu d'aquelles, així com els documents que considerin oportuns per acreditar el cost hi consignat.

A aquests efectes, la data de finalització de les construccions, instal·lacions i obres serà la que resulti acreditada per qualsevol mitjà de prova admès en dret i, en el seu defecte, la que consti en el certificat final d'obres, quan aquest sigui preceptiu, o en altres casos la de caducitat de la llicència d'obres.

8. En base a la declaració a què es refereix l'apartat anterior o d'ofici, si s'escau, l'Ajuntament practicarà la liquidació corresponent.

Cas que de la liquidació resultés un import a retornar, s'ordenarà la devolució en el termini previst a l'article 31 de la Llei general tributària.

9. Si de la liquidació practicada resultés un import a ingressar, el subjecte passiu haurà d'abonar-lo en els terminis establerts a l'article 62 de la Llei general tributària. Transcorregut el període voluntari de cobrament sense que se n'hagi efectuat l'ingrés s'iniciarà el període

executiu, que determinarà l'exigència dels interessos de demora i dels recàrrecs en els termes previstos als articles 26 i 28 de la Llei general tributària.

10. La liquidació a que es refereix l'apartat 8 no impedirà en cap cas les actuacions de verificació de dades, de comprovació limitada o d'inspecció que siguin procedents.

Tributació de la telefonia mòbil

És obvi que la telefonia mòbil ha experimentat des de l'any 1989 una gran expansió i que, de la mateixa ha derivat –entre altres múltiples efectes- una pèrdua d'ingressos per als Municipis. I això perquè l'actual taxa del 1,5 % sobre ingressos bruts per l'ús privatiu o aprofitament especial del sòl, subsòl o vol de la via pública (en la Llei 39/1988, preu públic regulat en el seu article 45.2), en general no es ve aplicant als serveis de telefonia mòbil.

En l'època d'inici de vigència de la Llei 39/1988, Reguladora de les Hisendes Locals, la telefonia majoritàriament utilitzada era la fixa i, a més, es vivia una situació monopolística, que un únic operador –Telefònica Nacional de España- havia de presentar la seva declaració, referida a la totalitat d'ingressos, en els termes previstos en la seva normativa especial.

Des de llavors, hem vist com la liberalització del sector de telecomunicacions ha permès que prestin el servei telefònic diversos operadors i, per altra banda, l'ús de telefonia mòbil ha originat un notable estancament del consum de telefonia fixa.

Els fets anteriors són lògics i s'emmarquen perfectament en el desenvolupament de la societat del coneixement, però entenem que el principi de suficiència financera de les entitats locals exigeix un reajustament en la normativa vigent.

En el nostre criteri, la solució racional a la insuficient tributació municipal de la telefonia mòbil requereix una reforma del TRHL, posició mantinguda per la FEMP. Només amb la modificació legislativa, podem veure incrementats els ingressos locals i tenir la seguretat jurídica necessària per a la fermesa de les liquidacions que, en el seu cas, es practiquin.

Tanmateix, com sembla que la modificació del TRHL pel que respecta a la tributació dels operadors de telecomunicacions no és gens probable, els dos anys anteriors plantejàrem aprovar una ordenança fiscal, que estableixi els paràmetres de determinació de les quanties que hagin de satisfer els operadors de telefonia mòbil, per l'aprofitament especial del domini públic municipal.

Avui tenim la bona notícia que el TSJ de Catalunya ha dictat una sentència per a nosaltres molt important en data 26-6-2008, declarant ajustada a dret l' Ordenança de l' Ajuntament de Camprodon, que es basa en el nostre model, reconeixent-se la suficiència de l' informe tècnico-econòmico.

De l'ordenança tipus aprovada per la Diputació de Barcelona, comentarem l'article 5 relatiu a la base imponible i quota tributària:

Article 5è. Servei de telefonia mòbil – Base imponible i quota tributària

1. Per determinar la quantia de la taxa per utilització privativa o aprofitament especial del domini públic municipal per part dels serveis de telefonia mòbil, que precisen utilitzar la xarxa de telefonia fixa instal·lada en aquest Municipi s'aplicaran les fòrmules següents de càlcul.

a) Base imponible

La base imponible, deduïda de l'estimació de l'aprofitament especial del domini públic pel servei de telefonia mòbil es calcula:

BI = Cmf*Nt+(NH * Cmm)

Essent:

Cmf= consum telefònic mitjà estimat, en línies de telefonia fixa, per trucades procedents de telèfons mòbils. El seu import per a l'exercici 2009 és de 66,7 euros/any.
Nt= Número de telèfons fixes instal·lats en el Municipi, a l'any 2007, que és de .... (col.1)
NH= 95% del número d'habitants empadronats en el Municipi. En 2008: ... (col.3)
Cmm= Consum telefònic mitjà estimat per telèfon mòbil, per trucades de mòbil a mòbil. El seu import per a 2009 és de 279,5 euros/any.

b) Quota bàsica

La quota bàsica global es determina aplicant l'1,4 per 100 a la base imponible.

QB= 1,4% s/ BI

Quota tributària/operador= CE *QB

Essent:

CE = coeficient atribuïble a cada operador, segons la seva quota de participació en el mercat, incloent-hi les modalitats de postpagament i prepagament.

El valor de la quota bàsica (QB) per a 2009 és de ..... euros. (col.8)

c) Imputació per operador

Per a 2009 els valors de CE per cada operador són els següents:

	CE
Movistar	49,06%
Vodafone	33,51%
Orange	16,67%
Yoigo	0,23%
Euskatel	0,34%

Les quotes trimestrals a satisfer pels operadors relacionats són la quarta part de l'import que resulta d'aplicar el coeficient CE a la quota bàsica establerta a l'apartat b) d'aquest article.

A efectes de determinar el coeficient CE, els subjectes passius podran provar davant l'ajuntament que el coeficient real de participació en l'exercici anterior al de meritació de la taxa ha estat diferent. En aquest cas, les autoliquidacions trimestrals s'ajustaran aplicant el coeficient acreditat per l'obligat tributari.

Pel que fa al règim de declaració i d'ingrés es preveu que:

1. Les empreses operadores de serveis de telefonia mòbil relacionades a l'apartat c de l'article 5 d'aquesta ordenança hauran de presentar l'autoliquidació i fer l'ingrés de la quarta part de la quota bàsica resultant del que estableix l'apartat b del mateix article 5 d'aquesta ordenança en els mesos d'abril, juliol, octubre i desembre.

2. Altres empreses prestadores de serveis de telefonia mòbil presentaran la seva declaració, en base als paràmetres establerts a l'article 5è estimant el CE que els correspondrà l'exercici 2009 i tenint en compte el període de prestació efectiva dels serveis durant aquest any.

3. Un cop conclós l'exercici 2009 els subjectes passius que provessin, en base a dades oficials, que la seva participació en aqueix període hagués diferit del percentatge aplicat a efectes dels còmput de la taxa regulada en la present ordenança, podràn sol·licitar la regularització procedent.

Com considerem que aquesta taxa ha de basar-se en un informe econòmic suficientment justificat, comentarem el que hem redactat com informe model:

Informe tècnic-econòmic, base per a la determinació dels imports de la taxa per aprofitament especial del domini públic municipal, a favor d'empreses explotadores de serveis de subministraments d'interès general, regulada en l'Ordenança fiscal núm....

INDEX

I – Preceptes normatius d'aplicació

II – Classes de subjectes passius de la taxa

- Empreses subjectes a l'art. 24.1.c) TRHL
- Les empreses que presten serveis de telefonia mòbil

III – Necessitat de l'ús del domini públic municipal

IV – Ocupacions efectives del domini públic municipal.

V – Indicadors econòmics relatius a la telefoni fixa i telefonia mòbil, significatius

- Ingressos del sector
- Nombre de línees i consums mitjos

VI – Criteris i paràmetres per a determinar la quantia de la taxa per serveis de telefonia mòbil

- Valor de la utilitat derivada de l'aprofitament especial, en funció d'ingressos
    - Per trucades a telèfons fixos
    - Per trucades a telèfons mòbils
- Consideració sobre el paràmetre facturació parcial utilitzat
- Valor d'ús de l'aprofitament especial del sòl municipal, en funció del valor cadastral

VII – Determinació de la base imponible i la quota de la taxa por tributació dels serveis de telefonia mòbil

VIII – Contrast lògic del paràmetre

- Simulació ingressos s/ Llei 39/88
- Estimació dels ingressos que realment es preveu obtenir.
- Compensació de Telefònica
- Ingressos d'empreses de comunicacions fixes diferents de Telefónica
- Ingressos procedents d'aplicar la taxa proposada

IX – Conclusions sobre coherència tècnica dels paràmetres i moderació de la taxa aplicable a la telefonia mòbil

Informe tècnic-econòmic, base per a la determinació dels imports de la taxa per aprofitament especial del domini públic municipal, a favor d'empreses explotadores de serveis de subministraments d'interès general, regulada en l'Ordenança fiscal núm....

I - Preceptes normatius d'aplicació

L'article 25 del Text Refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals, aprovat per Reial Decret Legislatiu 2/2004 (d'ara endavant TRHL) disposa que els acords d'establiment de taxes per la utilització privativa o l'aprofitament especial del domini públic, s'hauran d'adoptar en vista d'informes tècnic-econòmics en els que es posi de manifest el valor de mercat d'aquells.

L'article 24.1.a) del TRHL concreta una mica més la forma de complir el deure legal, en establir que l'import de les taxes previstes per la utilització privativa o l'aprofitament especial del domini públic local es fixarà, amb caràcter general, prenent com referència el valor que tindria al mercat la utilitat derivada de l'esmentada utilització o aprofitament, si els béns afectats no fossin de domini públic.

En l'apartat c) del citat article 24.1 del TRHL es preveu que quan es tracti de taxes per utilització privativa o aprofitaments especials constituïts al sòl, subsòl o vol de les vies públiques municipals, a favor d'empreses explotadores de serveis de subministraments que resultin d'interès general o afectin a la generalitat o a una part important del veïnat, l'import d'aquelles consistirà, en tot cas i sense cap excepció, en l'1,5 per cent dels ingressos bruts procedents de la facturació que obtinguin anualment en cada terme municipal les empreses referides.

A aquests efectes, s'inclouran entre les empreses explotadores dels esmentats serveis les empreses distribuïdores i comercialitzadores d'aquests.

El present informe es redacta en compliment del disposat a l'article 25 del TRHL, i d'acord amb els criteris de l'article 24.1 del TRHL.

II - Classes de subjectes passius de la taxa

Als efectes d'aquest informe, diferenciem dues classes de subjectes passius:

<u>II.a) - Les empreses explotadores de serveis de subministraments a què es refereix l'article 24.1.c) del TRHL i l'article 6 de l'Ordenança fiscal.</u>

Es tracta bàsicament d'empreses subministradores d'aigua, gas, electricitat i telefonia fixa. En aquest supòsit, l'import de la taxa serà en tot cas l'1,5% dels ingressos bruts procedents de la facturació, tal com es preveu legalment. Sent així, l'ordenança no deu ni pot contenir criteris per determinar la quantia de la taxa, raó per la qual aquest informe tècnic-econòmic omet tota referència a la categoria d'empreses objecte d'aquest apartat.

Podríem plantejar fins i tot si és precís que l'ordenança fiscal municipal reguli la taxa que han de satisfer aquestes empreses, donada la concreció dels seus elements tributaris en l'apartat c) de l'article 24.1 del TRHL; potser es pot concloure que no és precís aprovar ordenança, ja que l'últim precepte citat determina la identitat dels subjectes passius, la base imposable i també el tipus tributari a aplicar (1,5% en tot cas).

No obstant això, s'ha considerat convenient incorporar en el text de l'ordenança (article 6) aquests subjectes passius per donar compliment a l'article 15.1 del TRHL, quan ordena que, llevat d'en els impostos obligatoris, les entitats locals hauran d'acordar la imposició i supressió dels seus tributs propis, i aprovar les corresponents ordenances fiscals reguladores d'aquests.

Mereix notar-se que a l'article 2.4 de l'Ordenança s'estableix que, conforme amb la doctrina legal dictada pel Tribunal Suprem en sentència de 18-6-2007, les empreses obligades al pagament d'aquest tribut no hauran de satisfer cap altra taxa per la utilització privativa o aprofitament especial del sòl, subsòl o vol de les vies públiques municipals, sempre que siguin necessaris o estiguin relacionats amb l'activitat del subministrament que constitueix l'objecte del servei d'interès general.

II.b) Les empreses que presten serveis de telefonia mòbil

En les esmentades empreses es presenten les condicions de ser explotadores de serveis d'interès general i precisar de la utilització privativa o l'aprofitament especial del domini publico municipal, imprescindible per a la prestació d'una part dels seus serveis.

No obstant la concurrència d'aquestes condicions, i malgrat la submissió general de les empreses que operen al sector de telecomunicacions al règim tributari establert a l'article 24 del TRHL, reconegut pel Tribunal Suprem en sentència de 18-7-2007 dictada en interès de la llei, en els serveis de telefonia mòbil no és aplicable el règim especial de quantificació de la taxa previst en l'apartat c) del citat article 24 del TRHL.

Segurament han estat consideracions com la dificultat d'individualitzar territorialment els serveis prestats mitjançant telefonia mòbil, o el criteri que tals serveis requereixen, a més de l'imprescindible aprofitament especial del domini públic local, utilitzar -en diferent mesura- l'espai radioelèctric, les que han portat al legislador a excloure del règim especial de quantificació els serveis de telefonia mòbil.

Si bé, en la mesura que resulta evident que els serveis de telefonia mòbil necessiten de la utilització privativa, o aprofitament especial del domini públic municipal, és clar que l'Ajuntament pot i ha d'establir una taxa, l'import de la qual haurà de determinar-se d'acord amb el previst en l'apartat 1.a) de l'article 24 del TRHL.

Així resulta de diversos pronunciaments jurisprudencials, entre ells la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 26-6-2008, en la qual expressament es nega que l'exclusió del règim especial de quantificació de la taxa de l'art. 24.1.c) TRLHL dels serveis de telefonia mòbil signifiqui l'exclusió per a tals serveis del règim general de quantificació de la taxa, quan efectivament es produeixi el seu fet imposable i afecti al domini públic local, inclòs el sòl, subsòl i vol.

Sent així i resultant, en definitiva que la taxa per aprofitament especial del domini públic de què gaudeixen els operadors de telefonia mòbil, ha d'establir-se complint el previst a l'article 24.1.a) del TRHL és obligatori aprovar una ordenança fiscal, contenint criteris i paràmetres que permetin definir el valor de mercat de la utilitat derivada de l'esmentat aprofitament especial del domini públic municipal.

És per això que, la part del present informi, justificativa de la determinació de la quantia de la taxa es refereix als serveis de telefonia mòbil.

En primer lloc, es considera prioritari justificar l'existència de fet imposable de la taxa, constituït per la

III - Necessitat de l'ús del domini públic municipal

En aquest apartat de l'informe, tan fonamental com és justificar la necessitat que la telefonia mòbil gaudeixi de la utilització privativa o aprofitament especial del domini públic municipal, es podria fer referència a diversos i complexos dictàmens tècnics que avalen el caràcter imprescindible de l'ús de l'esmentat domini públic municipal, com a requisit bàsic per a la prestació del servei de telefonia mòbil.

Als efectes del present informe, i amb la finalitat que les conclusions resultessin clares, es va formular al Departament de Telecomunicacions i Enginyeria de Sistemes de la Universitat Autònoma de Barcelona, unes preguntes considerades clau.

Del seu dictamen, resulten les següents conclusions bàsiques:

a) No és possible prestar serveis de telefonia mòbil sense utilitzar el domini públic local.

b) Quan es crida des d'un telèfon mòbil a un telèfon fix, o des d'un telèfon fix a un mòbil, necessàriament s'utilitza la xarxa que materialment ocupa el subsòl, sòl o vol de les vies públiques municipals.

c) En les trucades entre dos telèfons mòbils, hi haurà diferents ocupacions del domini públic, en funció de l'organització tècnica de les antenes i xarxes, establerta pels operadors de telefonia mòbil. Ocupacions sempre imprescindibles per a la prestació del servei de telefonia - fixa i mòbil - i en general d'alta intensitat.

En termes tècnics, es desprèn del dictamen que la telefonia mòbil necessita utilitzar xarxes d'accés i xarxes de trànsit, en aquesta forma:

Les xarxes d'accés en xarxes de comunicacions mòbils són totalment diferents de les de la telefonia fixa. La unió de l'abonat mòbil a la central de commutació passa, inevitablement, pel tram de radi que l'uneix a l'Estació Base en l'àrea de cobertura de la qual es troba en aquell moment.

Després, fins arribar a la central de commutació pot trobar camins formats quasi exclusivament per portadors físics (cas dels operadors que disposen d'infraestructures de xarxes de transmissió suficient), o trobar-se amb camins mixtos en els quals part del recorregut pot ser també amb radiofreqüència.

Quant a les xarxes de trànsit, no hi ha diferència amb la telefonia fixa. Les xarxes troncals dels sistemes mòbils estan formades per portadors "físics".

Aquesta última consideració és de vital importància, ja que determina que totes les trucades establertes per abonats mòbils, siguin per a serveis de veu o serveis de dades, utilitzaran en algun dels trams de la comunicació aquests portadors "físics", bé sigui cables de fibra òptica o cables de coure (parells o coaxials).

Esquemàticament, l'operativa de la telefonia mòbil necessita de l'ús dels mitjans i fases següents:

- Tram radioelèctric. - Pot tenir un abast variable, en funció de la distància del mòbil a la BTS (estació base) que dependrà fonamentalment del radi de cobertura de la mateixa.

- Tram BTS-BSC (o el seu equivalent en UMTS).- Podem trobar tant portadors físics com radioelèctrics. A l'operador dominant, en disposar de majors infraestructures de transmissió, predominen clarament els primers. També és freqüent que els operadors no dominants lloguin per a aquests trams portadors fixos a l'operador dominant.

- Tram BSC-MSC (o el seu equivalent en UMTS).- Siempre és amb portador físic, encara que de vegades no surti del propi edifici telefònic.

- Tram MSC-GMSC.- Té idèntica consideració que el tram anterior : sempre fix. Des de la MSC fins una GMSC o qualsevol altra MSC, pot considerar-se, a tots els efectes pel que a utilització de sòl es refereix, com telefonia fixa.

Conclou el dictamen que és impossible oferir serveis de telefonia mòbil sense utilitzar el domini públic local.

A tall d'element comparatiu entre l'extensió i cobertura de cables que efectivament ocupen el domini públic local i els radioenllaços -que no l'ocupen- direm que segons dades deduïdes de la Memòria de la Comissió del Mercat de Telecomunicacions per a 2007 (d'ara endavant ICT) els quilòmetres de xarxa de transport per tipus de transmissió han estat (pg. 224 ICT):

QUILÒMETRES DE XARXA DE TRANSPORT PER TIPUS DE TRANSMISSIÓ

	2007
Cable òptic	1.759.791
Radioenllaç	229.737
Cable coaxial	116.087
D'altres	79.162
Total	2.184.777

Atès que els cables òptic i coaxial evidentment utilitzen el domini públic local, resulta incontestable l'alta intensitat del seu ús per a la prestació del servei de telefonia.

IV- Ocupacions efectives del domini públic municipal

En el Municipi es troba instal·lada una potent xarxa física que ocupa el domini públic i dóna servei a la telefonia fixa i mòbil, complementada per un nombre notable d'antenes, la titularitat de les quals ostenten els operadors de telefonia mòbil.

Respecte a l'ús de xarxes que ocupen el subsòl, les empreses de telefonia mòbil en alguns casos utilitzen aquelles de les que són titulars i en altres casos xarxes alienes, però tal circumstància no és determinant, ja que sempre que es necessiti de l'ús d'una xarxa que ocupa el domini públic local, ens trobarem davant d'un supòsit d'utilització privativa, o aprofitament especial del mateix; supòsits ambdós que constitueixen fet imposable de la taxa.

Com ha reconegut el Tribunal Suprem amb meridiana claredat, en sentències de 9, 10 i 18 de maig de 2005, l'aprofitament especial del domini públic té lloc sempre que per a la prestació del servei de subministrament sigui necessari utilitzar una xarxa que materialment ocupi el subsòl, el sòl o el vol de les vies públiques municipals. Declara l'Alt Tribunal, en enjudiciar la reclamació d'una empresa comercialitzadora d'energia elèctrica que utilitzava una xarxa aliena, que en aquest cas el fet imposable de la taxa estava constituït no tant per la utilització privativa del domini públic com per l'aprofitament especial del mateix,

aprofitament que, indubtablement, du a terme l'actora encara que no sigui titular de la xarxa de distribució.

Sent indubtable que, en la prestació dels serveis de telefonia mòbil, és imprescindible l'ús del domini públic municipal, no existeix obstacle per entendre que el fet imposable de la taxa es produeix i conseqüentment no ha d'existir inconvenient per a la seva liquidació, una vegada aprovada i publicada reglamentàriament l'ordenança fiscal.

Direm en aquest punt que la submissió a la taxa, en la quantia determinada a l'article 5, referent a la telefonia mòbil, suposa l'exclusió d'altres taxes que poguessin derivar de l'ús del sòl, subsòl o vol de les vies públiques municipals, necessaris per a la prestació del servei de telefonia mòbil. Conseqüentment, no s'haurà de pagar cap taxa per l'ocupació del sòl municipal que té lloc a les instal·lacions d'antenes; tot això de conformitat amb el que preveu l'article 2.4 de l'Ordenança.

V - Indicadors econòmics relatius a la telefonia fixa i telefonia mòbil, significatius

En aquest apartat, ens referim a determinades magnituds considerades rellevants, extretes de la citada Memòria de la Comissió del Mercat de Telecomunicacions corresponent a l'exercici 2007 (ICT), que s'ha utilitzat per determinar la taxa que han de satisfer les empreses operadores de telefonia mòbil:

V.I Ingressos del sector

El 2007 els ingressos totals del sector de telecomunicacions, majoristes i minoristes, van ascendir a 44.214 milions d'euros, la qual cosa va suposar un ritme de creixement del 4,6% respecte a 2006, degut principalment a l'apogeu dels accessos a Internet a través de banda ampla i a la gran expansió de la telefonia mòbil (pag. 214 ICT).

El creixement del mercat mòbil es va traduir en un augment de l'índex de penetració d'aquest servei assolint-se actualment a Espanya les 107,1 línies mòbils per 100 habitants (pag.63 ICT).

El 2007 el major generador d'ingressos del sector va ser la telefonia mòbil, que va facturar un total de 14.886 milions d'euros per la venda de serveis finals, la qual cosa representa un augment interanual de l'11,6% (pag. 22 ICT).

Els ingressos totals del sector en 2007 de 44.214 milions d'euros, es distribueixen així : (pag. 214 ICT)

a) Serveis minoristes		
Telefonia fixa	7.499	
Telefonia mòbil	14.886	
Internet	3.510	
Audiovisuals	5.768	
Altres serveis	5.102	
Total	36.765	
b) Serveis majoristes		
Interconnexió		5.683
Lloguer circuits		705
Transmissió dades		73
Serveis banda ampla		341
Transporti senyal audiovisual		375
Altres serveis		272
Total		7.449

Si haguéssim d'aplicar una taxa sobre els ingressos bruts obtinguts pels operadors de telefonia mòbil, s'haurien de sumar els ingressos dels principals operadors procedents de serveis a minoristes i a majoristes. (pag. 215 ICT)

No obstant, donada la naturalesa de la taxa, es considera correcte estimar la utilitat derivada de l'aprofitament especial del domini públic necessari per a la prestació del servei de telefonia mòbil, exclusivament partint dels serveis a detallistes i pel concepte de telefonia mòbil.

V.2 Nombre de línies i consums mitjos

a) Telefonia fixa

El 2007 el nombre de línies de telefonia fixa en servei va ascendir a 20,3 milions (pag. 35 ICT).

El Consum mig per telèfon fix estimat és de

$$\frac{7.499 \text{ milions euros}}{20,3 \text{ milions línies}} = 369,4 \text{ euros}$$

Aquest és un consum mig, i com tal allunyat de l'import resultant del tipus de clients "residencial", de 261,39 euros i del sector de clients "negocis" el consum mig del qual és d'1.545,79 euros (pag. 233 ICT).

Els ingressos per telefonia fixa de Telefónica d'Espanya han estat de 5.969 milions d'euros.

Per tant, altres empreses de telefonia fixa han obtingut ingressos per import de 7.499 milions d'euros -5.969 milions d'euros =1.530 milions d'euros.

Com els ingressos procedents de la telefonia fixa realitzada per Telefónica ja són percebuts per les Entitats Locals segons fórmula de la Llei 15/1987, els Ajuntaments estaran aplicant la taxa d'1,5% al volum d'ingressos d'altres empreses de telefonia fixa, quantificats en 1.530 milions d'euros.

Atès que en aquest supòsit, en tractar-se d'empreses de telefonia fixa, resulta d'aplicació l'article 24.1.c) del TRHL, en la declaració d'ingressos bruts les empreses que emprin xarxes alienes podran deduir les quantitats satisfetes en concepte d'accés o interconnexió a les seves xarxes.

Estimant tals deduccions en un 10% de la facturació, resultarà un volum total d'ingressos declarats per empreses de telefonia fixa diferents de Telefónica de 1530 - 153 =1.377 milions d'euros.

Dividint aquest import pel nombre de línies de telèfons fixos, obtenim:

1.377 milions de euros/20,3 milions de línies =67,8 euros, que previsiblement es declararan a l'Ajuntament i que aquest gravarà amb la taxa d'1, 5%

b) Telefonia mòbil

El nombre de telèfons mòbils a fi de 2007 ascendia a 48,4 milions (pag. 25 ICT).

El total d'ingressos per telefonia mòbil, en l'apartat de serveis a minoristes ascendeix a 14.886 milions d'euros.

Als efectes de preparació del present informe tècnic econòmic s'ha considerat convenient diferenciar en el conjunt d'ingressos obtinguts pels operadors de telefonia mòbil, els següents apartats:

a) Ingressos procedents de trucades iniciades en telèfons mòbils dirigides a telèfons fixos -1.355 milions d'euros (pag. 250 ICT).
b) Ingressos procedents de trucades iniciades en telèfons mòbils dirigides a telèfons mòbils -14.886 -1.355 =13.531 milions d'euros.

D'aquestes dades, deduïm que

- l'ingrés mig per telèfon fix originat per trucades iniciades en un telèfon mòbil són de

$$\frac{1.355 \text{ milions d'euros}}{20,3 \text{ milions de línies}} = 66,7 \text{ euros/línia}$$

- l'ingrés mig per trucades de mòbil a mòbil és de

$$\frac{13.531 \text{ milions d'euros}}{48,4 \text{ milions de línies}} = 279,5 \text{ euros/línia}$$

Quant a l'evolució de tràfic telefònic, en milers de milions de minuts, per origen i destinació, han estat els següents: (pg. 40 ICT)

- De telèfon fix a telèfon fix 61,6
- De telèfon fix a telèfon mòbil 7,4
- De telèfon mòbil a telèfon fix 7,9
- De telèfon mòbil a telèfon mòbil 57,8

Podem veure la magnitud i rellevància de l'ús de les xarxes fixes, que sens dubte apunten directament al caràcter imprescindible i a la intensitat de l'ús del domini públic local per a la prestació integral del servei de telefonia, en el seu doble vessant de fixa i mòbil.

Respecte a la participació dels operadors de telefonia mòbil per quotes de mercat és la següent (pag. 256 ICT)

Movistar	49,06%
Vodafone	33,51%
Orange	16,67%
Yoigo	0,23%
Euskatel	0,34%

Resum dels paràmetres deduïts de l'Informe Anual de la Comissió del Mercat de Telecomunicacions de l'exercici 2007 significatius per a la determinació de la taxa objecte del present informe tècnic-econòmic

- Ingressos totals del sector .... 44.214 milions d'euros
- Ingressos telefonia fixa (serv.minoristas)... .... 7. 499 milions d'euros
- Ingressos telefonia mòbil (serv.minoristas) ..... 14.886 milions d'euros
- Consum mig telefonia fixa : ..... 369,4 euros
- Estimació cost trucades des de telèfon mòbil
  a telèfons mòbils, per línia de mòbil: ..... 279,5 euros

- Estimació cost trucades dirigides des de telèfon mòbil a telèfons fixos, per línia fixa: 66,7 euros/any.
- Ingressos mitjos declarats per empreses de telefonia fixa diferents de Telefónica: 67,8 euros/línia
- Factor CE, a efectes del còmput de la taxa, es fixa en: Movistar: 49,06 %; Vodafone: 33,51%, Orange: 16,67 %; Yoigo: 0,23%; Euskatel 0,34%

Altres operadors de telefonia mòbil hauran de presentar la seva declaració dels elements tributaris, a l'objecte que es practiqui la liquidació corresponent.

V - Criteris i paràmetres per determinar la quantia de la taxa per serveis de telefonia mòbil.

Per a la determinació de la quantia de la taxa que han de satisfer les empreses operadores de telefonia mòbil, s'han aplicat els següents criteris:

- Estimació del valor de mercat de la utilitat derivada de l'aprofitament especial del domini públic municipal, de conformitat amb el previst a l'article 24.1.a) del TRHL. El paràmetre que ens sembla més idoni per valorar l'esmentada utilitat és l'estimació d'ingressos que les empreses poden obtenir per la prestació de serveis de telefonia mòbil en el Municipi.
Un paràmetre, complementari i de contrast de l'anterior, el constitueix l'anàlisi del valor cadastral del sòl de naturalesa urbana del Municipi -convenientment corregit, per a aquells municipis la ponència de valors del qual és antiga i, per tant, els valors cadastrals no es troben actualitzats-, i l'estimació d'un percentatge de mínim "aprofitament econòmic", que és raonable obtingui el Municipi, per autoritzar la utilització del domini públic, mitjançant l'ús de les xarxes que ocupen el subsòl i la instal·lació d'antenes, elements absolutament imprescindibles per al servei de telefonia mòbil. Ambdós paràmetres s'han considerat amb referència al previst al citat article 24.1.a) del TRHL i en la Llei 32/2003, de 3 de novembre, General de Telecomunicacions.

- Estimació de l'import a què haguessin ascendit els ingressos dels ajuntaments per la taxa d'utilització privativa o aprofitament especial del domini públic necessaris per als serveis de telefonia , si s'hagués mantingut en el temps la previsió del legislador que va aprovar la Llei 39/1988, de 28 de desembre, en el seu article 45.2 es preveia que "quan es tracti de preus públics per utilització privativa o aprofitaments especials constituïts al sòl, subsòl o vol de les vies públiques municipals, en favor d'empreses explotadores de serveis de subministraments que afectin a la generalitat o a una part important del veïnat, l'import d'aquells consistirà, en tot cas i sense cap excepció, en l'un i mig per cent dels ingressos bruts procedents de la facturació que obtinguin anualment en cada terme municipal les esmentades Empreses".

Aquest informe econòmic demostra que la summa dels imports que l'Ajuntament previsiblement percebrà per la taxa que han de satisfer les empreses de telefonia fixa i per la taxa resultant d'aplicar la previsió de la present ordenança a les empreses prestadores del servei de telefonia mòbil, és molt inferior a la que resultaria d'aplicar l'un i mig per cent al conjunt dels ingressos bruts que les esmentades empreses obtinguin per serveis prestats en el Municipi, computats amb la generalitat que, als preus citats públics atribuïa el citat article 45.2 de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals.

A continuació, es desenvolupen aquests dos apartats:

VI.I Valor de la utilitat derivada de l'aprofitament especial del domini públic municipal

Per aproximar-nos al valor que tindria al mercat la utilitat derivada de l'aprofitament especial del sòl, subsòl i vol del terme municipal, necessari per prestar el servei de telefonia mòbil, tal com proposa l'apartat a) de l'article 24.1 del TRHL, intentem determinar quina magnitud té aquesta utilitat.

La utilitat es pot estimar en funció del volum de serveis, la prestació dels quals seria impossible sense l'aprofitament especial del domini públic.

Hem vist, en l'apartat III, que és imprescindible l'ús del domini públic per a qualsevol trucada en què intervingui un telèfon fix i, a més, en les trucades entre dos telèfons mòbils també serà necessari ocupar i aprofitar el domini públic municipal.

Amb la finalitat de quantificar el valor de la utilitat obtinguda per l'aprofitament especial del domini públic, quan es presta el servei de telefonia mòbil, estimem el volum de consums que cada una de les empreses operadores podrà facturar per trucades efectuades i rebudes en el Municipi.

a) Trucades a telèfons fixos

Per estimar els ingressos per trucades dirigides des de telèfons mòbils a telèfons fixos del Municipi, considerem els punts següents:

El nombre de telèfons fixos instal·lats en el Municipi és de ------ ? (c1) (en l'ordenança Nt).
Hem vist que el consum mig de telefonia mòbil per trucades rebudes en telèfons fixos és de 66,7 euros (en l'ordenança Cmf)

Per tant, ingressos estimats:

Nombre de telèfons fixos Nt ? (c1) * 66,7 euros

b) Trucades a telèfons mòbils

Per estimar els ingressos per trucades dirigides des de telèfons mòbils i rebudes per altres telèfons mòbils, que per iniciar-se o finalitzar en el Municipi, requereixen de l'aprofitament especial del domini públic municipal, partim de la població i de l'ICT/ 2007.

Segons es va veure en l'apartat V, els ingressos mitjos de la telefonia mòbil han estat de 279,5 euros/any per línia contractada (en l'ordenança Cmm).

La població d'Espanya el 2007 és de 45,2 milions d'habitants, mentre que les línies de telefonia mòbil són 48,4 milions, xifres que mostren l'extraordinari índex de penetració de la telefonia mòbil, doncs estadísticament resulta que el 7% de la població posseeix més d'un telèfon mòbil.

A partir d'aquesta dada tan clara sobre la possessió d'una xifra de telèfons mòbils molt superior al nombre d'habitants a Espanya, podríem establir que el nombre de telèfons mòbils en condicions d'efectuar i rebre trucades és similar al nombre d'habitants.

No obstant això, a efectes del còmput de la taxa s'ha estimat que només efectuen i reben trucades en el Municipi, aprofitant les xarxes i antenes instal·lades al subsòl i sòl de les vies

públiques locals, un nombre de telèfons equivalent al 95% del nombre d'habitants empadronats.

Sent .... ? (c2) el nombre de persones que constitueixen la població de dret, suposem que els telèfons mòbils operatius en el Municipi equivaldran al 95% de la població (en l'ordenança NH), que és de ? (c3).

Sent així, l'expectativa d'ingressos per l'ús de telefonia mòbil que aprofita el domini públic municipal serà NH ? (c3) *279,5 euros

<u>Consideració sobre el paràmetre facturació parcial utilitzat</u>

Com s'ha assenyalat anteriorment, és clara la diferència entre els ingressos imputats en aquest informe, exclusivament procedents dels serveis a minoristes, pel concepte de telefonia mòbil i la hipotètica magnitud d'ingressos bruts, que comprendria un ampli conjunt de conceptes d'ingressos, tal com pot deduir-se de la Memòria de la CMT.

En efecte, si als principals operadors de telefonia mòbil s'imputessin els ingressos obtinguts per serveis a minoristes i majoristes, les xifres serien (pag. 215 ICT):

Movistar	11.942 milions euros
Vodafone	7.037millones euros
Orange	4.029 milions euros

El total d'aquests ingressos, de 23.008 milions d'euros, és molt superior al volum d'ingressos de telefonia mòbil utilitzat per determinar la taxa, que ascendeix a 14.886 milions d'euros.

Insistim que els conceptes aquí utilitzats (Cmf i Cmm) només es refereixen a una petita part de la facturació dels operadors.

S'ha utilitzat aquest paràmetre perquè es considera un bon indicador per mesurar "la utilitat" de l'aprofitament especial del domini públic local, esperada pels agents operadors de telefonia mòbil.

No serà necessari establir la deducció de les quantitats satisfetes a altres empreses en concepte d'accés o interconnexió a les seves xarxes, perquè en cap cas no s'està contemplant entre el volum d'ingressos de l'empresa titular de la xarxa aquells que poguessin procedir de la cessió o autorització de l'ús de xarxes pròpies a operadors aliens. Conseqüentment, no s'està davant del supòsit de còmput d'ingressos bruts, segons els termes previstos a l'article 24.1.c) del TRHL.

Ens sembla important aclarir la raó per la qual en aquest supòsit no resulta d'aplicació la deducció de "despeses de peatges" prevista a l'article 24.1.c del TRHL.

En efecte, en l'esmentat precepte s'estableix que "les empreses que emprin xarxes alienes per efectuar els subministraments deduiran dels seus ingressos bruts de facturació les quantitats satisfetes a altres empreses en concepte d'accés o interconnexió a les seves xarxes. Les empreses titulars de tals xarxes hauran de computar les quantitats percebudes per tal concepte entre els seus ingressos bruts de facturació".

En aquest informe ha quedat clar que no s'imputaven els ingressos per serveis a majoristes, entre els quals tenen gran pes específic els conceptes d'interconnexió i lloguer de circuits.

Per tant, i ja que no estem en el règim de l'article 24.1.c) l'estimació d'ingressos no pot en absolut confondre's amb la magnitud que resultaria d'estimar xifra d'ingressos bruts.

V.2) Estimació del Valor d'ús de l'aprofitament especial del sòl municipal, en funció del valor cadastral

La Llei 32/2003, General de telecomunicacions reconeix a favor dels operadors un dret d'ocupació del domini públic o la propietat privada per a la instal·lació de xarxes, amb l'abast necessari per a la prestació del servei universal de comunicacions electròniques. Entre els serveis que l'article 22 de la Llei citada garanteix a tots els usuaris finals, amb independència de la seva localització geogràfica, està el d'obtenir connexió a la xarxa telefònica pública des d'una ubicació fixa. L'extensió i generalització del mandat legal comporta que sobre la totalitat del subsòl municipal existeix un dret de gaudi, traduït real o potencialment en aprofitament especial del domini públic municipal.

Per valorar, en termes minimalistes, i als sols efectes de provar la moderació de les tarifes resultants de la taxa que es proposa, s'ha efectuat el següent càlcul:

Fruit de diverses comprovacions en Municipis de diferents característiques, estimem que les xarxes de serveis públics ocupen una superfície de subsòl equivalent al 0,005 del sòl municipal.

La superfície considerada com sòl urbà a efectes cadastrals és de ------ ? (c13).
El valor cadastral del sòl urbà del Municipi que correspon a la superfície considerada com a sòl urbà a efectes cadastrals i de l'Impost sobre Béns Immobles, és de ------ ? (c12) el 2008, segons dades deduïdes del padró cadastral.

De fet, el subsòl de la superfície que té la condició de sòl rústic també és objecte d'aprofitament especial per a la prestació del servei de telefonia mòbil, però manquem de valor cadastral atribuïble al sòl, ja que la valoració dels béns rústics s'estableix partint de rendiments teòrics.

És per això que, i encara quan als efectes del present informe, per a major claredat només s'imputa el valor cadastral del sòl urbà, no es pot ignorar que la superfície del sòl, subsòl i vol de les vies públiques especialment aprofitada és bastant superior.

Conforme al previst en les normes de valoració cadastral de béns immobles urbans, el valor assignat ha de ser no superior al 50% del valor de mercat, ja que el coeficient RM (relació a mercat), utilitzat en la valoració cadastral és de 0,5.

Per arribar a una aproximació raonable del valor del dret que ostenten els operadors de telecomunicacions, apliquem les normes especials de valoració recollides al Reial Decret 829/1995, de 29 de maig, pel que s'aprova el Reglament de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats (d'ara endavant RITP).

Segons l'article 41.8 del RITP, el valor dels drets reals d'ús i habitació serà el que resulti d'aplicar el 75% del valor dels béns sobre els quals van ser imposats, les regles corresponents a la valoració dels usdefruits temporals o vitalicis, segons els casos.

Si es tractés d'un usdefruit vitalici, o per temps indeterminat (com en principi és el dret a l'aprofitament del domini públic), el límit mínim del dret d'usdefruit és del 10 per 100 del valor total.

Per tant, resulta:

Valor de l'usdefruit =10 % segon/ valor del sòl utilitzat. Valor del dret d'ús 75% segon/ valor de l'usdefruit= ----- ? (c16)

La xifra final obtinguda mostra que la rendibilitat esperada per un propietari privat del sòl municipal, que permetés l'aprofitament del subsòl, seria molt superior, als imports que recaptarà l'ajuntament, per la compensació procedent de Telefónica, les taxes d'altres empreses de telefonia fixa més la taxa prevista en l'Ordenança fiscal, a la qual es refereix el present informe.

Per tant, es considera correcte el plantejament de determinar la base imposable partint dels paràmetres exposats en l'apartat VI)

VII - Determinació de la base imposable i la quota de la taxa per tributació dels serveis de telefonia mòbil

Base imposable

De la conjunció dels paràmetres exposats i els càlculs realitzats, resulta

Base imposable de la quota bàsica =

Ingressos estimats per trucades rebudes en telèfons fixos procedents de telèfons mòbils + Ingressos estimats per trucades i serveis mòbils rebuts i iniciats en el Municipi, en un nombre de telèfons mòbils equivalent al 95% del nombre d'habitants.

? (c1 * 66,7) + ? (c3 * 279,5)

Tipus tributari

Sobre aquesta base imposable s'ha d'aprovar el percentatge de tributació. Semblaria lògic aplicar l'1,5%, coincident amb l'aplicat a la telefonia fixa i a la resta d'empreses de subministraments d'interès general, que ha estat el mantingut pel legislador de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals en els diversos conceptes de preu públic o taxa, al llarg d'un període de temps prolongat, com l'únic aplicable en les ocupacions del domini públic local, necessàries per a la prestació de serveis de subministrament a realitzar per empreses d'interès general.

No obstant això, ja que les magnituds de consums es mantenen relativament estables i tenint en compte que en la situació econòmica actual l'expectativa de benefici s'ha de presumir com a moderada, i a fi de respectar de la manera més fidel possible el mandat contingut en l'apartat a) de l'article 24.1 del TRHL, prenent com a referència el valor que tindria al mercat la utilitat derivada de l'aprofitament especial que constitueix l'objecte de la taxa, s'ha establert el tipus de l'1,4%.

La justificació d'aquest tipus resideix en el contrast de l'import de la taxa resultant, comparat amb els ingressos que podria obtenir-se de pertànyer el domini públic utilitzat a un agent privat i també comparant tots els ingressos procedents dels serveis de telefonia amb la hipotètica aplicació dels criteris manifestats pel legislador en la seva Llei 39/1988.

A aquest punt es dedica l'apartat VIII del present informe.

Quota tributària

Aplicant el tipus tributari de l'1,4% a la base imposable, resulta la taxa de.... ? (c8)

Atribució d'utilitat per operadors

Tenint en compte que existeixen cinc operadors de telefonia mòbil, serà precís atribuir a cada un d'ells una part d'aquesta "utilitat global". A tal fi, s'estableix el coeficient específic per ponderar la participació de cada operador al mercat (la CE), ja analitzat, en l'apartat V:

-Telefónica Móviles - 49,06% - ? cuota global (c8) x 0,4906

- Vodafone - 33,51% - ? cuota global (c8) x 0,3351

- Orange - 16,67% - ? cuota global (c8) x 0,1667

- Yoigo - 0,23% - ? cuota global (c8) x 0,0023

- Euskatel - 0,34% - ? cuota global (c8) x 0,0034

VIII - Contrast lògic del paràmetre

El 1989, primer exercici de vigència del TRHL, pel que es refereix a la taxa d'1,5% sobre ingressos bruts a satisfer per empreses que presten serveis d'interès general, la Compañía Telefónica va pagar al conjunt d'Ajuntaments d'Espanya 71 milions d'euros, que corresponien a l'1,9% de la seva facturació (incloent els conceptes definits al Reial Decret 1334/1998, de 4 de novembre, que va desenvolupar parcialment la Llei 15/1987, de tributació de Telefónica d'Espanya, S.A). Aquest import havia de comprendre la taxa de l'1,5% i un import equivalent al 0,4% per compensar altres tributs i preus públics locals diferents de l'IBI.

Per tant, l'1,5% de la facturació de Telefónica, al conjunt d'ajuntaments d'Espanya, suposa 56 milions d'euros (resultat d'operar (71*1.5)/1.9). En 2007 Telefónica ha pagat en conjunt als ajuntaments 161,2 milions d'euros, corresponent a la taxa de l'1,5%, 127,2 milions d'euros. L'increment experimentat en aquest llarg període reflecteix el lent creixement de la telefonia fixa, que contrasta de manera espectacular amb la gran expansió de la telefonia mòbil, que ve creixent a una taxa interanual del 30%.

Compararem els ingressos hipotètics que s'haurien obtingut per perllongar-se el model de 1988, i aplicant-lo a l'actual volum d'activitat del sector de telecomunicacions, amb els que realment s'espera obtenir:

VIII.1 - Simulació d'ingressos municipals que es podrien obtenir el 2009, per aplicació de la taxa de l'1,5% sobre ingressos bruts, si s'hagués mantingut el model establert a l'article 45.2 de la Llei 39/1988

Si l'Ajuntament hagués de percebre una taxa corresponent a l'1,5% de tots els ingressos bruts obtinguts per l'explotació dels serveis de comunicacions, compresos a l'article 2 del Reial Decret 1334/1998, és evident que seria molt superior a l'import que previsiblement percebrà al pròxim exercici, aplicant la taxa proposada.

Així es dedueix de l'anàlisi dels grans capítols de serveis de telecomunicacions, ja citats (pag. 214 ICT).

Per projectar quin podia ser l'estimació d'ingressos, de perdurar el règim de la Llei 39/1988, veiem (pg 214 ICT)

Ingressos totals del sector -44.214 milions d'euros
Deduïm els conceptes següents:
- Venda i lloguer de terminals -1.862 milions d'euros
- Altres serveis minoristes- 1.784 "
- Altres serveis a majoristes - 270 "

Ingressos sector computables: 44.214 - 1.862 - 1.784 - 270 =40.298 milions d'euros

La repercussió d'aquests "ingressos bruts" per habitant seria:
40.298 milions de euros/45,2 milions d'habitants =891,5 euros /habitant susceptibles de declaració.

Multiplicant aquesta dada pel nombre d'habitants ? (c2), obtenim una declaració hipotètica de ? (c2) * 891,5 Aplicant l'1,5% sobre aquesta suma, obtenim una recaptació presumpta de ..... ? ..... ? euros

VIII.2 - Estimació dels ingressos que realment es preveu obtenir

El 2009 es preveu obtenir els següents ingressos en concepte de taxa per aprofitament especial del domini públic municipal de què gaudeixen les empreses de telecomunicacions:

a) Compensació de Telefónica

Tenint en compte que Telefónica ha pagat el 2007 a l'Ajuntament ------- ? (c4), dels que corresponen a l'1,5% ------- ? (c5)
Estimant que fins a 2009 els ingressos de Telefónica s'incrementin a una taxa interanual del 2%, tindrem una estimació de _____ ? (c6).

b) Ingressos d'empreses de comunicacions fixes diferents de Telefónica

Empreses diferents de Telefónica, S.A.U., que donen servei de telefonia fixa hauran d'ingressar l'1,5% dels seus ingressos bruts per aplicació de l'article 24.1.c) del TRHL.

Ja que l'estimació d'ingressos bruts a declarar per empreses de telefonia fixa diferents de Telefónica és de 67,8 euros /línia fixa, estimem uns ingressos de:

1,5 % s/ ? (C1) * 67,8 euros.

c) Ingressos procedents d'aplicar la taxa proposada

Com es va exposar en l'apartat VII, la taxa proposada permetrà a l'Ajuntament obtenir uns ingressos de ------- ? (c8) Conseqüentment els ingressos totals a obtenir per l'Ajuntament seran la suma dels determinats en aquest apartat VIII.2, és a dir,

? c6+c7+c8= c10

IX - Conclusions sobre coherència tècnica dels paràmetres i moderació de la taxa aplicable a la telefonia mòbil

Dels apartats anteriors, es dedueixen unes conclusions importants, que avalen la coherència tècnica dels paràmetres utilitzats i la moderació de la taxa que han d'abonar els operadors de telefonia mòbil; són els següents:

a) La suma d'ingressos que es preveu obtenir per la compensació que Telefónica ha de satisfer (en compliment del previst en la Llei 15/1987) més altres ingressos procedents d'aplicar la taxa que es proposa, és inferior a l'import que l'Ajuntament obtindria d'haver continuat el règim de tributació de la telefonia (fixa i mòbil) en la quantia prevista pel legislador que va aprovar la Llei 39/1988, de 28 de desembre, Reguladora de les Hisendes Locals.

En efecte, l'Ajuntament preveu percebre ----- ? (c10), mentre que la quota hipotètica que hagués resultat, de prolongar-se l'aplicació dels criteris de la Llei 39/1988, seria de --------- ? (c9) euros.

b) El rendiment que esperaria obtenir qualsevol propietari privat per autoritzar el dret d'ús del sòl, subsòl, o vol del seu territori, amb l'extensió a què resulta obligat l'Ajuntament per la Llei General de Telecomunicacions, és molt superior a l'import dels ingressos que preveu percebre l'ajuntament.

Així, segons resultava de l'apartat V.2), la valoració d'aquest dret d'ús ascendia a ----- ? (c16) euros, mentre l'import de la recaptació municipal prevista per l'aprofitament especial del domini públic per empreses de telecomunicacions ascendeix a -------- ? (c10)

c) La quantia que han de satisfer els operadors de telefonia mòbil, per aplicació de l'ordenança, és similar, a la que previsiblement hauran d'abonar les empreses de telefonia fixa el 2009. Aquesta conclusió és lògica, doncs encara que l'expansió de la telefonia mòbil és molt major, la intensitat de l'ocupació del domini públic municipal en la telefonia fixa, i serveis complementaris, és superior.

d) Les xifres finals són realment moderades, en part degut que, per determinar tarifes de 2009, s'han imputat xifres de cost de consums de l'exercici 2007, sense aplicar cap coeficient d'actualització.

Les conclusions vénen avalades pel següent

RESUM NUMÈRIC DE L'INFORME

Dades utilitzades:

NT - Núm. Telèfons fixos ? (c1)
Cmm - Estimació consum telefònic de mòbil a mòbil /2009 -279,5 euros
Cmf - Consum estimat telefonia fixa des de mòbil -66,7 euros

NH - Núm. estimat de mòbils operatius en el Municipi ? (c3)

a) Ingressos previstos per a 2009

Compensació Telefónica ..... ? (c6) euros

Taxa altres empreses telefonia fixa... ? (c7) euros

Taxa empreses telefonia mòbil..... ? (c8) euros

Total ingressos previstos ..... ? (c10) euros

b) Ingressos hipotètics segon/model 1988 ? (c9) euros
c) Estimació dret ús sòl

Valor cadastral del sòl urbà ? (c12) euros

Valor dret ús sòl urbà ? (c16) euros

Queda clar que els ingressos a percebre (apartat a) són molt inferiors als previstos en la Llei 39/1988 (apartat b) i també al valor del dret d'ús del domini públic municipal (apartat c), imprescindible per a la prestació del servei de telefonia, en la seva doble modalitat de fixa i mòbil.

CONCLUSIÓ FINAL

El present informe tècnic-econòmic justifica que la taxa establerta en l'ordenança fiscal n º ...., per aprofitament especial del domini públic local, a favor d'empreses explotadores de serveis de subministraments d'interès general, s'ajusta a les previsions dels articles 24 i 25 del Text Refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals, aprovat per Reial Decret Legislatiu 2/2004, de 5 de març, en haver-se determinat les quotes a satisfer amb referència al valor que tindria al mercat la utilitat derivada de la utilització o aprofitament del subsòl, sòl i vol de les vies públiques municipals, si els béns afectats no fossin de domini públic.

Així mateix, aquest informe tècnic-econòmic mostra la coherència dels paràmetres considerats i acredita que en tot cas els ingressos que obtindrà l'Ajuntament per aplicació de la taxa per aprofitament especial del domini públic a les empreses de telecomunicacions, incloent la telefonia mòbil, no excediran de la previsió de la Llei d'Hisendes Locals de 1988, de manera que imposar una taxa pel servei de telefonia mòbil constitueix una necessitat per aproximar-nos a l'equilibri financer de l'Ajuntament.

MODIFICACIÓ D'ORDENANCES FISCALS PER A 2009

Angela Acín Ferrer

Barcelona, 17 d'octubre de 2008

- Importància ordenances (OF)
- Principi d’irretroactivitat
- Contingut de les OF
- Aprovació de les OF
- Impugnació de les OF
  - Qüestió prejudicialitat
  - Autoliquidacions

IMPOST SOBRE BÉNS IMMOBLES

Fet imposable

- Béns immobles rústics
  urbans
  de característiques especials

Subjectes passius

Beneficis fiscals potestatius

Base imposable

Base liquidable

- béns urbans
- béns rústics
- bices

Tipus gravamen

Règim de comunicacions

COMENTARI BREU SOBRE

ORDENANCES

- **IAE**
- **IVTM**
- **IVTNU**
- **ICIO**

MÒBIL

TASAS

A) PRESTACIÓN SERVICIOS

- AMPLIACIÓN ÁMBITO?
- CAUTELA: No superar coste de la actividad

B) UTILIZACIÓN DOMINIO PÚBLICO LOCAL

- Realidad del hecho imponible
- Solidez del informe técnico –económico
- Tributación TELEFONÍA MÓVIL

Apartados, Informe técnico-económico

- Estimación Ingresos por prestación servicio telefonía móvil
  (deducida Informe CMT)
- Determinación tasa telefonía móvil (TM)
- Estimación Ingresos hipotéticos de haberse prolongado el modelo LRH 39/1988 (I.hip.)
- Estimación ingresos reales de las empresas telecomunicaciones diferentes de telefonía móvil (Compensación Telefónica + otras) (TF)
- Estimación valor uso aprovechamiento especial de suelo ocupado ($V_{uso\ suelo}$)

CRITERIOS ORDENANZA FISCAL

- Moderación cuotas
- Aplicable en cualquier municipio
- No es preciso declaración sujetos pasivos

QB = Cuota básica = 1,4% s/BI

BI = Cmf*Nt+(NH*Cmm)

Siendo:

Cmf=Consumo telefónico medio estimado, por unidad urbana, corregido por el coeficiente atribuido a la participación de la telefonía móvil. Su importe para el ejercicio 2009 es de 66,7 euros/ año.

Nt = Número de teléfonos fijos instalados en el Municipio.

NH = 95% del número de habitantes empadronados en el Municipio.

Cmm =Consumo medio telefónico y de servicios, estimado por teléfono móvil. Su importe para 2009 es de 279,5 euros/año.

Cuota de cada operador= CE xQB

Siendo CE: Coeficiente de participación en el mercado (de cada operador)

CONTRASTE PARÁMETROS

(TM + TF) < I hip

(TM + TF)< V uso suelo

⇓

TASA TELEFONÍA MÓVIL

CUMPLE ARTS. 24,25 TRHL

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES INTERESANTES

TRIBUNAL SUPREMO
9,10,18 de Mayo de 2005
18 de junio de 2007
16 de julio de 2007 (interés de ley)

TSJ Cataluña – 30-6-2007
(s/obligación tributar – Vodafone)

TSJ Cataluña 26-6-2008 (confirmando modelo ordenanza ORGT)

CALCULOS INGRESOS TELEFONIA MOVIL PARA 2009

Municipio	Tèlefonos fijos (1)	Nº habitantes (2)	95% s/2 (3)	Pagos telefònica: Tasa 1,5% 2007 (4)	Pagos telefònica: Tasa 1,5% 2007 (5)	Pagos telefònica: Estimación 2009 (6)	Otros: Telefonía fija (7)	Tasa propuesta s/ordenanza (8)	Estimación ingresos 2009 (s/ L 39/88): Tasa 1,5% (9)	Comparación 2009: Ingresos reales (10)	Comparación 2009: Diferencia (11)	Contraste valor suelo: Valor catastral suelo (12)	Contraste valor suelo: coef. (*)	Contraste valor suelo: derecho uso (16)	Any efecte ponencia de Valors (15)	Superficie sòl urbà (en M2) (13)	Coef. uso suelo urbano (14)
A	1.322	3.466	3.293	12.756	10.071	10.478	1.344	14.119	46.349	25.941	-20.408	21.745.146	2	32.618	1.988	2.446.829	0,005
B	535	1.275	1.211	5.893	4.652	4.840	544	5.239	17.050	10.624	-6.426	8.582.921	2	12.874	1.988	847.579	0,005
C	1.043	2.307	2.192	8.851	6.987	7.270	1.061	9.550	30.850	17.880	-12.970	15.165.463	2	22.748	1.988	1.682.124	0,005
D	2.110	4.974	4.725	21.079	16.641	17.314	2.146	20.460	66.515	39.920	-26.595	56.340.880		42.256	1.995	2.552.088	0,005
E	636	1.687	1.603	6.540	5.163	5.372	647	6.865	22.559	12.883	-9.676	26.119.290		19.589	1.995	1.242.523	0,005
F	2.121	5.431	5.159	22.189	17.518	18.226	2.157	22.170	72.626	42.552	-30.074	120.570.483		90.428	2.001	4.578.571	0,005
G	550	1.337	1.270	5.819	4.594	4.780	559	5.484	17.879	10.823	-7.056	7.981.000	2	11.972	1.987	506.977	0,005
H	84	269	256	515	407	423	85	1.078	3.597	1.587	-2.010	1.053.179	3	2.370	1.989	63.702	0,005
I	1.089	2.193	2.083	11.550	9.118	9.486	1.108	9.169	29.326	19.763	-9.563	21.073.001	2	31.610	1.987	2.725.344	0,005
J	1.035	2.204	2.094	11.008	8.691	9.042	1.053	9.160	29.473	19.254	-10.219	88.075.922		66.057	2.002	2.393.678	0,005
K	47	171	162	521	411	428	48	680	2.287	1.155	-1.131	258.898	6	1.165	1.989	41.805	0,005
L	17.900	38.321	36.405	223.162	176.181	183.298	18.204	159.168	512.448	360.670	-151.777	1.528.769.484		1.146.577	2.005	7.662.258	0,005
M	262	519	493	2.225	1.756	1.827	266	2.174	6.940	4.268	-2.673	12.489.081		9.367	2.007	1.216.512	0,005
N	24.821	61.718	58.632	255.794	201.943	210.101	25.243	252.605	825.324	487.949	-337.375	2.679.835.550		2.009.877	2.005	7.590.020	0,005
O	2.489	7.079	6.725	30.318	23.935	24.902	2.531	28.639	94.664	56.073	-38.591	338.771.933		254.079	2.005	3.741.952	0,005
P	14.623	36.656	34.823	181.331	143.156	148.939	14.872	149.918	490.182	313.729	-176.453	513.413.628		385.060	2.000	4.932.757	0,005
Q	227	588	559	2.534	2.001	2.081	231	2.398	7.863	4.710	-3.153	1.343.319	5	5.037	1.987	143.132	0,005
R	150	329	313	1.237	977	1.016	153	1.363	4.400	2.532	-1.868	1.283.942	3	2.889	1.989	4.092.893	0,005
S	4.421	12.208	11.598	43.466	34.315	35.701	4.496	49.510	163.251	89.707	-73.544	663.566.825		497.675	2.008	1.052.793	0,005
T	3.564	8.476	8.052	43.355	34.228	35.611	3.625	34.836	113.345	74.071	-39.274	151.287.499		113.466	1.994	1.511.131	0,005
U	8.650	19.052	18.099	91.620	72.332	75.254	8.797	78.900	254.773	162.951	-91.822	237.558.907		178.169	1.994	1.208.168	0,005
V	411	1.071	1.017	4.887	3.858	4.014	418	4.365	14.322	8.797	-5.525	19.255.633		14.442	1.999	817.313	0,005
W	74	192	182	717	566	589	75	783	2.568	1.447	-1.120	298.265	7	1.566	1.989	41.916	0,005
	88.164	**211.523**	**200.947**	**987.368**	**779.501**	**810.993**	**89.663**	**868.633**	**2.828.591**	1.769.288	-1.059.303	**6.514.840.252**		**4.951.890**		**53.092.065**	

(*) Al valor catastral se le aplica un coeficiente para corregir los efectos de la antigüedad de la ponencia y la omisión de suelo rústico.

(1) Telefonos fijos del Municipio (datos referidos a 1 de enero de 2007)
(2) Población de derecho del Municipio
(3) Usuarios estimados de móvil (95% población derecho)
(4) Compensación de Telefónica en 2007
(5) Estimación del importe satisfecho por Telefónica que corresponde a la tasa del 1,5% s/ingresos brutos (5) = (4*1,5)/1,9
(6) Estimación del importe que satisfará Telefónica en 2009 (6) = 5*1,02*1,02
(7) Estimación de la Tasa que en 2009 satisfarán otras empresas de Telefonia fija (7) = 1,5 % s/ [(1) * 67,8]
(8) Tasa resultante de aplicar la ordenanza propuesta (8) = 1,4 % s/ ((1)*66,7) + ((3) *279,5)
(9) Estimación ingresos telefonía, según modelo Ley 39/1988 (9) = (2) * 891,5 . Taxa 1,5% = 1,5% s/ [(2)*891,5]
(10) Cifra que se estima percibirá el Ayuntamiento (10) = (6+7+8)
(11) Comparación entre los ingresos que se estima se percibirán y los que resultarían de aplicar la hipótesi (9), (11) = (10- 9)
(12) Valor catastral del suelo. En Municipios con ponencias muy desfasadas, o escasa superficie urbana , es preciso aplicar el coeficiente de apreciación que se indica.
(13) Superficie suele urbano
(14) Coef.uso suelo urbano
(15) Any ponencia valors
(16) Valor derecho de uso del suelo 16= 75% s/[(12) *2* (14)*0,1]. Si hay coef.corr. 16= 75% s/[((12)*coef.) *2* (14)*0,1].

Seminari Dret Local

Federació de Municipis de Catalunya

La reforma de la legislació catalana de residus: Lleis 8 i 9/2008

Joan Perdigó

Seminari de Dret Local

Federació de Municipis de Catalunya

17 d'octubre de 2008

Joaquín Tornos

SUMARI

1. Antecedents: les Lleis 15 i 16 / 2003

2. La Llei 9 / 2008, de 10 de juliol, de modificació de la Llei 6 / 1993, de 15 de juliol, reguladora dels residus

3. La Llei 8 / 2008, de 10 de juliol, de finançament de les infraestructures de gestió dels residus i dels cànons sobre la disposició i la incineració de residus municipals i sobre la deposició de residus de la construcció

1. Antecedents: les Lleis 15 i 16/2003

1.1. La primera reforma de la Llei 6/1993 de residus

- La Llei 15/2003 modifica la 6/1993, essencialment, en els aspectes següents:

a) Suprimeix les autoritzacions de les instal·lacions de gestió de residus i les remet a la Llei 3/1998, LIIAA
b) Introdueix el concepte de residus comercials i la seva gestió com una obligació dels titulars de les activitats
c) Substitueix la Junta de Residus per l'ARC
d) Preveu la presentació pel Govern, en 6 mesos, d'una proposició de llei sobre envasos a presentar al Congrés
e) Deroga el Decret legislatiu 2/1991 de residus industrials.

1. Antecedents: les Lleis 15 i 16/2003

1.2. La Llei 16/2003 sobre finançament de les infraestructures de tractament de residus i del cànon sobre la deposició de residus

- La Gtat assumeix el finançament de les instal·lacions de recollida, tractament i deposició de residus municipals, d'acord amb les inversions previstes en el PROGREMIC
- Crea el cànon sobre la deposició controlada de rr.mm
- Regula el Fons de gestió de residus, creat per la Llei 6/1993 i el dota amb les aportacions de l'ARC, el cànon sobre la deposició i les aportacions dels SIG d'envasos i altres SIG

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.1. La jerarquització de les accions envers els residus

- En relació a la Llei estatal 10/1998 i la Directiva 2006/12/CE, l'art. 2 precisa la jerarquització de,
  a) La prevenció i la reducció de la producció dels residus i de llur perillositat
  b) La reutilització
  c) El reciclatge
  d) Les altres formes de valorització material, de les que la definició de l'art. 3.3 j) exclou la recuperació d'energia

- Tanmateix, l'art. 6.1 e) situa la valorització energètica eficient (Llei 11/2000) per davant de la disposició

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.2. La planificació territorial de la gestió de residus

- Junt al Programa general i els de cada fracció (PROGREMIC, etc.)
- Els arts 6 i 6 *ter* preveuen un Pla territorial sectorial d'infraestructures de gestió de residus municipals.
- Amb la naturalesa de Pla d'ordenació del territori de la Llei 23/1983 de política territorial
- Inclou instal·lacions concretes a finançar per l'ARC
- Obliga a l'adaptació dels plans generals urbanístics.
- Autoritza els plans especials de l'art. 67.1 e) LU encara que el pla general no s'hagi adaptat
- L'aprovació del pla especial autoritza l'execució de les obres, sens perjudici de llicències i autoritzacions

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.2. La planificació territorial de la gestió de residus

- La planificació territorial permet imposar millor la zonificació de l'abast de les infraestructures de gestió de rr.mm., art. 14.1 a): només rr.mm?
- I imposar al planejament urbanístic la inclusió de determinacions sobre gestió de residus en el sistema d'equipaments o serveis tècnics
- Tanmateix, no costaria res que el TRLU les inclogués com a serveis inherents al sòl urbà i urbanitzable
- El Pla territorial sectorial hauria d'incloure instal·lacions de gestió de residus no especials, incloses les privades, i no limitar-se a les públiques, finançament a part

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.2. La planificació territorial de la gestió de residus

- La planificació i la zonificació han de respondre als principis de:
  a) Suficiència de les instal·lacions de valorització material i de disposició per a tots els residus generats a Catalunya o en un àmbit territorial determinat
  b) Proximitat de les instal·lacions
  c) Prioritat de la valorització (no es diu material)
  d) La valorització material és prioritària als principis de suficiència i de proximitat (exportació de residus)
- Es modulen els arts. 2 e) i 6.1 e) quant a relació entre valorització material i valorització energètica (incineració i altres formes de recuperació de l'energia dels residus)

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.3.- Espais degradats i sòls contaminats

- L'art. 15 regula els espais degradats i els sòls degradats
- Tanmateix, no afegeix res de nou a la regulació que en fan els arts. 27 i 28 de la Llei estatal 10/1998 de residus i el Reial decret 9/2005

2.4.- Serveis públics de la Generalitat

- L'art. 24 L 6/93 declara s.p. Gtat. el tractament dels residus especials: frigorífics (clorofluorocarburs), piles, fluorescents i llums de vapor de mercuri i olis usats
- I autoritza el Govern per incorporar altres categories de residus al servei públic de la Generalitat

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.4.- Serveis públics de la Generalitat

- La Llei 9/2008 deslegalitza del tot la declaració de s.p.
- I autoritza el Govern a declarar s.p. de la Generalitat el tractament de les categories de residus (especials i no especials) que així ho exigeixin
- Raó: la implantació obligatòria de SIG privats per les diferents categories de residus incloses en el servei públic
- Errònia ment, la DT 2a entén que s'ha suprimit la declaració de s.p. dels residus indicats a la L. 6/93 i limita les concessions al seu termini ordinari, impedint les pròrrogues
- Error, perquè el nou art. 24 no suprimeix cap s.p., sinó que conté una habilitació general al Govern per declarar-lo

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.4.- Serveis públics de la Generalitat

- La supressió o no del s.p. declarats dependrà del Govern; la DT no pot manllevar aquesta potestat legal al Govern
- Aquesta contradicció durà problemes envers les pròrrogues concessionals previstes contractualment
- Es manté el s.p. Gtat de la disposició del rebuig de residus especials (perillosos) en plantes externes de l'art. 26
- Precisant que aquest s.p. també inclou la incineració
- I es manté la habilitació del Govern per declarar s.p. la disposició del rebuig d'altres residus no municipals (especials i no especials) quan no es garanteixin per la iniciativa privada

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.5. Competències i serveis locals (arts. 5.2 a), 22, 38 i 47)

- La recollida selectiva de residus municipals –orgànics o no– es declara servei mínim obligatori a tots els municipis
- En els de menys de 5.000 h pot ser assumida pel consell comarcal
- A més, tots els municipis, sols o associats, han de prestar els serveis transport, valorització i disposició del rebuig dels residus municipals
- Els serveis de reciclatge i tractament han de comprendre, com a mínim, els residus de la recollida selectiva
- La deixalleria es considera sistema de recollida selectiva
- Es preveu la subrogació de la Gtat, no dels CC de Vegueria

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.6.- Organització de l'Agència de Residus de Catalunya

- El gerent passa a ser director de l'ARC, però no es crea la doble figura de director i gerent, com a l'ACA
- S'incorporen al Consell de Direcció un representant de l'Associació Catalana d'Indústries de Tractadors de Residus Especials, ACITRE
- I un altre de la Confederació d'Associacions de Veïns de Catalunya, CONFAVC
- Es crea el Consell per a la Prevenció i la Gestió dels Residus com a òrgan d'assessorament i de participació del Consell de Direcció
- Amb entitats locals, ecologistes, sindicals, empresarials, agràries, d'economia social, AA.VV., OO.CC, Universitats i experts i representants de l'Administració de la Gtat.
- Les funcions d'aquest Consell es desplegaran per reglament

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.7. Règim sancionador

- Només es modifica l'art. 75 sobre competències en relació a la quantia de les sancions:
  a) Alcaldes de mm -50.000 h: fins a 6.000 €
  b) Alcaldes de mm + 50.000 (?), President EMSHTR i Director ARC: fins a 60.000
  c) President de l'ARC (el Conseller) fins a 300.500 €
  d) Govern de la Generalitat: fins a 1.200.000 €

- Es manté la limitació del 50% i del 5% de les quanties de les ii. molt greus, respectivament, per a la sanció de les infraccions greus i lleus (art. 75.2)
- Lleus: 10 milions de pessetes; greus: 100 milions; molt greus: 200 milions (art. 74 no modificat)

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

2.8. Refosa de la legislació sobre residus de Catalunya

- La Disposició final faculta al Govern, en el termini d'un any, per refondre, aclarir, regularitzar i harmonitzar en un Text únic la Llei 6/1993, la Llei 11/2000 sobre la incineració, la Llei 15/2003 i la Llei mateixa Llei 9/2008

- No és objecte de refosa la Llei 8/2008 sobre el Fons de gestió de residus i els cànons sobre disposició i incineració de rr.mm i deposició de residus de la construcció

- No es deroga l'art 65 bis del Consell Assessor de Residus Industrials introduït per la Llei 15/2003, però s'ha d'entendre tàcitament suprimit i substituït pel Consell per a la Prevenció i la Gestió dels Residus a Catalunya

2. La Llei 9/2008 de modificació de la Llei 6/1993 reguladora dels residus

- No desplega l'art 144.1 d) EAC que atribueix a la Gtat competència compartida en matèria d'envasos en tot el cicle de vida des que es generen fins que esdevenen residus

- Cal recordar que, en les competències compartides, l'art. 111 EAC exigeix una llei catalana de desplegament, de forma que la legislació bàsica estatal (lleis i reglaments) no podrien ser aplicada ni reglamentada sense una llei catalana de desplegament

- Tanmateix, l'habilitació per a que el Govern reglamenti la producció, la generació, la gestió i la recollida selectiva de determinats residus (arts 5.1 i 8.2) pot cobrir aquest desplegament en matèria d'envasos i altres

3. La Llei 8/2008 de finançament i de cànons sobre disposició del rebuig

3.1. Abast de la Llei 8/2008

- No és una modificació, sinó que deroga i substitueix totalment la Llei 16/2003
- Regula el finançament de la gestió dels residus municipals i el Fons de gestió de residus creat per la Llei 6/1993
- El cànon sobre la disposició del rebuig dels rr.mm, ja existent, i crea el nou cànon sobre la incineració de rr.mm
- I el també nou cànon sobre la deposició dels residus de la construcció
- Tots tres cànons tenen la naturalesa d'**impostos ecològics**

3. La Llei 8/2008 de finançament i de cànons sobre disposició del rebuig

3.2. Finançament d'infraestructures

- La Generalitat garanteix el finançament de les infraestructures de gestió dels residus municipals.
- Com ara plantes de transferència, de triatge i tractament i instal·lacions de disposició del rebuig: establiment i millora
- D'acord amb el PTSIGRM i el PROGREMIC.
- Aquest finançament es concreta en un contracte programa entre l'ARC i el Govern.
- Les despeses d'explotació de les infraestructures de gestió dels residus municipals han de ser assumides pels ens locals que en siguin les titulars.

3. La Llei 8/2008 de finançament i de cànons sobre disposició del rebuig

3.3. El Fons de gestió de residus

- Finança la gestió de rr.mm. segons el PTSIGRM i el PROGREMIC
- I la gestió d'envasos i residus d'envasos d'acord amb la Llei estatal 11/1997
- El Fons es nodreix, essencialment de:
  a) Aportacions dels pressupostos de la Generalitat.
  b) Assignacions que corresponguin a les AA.PP. sobre la disposició del rebuig (inèdites fins ara)
  c) El rendiment dels cànons sobre la disposició i incineració de rr.mm i deposició de rr de la construcció.
  d) Aportacions dels SIG d'envasos i altres SIG
  e) Aportacions específiques de l'Estat i altres Institucions

3. La Llei 8/2008 de finançament i de cànons sobre disposició del rebuig

3.3. El Fons de gestió de residus

- El Fons és administrat per les Juntes de Govern de Residus Municipals, JGRM, i de Residus de la Construcció, JGRC
- Integren la JGRM el president i 2 vocals designats per l'ARC i 3 vocals d'ens locals: EMSHTR, FMC i ACM
- I la JGRC el president i 3 vocals designats per l'ARC i 4 de la Confederació Catalana de la Construcció

3.4. Els cànons sobre la disposició del rebuig de rr.mm.

- Al cànon sobre la disposició o deposició controlada, s'hi afegeix el cànon sobre la incineració de rr.mm
- Disposició 10 €/Tn; i 20 sense recollida selectiva orgànica.
- **Incineració** 5 €/Tn; i 15 sense recollida selectiva orgànica

3. La Llei 8/2008 de finançament i de cànons sobre disposició del rebuig

- L'administració i distribució per la JGRM s'ajusta als crieteris següents:
  a) El 50%, com a mínim, al tractament de la fracció orgànica recollida selectivament
  b) La resta a la RSO en origen, la RS i el reciclatge d'altres fraccions, altres formes de valorització material, sensibilització, divulgació i educació ambiental

- Subjectes passius **contribuents**: els **ens locals** titulars del servei de gestió de rr.mm o els productors de rr.mm que no són objecte del servei municipal de recollida

- Subjectes passius **substituts**:**concessionaris** i altres gestors del servei municipal, **o gestors autoritzats** quan la recollida no és servei públic municipal

3. La Llei 8/2008 de finançament i de cànons sobre disposició del rebuig

3.6. Cànon sobre la deposició de rr. de la construcció

- 3€/Tn, administrats per la JGRC

- No en són objecte les terres i materials d'excavació que són reutilitzats com a rebliment per a obres autoritzades
- Ni els enderrocs gestionats conforme el D 21/2006 de criteris ambientals en els edificis

- Subjectes passius **contribuents**: **productors**, públics o privats de runes, enderrocs i altres residus de la construcció
- Subjectes passius **substituts**: **titulars dels dipòsits controlats**, públics o privats, que reben els residus de la construcció

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

Joaquín TORNOS

MOLTES GRÀCIES PER LA VOSTRA ATENCIÓ

Joan Perdigó

2a sessió

14/11/08

L'Estatut bàsic de l'empleat públic. Aplicació material.
Joan Mauri Majos, professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

El desplegament de l'EBEP a Catalunya.
Rafael Jiménez Asensio, advocat, professor de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra.

Trets essencials per a les entitats locals de la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics.
Jordi Cases Pallarès, secretari general de l'Ajuntament de Barcelona.

Aplicacions del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica al món local.
Lucas Martínez Chito, cap del Departament de Control i Disminució de la Contaminació Acústica de l'Ajuntament de Barcelona.

INCIDÈNCIA DE L'ESTATUT BÀSIC DE L'EMPLEAT PÚBLIC SOBRE LES BASES DE RÈGIM LOCAL EN MATÈRIA DE PERSONAL

Joan Mauri Majós
Professor de Dret Administratiu
Universitat de Barcelona

El règim jurídic del personal al servei de la administració local s'ha articulat fins al moment en base als elements següents:

a) Preferència de les bases estatals en matèria de règim local com a legislació específica o singular de la funció pública local diferenciada de la regulació general de la funció pública.

b) Aplicació de la legislació bàsica de l'Estat en matèria de funció pública general.

c) Aplicació de les normes autonòmiques que despleguen la legislació bàsica sobre règim local i sobre funció pública.

Aquest esquema s'altera amb la recent aprovació de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic. Precisament, l'article 3 d'aquest text legal preveu que el personal funcionari de les entitats locals es regirà per la legislació estatal que resulti d'aplicació, de la que forma part el mateix Estatut i per la legislació de les Comunitats Autònomes, amb respecte a l'autonomia local.

Aquesta referència, breu i sintètica, al sistema de fonts de la funció pública local produeix un seguit de transformacions sobre el esquema conegut que hem de considerar amb atenció.

En primer lloc, una interpretació literal del precepte ens indica que és voluntat del legislador bàsic estatal de la funció pública general l'aplicació primària o com a mínim concurrent de l'Estatut amb les bases del règim local en matèria de personal. Aquesta impressió es confirma si es té en compte que el mateix Estatut recull expressament, en la disposició derogatòria única, que queden igualment derogades totes les normes d'igual o inferior rang que contradiguin o s'oposin al que es disposa en el EBEP.

Per tant, la posició de l'EBEP trastoca el règim de fonts i situa l'Estatut en una posició primària per sobre de les bases de règim local en matèria de personal local que queden derogades implícitament quan entrin en contradicció amb un precepte de l'EBEP, cosa que obliga l'intèrpret a una anàlisi cas a cas per a determinar la norma continguda en cadascun dels textos legals i esclarir o no la vigència d'un determinat postulat normatiu.

Aquesta delicada operació ve forçada per la manca de tramitació de l'avantprojecte de Llei Bàsica del Govern i l'Administració Local que es va elaborar en la legislatura anterior i que hores d'ara ha entrat en un compàs d'espera. Precisament, aquest avantprojecte incorporava una disposició addicional novena que remetia el règim jurídic del personal al servei de les administracions locals al mateix EBEP, amb la qual cosa les normes bàsiques sobre aquest personal es reduïen i confonien amb les normes bàsiques de l'estatut de la funció pública general. En defecte d'aquesta situació s'afirma doncs la posició principal del EBEP en el sistema de fonts de la funció pública local i la derogació implícita d'aquelles normes del règim local que entrin en contradicció amb els seus preceptes.

La segona de les conseqüències induïdes pel redactat de l'article 3 de l'EBEP és la subsistència d'un esquema dual de les bases estatals en matèria de funció pública local. A les bases de la funció pública, l'Estat podrà sobreposar les bases del règim local que facin referència específica a la funció pública local. Des d'aquesta perspectiva es pot afirmar que, davant la manca d'aprovació de l'avantprojecte citat, aquesta concurrència de bases estatals sobre el règim jurídic dels funcionaris locals era un pura necessitat de dret transitori que es solucionarà en el moment en que s'aprovi la proposta esmentada, però el cert és que l'Estat manté un títol específic per establir les bases del règim jurídic de la funció pública local i que en aquesta situació, transitòria o no, els operadors jurídics es veuen obligats a considerar la supervivència de les antigues, però vigents, bases del règim local.

A més, no queda clar que l'Estat hagi renunciat a l'exercici d'aquest títol. En aquesta direcció, cal tenir present la disposició addicional novena de la llei estatal del sòl, la Llei 8/2007, per la que s'inclou una nova disposició addicional quinzena en la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les Bases del Règim Local, sobre règim d'incompatibilitats i declaracions d'activitats i béns dels directius locals i altre personal al servei de les entitats locals, sobre la qual no existeix una declaració de la seva naturalesa i, per tant, es pot interpretar que és una norma bàsica atesa la naturalesa del text legal en què es produeix.

Com a conclusió del que hem exposat, sembla que en el moment present l'esquema de fonts de la funció pública local s'ha d'integrar per les normes del estatut bàsic de l'empleat públic, per les bases del règim local en matèria de funció pública subsistents i per la legislació de les comunitats autònomes.

Tanmateix, la situació de concurrència de les bases estatals amb la legislació pròpia de les comunitats autònomes, s'ha d'explicitar correctament a la llum de les competències estatutàries que s'hagin assumit per cada comunitat en matèria de funció pública.

És ben conegut que l'EBEP conté un precepte singular, la seva disposició final segona, on es disposa que: "Les previsions d'aquesta Llei son d'aplicació a totes les Comunitats Autònomes respectant en tot cas les posicions singulars en matèria de sistema institucional i les competències exclusives i compartides en matèria de funció pública i d'autoorganització que els atribueixen els respectius Estatuts d'Autonomia, en el marc de la Constitució".

Aquesta norma, que en la pràctica suposa el condicionament de les bases estatals pel sistema de delimitació de competències establert pels estatuts d'autonomia i, més concretament, per l'Estatut d'Autonomia català, ha generat una intensa polèmica que s'ha d'emmarcar en la més general sobre la capacitat del estatuts d'autonomia per definir la forma i l'extensió de les normes bàsiques estatals.

Sobre aquest precepte dos posicions s'han afermat fins al moment:

a) Els que entenen que aquesta disposició jurídicament no té valor, atès que l'EBEP conté les bases del règim estatutari dels funcionaris públics conforme a Constitució amb la qual cosa una possible contradicció entre la legislació bàsica de l'Estat i els estatuts d'autonomia s'hauria de resoldre pel Tribunal Constitucional en termes de constitucionalitat de l'EBEP o d'inconstitucionalitat de l'Estatut d'Autonomia (SÁNCHEZ MORÓN, ORTEGA).

b) Els que pensen que la finalitat d'aquesta norma és la d'introduir en el mateix Estatut bàsic de l'Empleat Públic un principi d'autolimitació que permet modular l'aplicació de la norma bàsica en funció de les posicions singulars de cada Comunitat Autònoma en matèria de sistema institucional i les competències que en matèria de funció pública es puguin recollir en els estatuts d'autonomia (AZEMAR).

Convé recordar que l'Estatut d'Autonomia de Catalunya assenyala en el seu article 5 una referència expressa als drets històrics del poble català, dels quals deriva el reconeixement d'una posició singular de la Generalitat de Catalunya en relació amb el sistema institucional en que s'organitza la Generalitat. Precisament, l'article 2.3 de l'Estatut català precisa, en aquest ordre de coses, que els ens locals s'integren en el sistema institucional de la Generalitat. Més concretament, l'article 136 de l'Estatut d'Autonomia, recull que correspon a la Generalitat, en matèria de funció pública, respectant el principi d'autonomia local:

a) La competència exclusiva sobre el règim estatutari del personal al servei de les administracions publiques catalanes i sobre l'ordenació i l'organització de la funció pública, excepte el que disposa la lletra b).

b) La competència compartida per al desenvolupament dels principis ordinadors de l'ocupació pública, sobre l'adquisició i pèrdua de la condició de funcionari, les situacions administratives i els drets, deures i incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques.

c) La competència exclusiva, en matèria de personal laboral, per a l'adaptació de la relació de llocs de treball a les necessitats derivades de l'organització administrativa i sobre la formació d'aquest personal.

Finalment, convé tenir present que l'article 111 de l'Estatut afegeix que correspon a la Generalitat la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, en el marc de les bases que fixi l'Estat com a principis o mínim comú normatiu en normes amb rang de llei, excepte en els supòsits que es determinen d'acord amb la Constitució i el mateix Estatut. Lògicament amb aquesta redactat sembla que s'impedeix la possibilitat de dictar normes reglamentaries bàsiques en matèria de funció pública en el ben entès que aquesta prohibició, que no es més que una sistematització estatutària de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre els aspectes formals de les normes bàsiques, no pot afectar a la legislació vigent, atès que, en principi, no provoca la inconstitucionalitat sobrevinguda de les normes bàsiques estatals que no acompleixin aquesta condició.

La posició estatutària sobre la ordenació de competències en matèria de funció pública entronca històricament amb aquella posició doctrinal (LLISET; TORNOS) expressada al començament de la autonomia catalana, sobre la necessitat de distingir entre la relació de serveis, entesa com la relació jurídica estatutària articulada en base a un sistema de drets i deures, i la relació orgànica, que no constitueix règim estatutari sinó organització de la funció pública. Des d'aquesta posició doctrinal s'entenia que el que la Constitució volia garantir és el tracte comú dels funcionaris, com a individus, davant de les diferents administracions públiques. En canvi, la relació orgànica depèn de la posició del funcionari en relació amb l'administració pública i, per tant, envers a la seva potestat organitzativa. Si des d'aquest plantejament es baixa a termes concrets, podríem assenyalar que es pot enquadrar dins de l'expressió "règim estatutari" tot allò que té a

veure amb la relació de serveis, és a dir, al seu establiment, alteració i cessació i el sistema de drets i deures que regulen la vida de la mateixa relació. Contràriament, les qüestions relatives a l'estructura professional, llocs de treball, carrera administrativa i provisió de llocs de treball, es vincularien a la relació orgànica i, per tant, no s'enquadrarien dins de la legislació bàsica de l'Estat.

Si tenim en compte que el mateix estatut bàsic de l'empleat públic ha previst una extensa remissió a les lleis de funció pública dels seus capítols II (dret a la carrera professional i a la promoció interna; l'avaluació del desenvolupament), i III (drets retributius), del títol III, i al capítol III, del títol V (provisió de llocs de treball i mobilitat), ens adonarem que la competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya, a reserva de la relació que es pugui establir entre els paràgrafs a i b de l'article 136 EAC, es centra en la matèria ordenació i organització de la funció pública, és a dir, bàsicament els instruments de planificació i ordenació de l'ocupació pública, entre els que s'han d'incloure la definició de les estructures professionals dels funcionaris públics (JIMENEZ ASENSIO).

Resumint, l'emergència de l'estatut bàsic de l'empleat públic en el sistema de fonts de la funció pública local catalana combinada amb la vigència de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, sembla produir els efectes següents:

a) L'afirmació com a norma primària del sistema de funció pública local del propi EBEP.

b) El manteniment de les bases de règim local en matèria de funció pública local que siguin compatibles amb l'EBEP.

c) L'afirmació de la competència de la Generalitat de Catalunya per regular els aspectes relatius a l'ordenació i organització de la funció pública dels ens locals del seu territori, respectant la competència compartida sobre principis ordinadors de la funció pública.

A partir d'aquí convé que ens endinsem en una feina d'anàlisi cas a cas a efectes de determinar quins preceptes de la legislació bàsica de règim local en matèria de personal al servei de les administracions locals es poden considerar derogats implícitament per la seva incompatibilitat amb l'EBEP.

Tanmateix, abans d'obrir aquesta qüestió ens hem de referir a l'especial situació del Text Refós de les Disposicions legals vigents en matèria de Règim Local des de la seva consideració com a norma bàsica del règim local. En aquesta direcció convé recordar que la STC 385/1993 va considerar inconstitucional el paràgraf 1.b de la disposició final sèptima del TRRL, en la qual es diè: "que en les matèries regulades pels títols VI i VII se inferirà el caràcter bàsic dels seus preceptes conforme a la seva naturalesa o segons disposi la legislació vigent en aquelles". Aquest precepte es va entendre que resultava incompatible amb la constel·lació de requisits i principis que serveixen per a configurar i exterioritzar el caràcter bàsic de qualsevol norma, per això el incís "conforme a la seva naturalesa" es va declarar inconstitucional, en cavi va subsistir l'incís "segons disposi la legislació vigent"; és a dir, de conformitat amb aquesta locució el caràcter bàsic dels preceptes del Text Refós en matèria de personal hauria de ser determinat en funció del que estableixi "la legislació estatal vigent". Posteriorment la STC 37/2002, de 14 de febrer, va assenyalar que l'expressió "segons disposi la legislació vigent" no és sinó una remissió a altres llocs de l'ordenament jurídic mitjançant la tècnica del reenviament, que conté una qualificació expressa però indirecta en la determinació de la matèria bàsica, per tant, la qualificació com a bàsics o no dels preceptes del Text Refós dependrà de la qualificació com a bàsic que tingui el precepte que actua com a referència en la legislació estatal vigent. Precisament, aquest pronunciament va produir una ràpida –però moderada- reacció de l'Estat que va declarar com a bàsics els articles 151.a, 167 i 169 a la Llei 53/2002, de 30 de desembre, de Mesures Fiscals, Administratives i de l'Ordre Social per a l'any 2003. Per tant, el caràcter bàsic dels articles 126 al 177 del Text Refós, va quedar en entredit i s'haurà de deduir del seu emparament per una norma de la legislació estatal vigent en matèria de funció pública general que tingui la consideració de bàsica.

Si analitzem ara l'estructura de les normes de la Llei reguladora de les Bases de Règim Local ens trobarem amb quatre tipologies de preceptes:

A) Els articles que han estat derogats expressament per l'EBEP, concretament, l'article 92 (sistema de fonts i funcions públiques reservades) i el capítol III del Títol VII (selecció i formació de funcionaris amb habilitació de caràcter nacional i sistema de provisió de places).

B) Els articles que remeten la seva regulació substantiva a la legislació bàsica de funció pública o, alternativament, al règim establert amb caràcter general per a tota la funció pública o a las normes que regulen els procediments en totes les administracions públiques; concretament, l'article 91 (oferta d'ocupació pública), l'article 93 (retribucions), l'article 95 (participació dels funcionaris en la determinació de les seves condicions de treball) i, finalment, l'article 101 (provisió de llocs de treball).

C) Els preceptes que encomanen atribucions a òrgans de l'administració de l'Estat, en els quals caldrà estar a l'exercici d'aquesta competència per a determinar l'ajust o no de l'esmentat exercici al sistema d'ordenació de competències en matèria de funció pública. Aquest pot ser el cas de l'activitat de formació que ha de desenvolupar l'Institut Nacional d'Administració Pública en matèria de perfeccionament, especialització i promoció dels funcionaris al servei de les

entitats locals en règim de col·laboració amb els instituts o escoles de funcionaris de les comunitats autònomes que preveu l'article 96 de la LRBRL.

D) Els preceptes que atribueixen competències als òrgans de govern de l'administració local, com l'article 102 de la LRBRL que atribueix la competència per aprovar les bases de les proves de selecció i dels concursos per a la provisió de llocs de treball al president de la corporació, òrgan de govern al que també s'encomana la seva resolució motivada i posterior nomenament dels seleccionats.

E) Els preceptes més directament substantius de la LRBRL que hem de contrastar amb els articles de l'EBEP, a efectes de determinar la seva possible derogació per incompatibilitat al produir-se entre els dos postulats normatius una relació lògica de contrarietat. Aquesta relació de contrarietat es produirà quan resulti lògicament impossible aplicar una norma sense violar l'altra norma. Ara bé, sempre que es pugui aplicar simultàniament ambdues normes un principi elemental de prudència ens ha de portar a mantenir la vigència de les mateixes. De la mateixa manera pensem que la comparació s'ha de produir entre proposicions prescriptives senceres, és a dir, que facin referència al mateix àmbit de regulació temporal, espacial, personal y material. Aquests preceptes son els següents:

a) L'article 89 LRBRL fa referència a les classes de personal al servei de les entitats locals i s'ha de contrastar amb l'article 8.2 EBEP dedicat a la classificació dels empleats públics. L'exposició de les classes de personal realitzada per la legislació bàsica de règim local és contradictòria amb la bàsica de la funció pública general per omissió; és a dir, la legislació de règim local no conté tipus concrets de funcionaris –funcionaris interins- o de personal laboral –personal laboral per temps indefinit- que, en canvi, sí menciona i afirma l'Estatut; per tant, si apliquéssim aquest precepte desconeixeríem l'existència d'unes classes especifiques d'empleats públics que l'EBEP ha considerat necessari incorporar. Des d'aquesta perspectiva pensem que l'article 89 LRBRL s'ha d'entendre derogat implícitament i substituït per l'article 8.2 EBEP.

b) L'article 90 LRBRL, és un precepte relativament complex que fa referència a instruments de planificació de recursos humans, a l'ordenació de llocs de treball i als registres de personal. Aquesta és l'àrea d'aplicació de la competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya en matèria d'ordenació i organització de la funció pública, amb la qual cosa una futura legislació de la Generalitat que regulés aquests aspectes podria desplaçar aquests preceptes per a les entitats locals del territori de Catalunya. Tanmateix, avui per avui, convé comprovar el seu grau de compatibilitat amb l'estatut bàsic de l'empleat públic de la forma següent:

> Si atenem en primer lloc a l'article 90.1 LRBRL, referit a la plantilla pressupostària, haurem de tenir present dues dades essencials, una, que el article 14.3 LMRFP identificava l'instrument "plantilla de personal", instrument que en el EBEP ha desaparegut; dos, que el objectiu perseguit per la plantilla és clarament planificador: establir l'ajust els efectius de personal i el pressupost necessari per a fer front a les seves retribucions i programar les places vacants que es poden incloure a l'oferta pública. Lògicament, la plantilla com a instrument es pot considerar un sistema de planificació d'efectius, a efectes pressupostaris i de selecció, dels enunciats a l'article 69.3 EBEP. En aquest precepte s'assenyala que cada administració pública planificarà els seus recursos humans d'acord amb els sistemes que estableixen les normes d'aplicació. Al respecte es podria considerar que l'article 90.1 LRBRL és una norma d'aplicació i la plantilla un sistema més de planificació, el que permetria l'aplicació simultània d'ambdues normes. En aquesta direcció convindria considerar la estreta relació existent entre la plantilla, el pressupost i el control de les despeses de personal, jugaria aquí un altre títol bàsic estatal, concretament el de les bases i la coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica previst a l'article 149.13 CE, títol que avalaria la naturalesa bàsica del precepte, el qual es consideraria un instrument de racionalitat econòmica i d'eficiència que s'hauria d'establir d'acord amb l'ordenació general de l'economia.
>
> L'article 90.2 LRBRL estableix la obligació de les corporacions locals de formar la relació de tots els llocs de treball existents en la seva organització, en els termes previstos en la legislació bàsica de funció pública, amb la qual cosa aquest precepte no planteja més que una pura remissió. Qüestió distinta és l'atribució a l'Estat d'una competència reglamentària per establir les normes conforme a les quals s'hagin de confeccionar les relacions de llocs de treball, la descripció de llocs de treball tipus i les condicions requerides per a la seva creació. Aquesta atribució de competències a l'Estat resulta contradictòria amb la competència atribuïda a l'article 74 de l'EBEP a totes les administracions públiques per estructurar la seva organització a través de relacions de llocs de treball o altres instruments organitzatius semblants, el que sens dubte generà una capacitat d'opció i organització d'aquesta tipologia de tècniques d'organització que la legislació de règim local no pot anul·lar en benefici de l'Estat. Per tant, hem de considerar que aquesta atribució en favor de l'Estat – mai exercida - ha de decaure davant d'una llei bàsica estatal que ha d'assumir per imperatiu constitucional la promoció del principi d'autonomia local i que garanteix una millor satisfacció del govern local, resultant des d'aquesta perspectiva més favorable per l'autonomia local. Aquest mateix precepte preveu que l'Estat fixarà les normes bàsiques de la carrera administrativa, normes bàsiques que s'han de considerar establertes pels articles 16, 17, 18, 19 i 20 de l'EBEP.

Finalment, l'article 90.3 LRBRL, ens diu que les corporacions locals constituiran registres de personal, coordinats amb els de les demés administracions públiques, segons les normes aprovades pel Govern. Aquí el que es produeix és un conflicte d'ordenació en el procediment. Segons la llei local, la coordinació es produeix imperativament a través d'una activitat unilateral del Govern; en canvi, segons l'article 71 EBEP, la coordinació en matèria de registres de personal s'assoleix a través d'un conveni de conferencia sectorial que ha d'establir d'una forma paccionada els continguts mínims comuns dels registres de personal i els criteris que permetin l'intercanvi homogeni de la informació entre administracions. Es produeix, per tant, una natural incompatibilitat entre els dos tipus de procediments de determinació de l'estructura del registre de personal que s'ha de resoldre a favor de l'EBEP.

c) L'article 91.2 LRBRL, assenyala que la selecció de tot el personal, sigui funcionari o laboral, s'ha de realitzar d'acord amb l'oferta pública mitjançant convocatòria pública i a través del sistema de concurs, oposició o concurs-oposició lliure en els que es garanteixen els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, així com el de publicitat. Aquesta regla sembla resultar parcialment incompatible amb l'article 61.6 EBEP, atès que aquest precepte preveu que els sistemes selectius de funcionaris de carrera seran els d'oposició i concurs-oposició i que solament en virtut de llei es podrà aplicar, amb caràcter excepcional, el sistema de concurs que consistirà únicament en la valoració de mèrits. Convé ressaltar que aquesta incompatibilitat parcial, al meu parer, resulta de caràcter més estructural. El redactat del règim local preveu en allò que fa referència a la selecció dels funcionaris de carrera una igualtat i, per tant, un possible ús alternatiu d'uns sistemes de selecció situats en peu d'igualtat, que en l'Estatut bàsic no existeix. En la llei bàsica de funció pública el sistema de concurs és d'ús excepcional, de forma que queda reservada a la llei la habilitació per a la seva possible utilització que, al meu parer, s'ha d'atorgar per una convocatòria concreta o per un conjunt de convocatòries identificades. Tanmateix, hem d'especificar que la invalidesa sobrevinguda que es predica d'aquest precepte s'ha de limitar única i exclusivament a l'àmbit del personal funcionari sense que es pugui estendre al personal laboral, atès que l'article 61.7 EBEP preveu que els sistemes selectius del personal laboral fix seran els d'oposició, concurs-oposició o concurs de valoració de mèrits.

d) L'article 94 LRBRL determina que la jornada de treball dels funcionaris de l'administració local serà en còmput anual la mateixa que es fixi per als funcionaris de l'administració civil de l'Estat. Se'ls aplicaran les mateixes normes sobre equivalència i reducció de jornada. Aquest precepte, doncs, estableix una remissió del règim jurídic de la jornada de treball dels funcionaris locals al règim jurídic de la jornada de treball dels funcionaris al servei de l'administració civil de l'Estat. D'aquesta manera es priva a les corporacions locals de la seva capacitat per organitzar la jornada de treball dels seus funcionaris públics. De la lectura de l'article 47 EBEP, on es disposa que les administracions públiques establiran la jornada general i les especials de treball dels seus funcionaris públics, es pot interpretar que hi ha una derogació tàcita de l'esmentat article 94 LRBRL, de manera que les entitats locals recuperaria la seva autonomia per a la fixació d'aquest element del règim jurídic dels temps de treball dels seus funcionaris.

e) L'article 97 LRBRL preveu que els anuncis de convocatòries d'accés a la funció pública local i de concurs per a la provisió de llocs s'hauran de publicar en el Butlletí Oficial de l'Estat, encara que les bases s'han de publicar únicament en el Butlletí Oficial de la Província. Aquesta carrega de publicació addicional en el Butlletí Oficial de l'Estat no es incompatible amb cap precepte; encara més, pensem que el doble sistema de publicació que preveu la legislació bàsica de règim local es podria considerar una garantía del principi de publicitat i transparència previstos a l'article 55.2 EBEP com a principis rectors de la selecció per a l'accés a l'ocupació pública, amb la qual cosa creiem que s'ha de mantenir el seu caràcter bàsic, amb independència de l'opinió personal que es pugui tenir sobre la funcionalitat d'aquest doble sistema de publicitat .

f') L'article 100.2 EBEP conté una habilitació a l'Estat per establir reglamentàriament les regles bàsiques i els programes mínims a què s'ha d'ajustar el procediment de selecció i formació dels funcionaris de l'administració local i els títols acadèmics requerits per a prendre part en les proves selectives. Aquesta és una delegació directa de la llei a un reglament executiu per concretar les bases en matèria de selecció, matèria que segons l'article 136 de l'EAC –adquisició de la condició de funcionari- resulta compartida entre l'Estat i la Generalitat. Certament es podria opinar que aquest tipus d'encàrrec a la norma reglamentària és contradictori amb la consideració formal de les bases i, des d'aquesta perspectiva, seria lògic considerar aquesta delegació contraria a la previsió establerta per l'article 111 EAC, on es diu que en les matèries que l'Estatut atribueix a la Generalitat de forma compartida amb l'Estat, corresponen a la Generalitat la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, en el marc de les bases que fixi l'Estat com a principis o mínim comú normatiu en normes amb rang de llei. Tanmateix, convé recordar que aquesta declaració estatutària no afecta a la legislació vigent, atès que no produeix la inconstitucionalitat sobrevinguda de les normes bàsiques estatals en vigor que tinguin aquest caràcter. Precisament, el projecte d'Estatut d'Autonomia aprovat pel Parlament de Catalunya a la seva disposició transitòria tercera indicava que amb relació amb les competències compartides i mentre l'Estat no dictés la legislació bàsica en forma de principis objectius o estàndards mínims, la Generalitat els podia deduir de la normativa bàsica vigent. Aquest mandat que apel·lava a la desobediència de la legislació bàsica vigent ha desaparegut del text estatutari amb la qual cosa caldrà considerar aquesta delegació com a vigent i procedir més endavant a l'anàlisi del Reial Decret 896/1991, de 7 de juny, sobre regles bàsiques i programes mínims a que s'ha d'ajustar el procediment de selecció dels funcionaris de l'administració local. Tot i això, és convenient

fer una matisació entre la remissió a les regles bàsiques a que s'ha d'ajustar el procediment de selecció, que en quan encàrrec o encomana oberta difícilment pot ser incompatible amb algun dels preceptes de l'EBEP, i la referència feta als programes mínims. Aquest últim incís habilita l'Estat per establir els programes mínims de les proves teòriques dels processos selectius que s'han d'incorporar a les bases de les convocatòries que aprovin els òrgans de govern de les nostres corporacions locals. Aquesta habilitació contradiu l'encàrrec que l'article 55 EBEP fa a les diferents administracions públiques per adequar el contingut dels processos de selecció a les funcions o tasques a desenvolupar; a més, és clarament intrusiu amb l'autonomia local que el mateix article 3 EBEP ordena garantir per suposar una ingerència directa en l'estructura interna d'un acte administratiu -la convocatòria- que les pròpies corporacions locals han d'adoptar. Per tant, sembla que el judici de congruència entre els programes de les proves selectives i les funcions a desenvolupar hauria de correspondre a cadascuna de les administracions públiques locals com després explicarem més detalladament.

g) El primer paràgraf de l'article 101 LRBRL estableix que els llocs de treball vacants que hagin de ser coberts per funcionaris es proveiran en convocatòria pública pels procediments de concurs de mèrits o de lliure designació, d'acord amb les normes que regulen aquests procediments en totes les administracions públiques. El precepte esmentat resulta coherent amb l'article 78, 79 i 80 EBEP que remeten la provisió de llocs de treball en cada administració pública als procediments de concurs i lliure designació amb convocatòria pública i actuen com a normes que regulen aquests procediments en totes les administracions públiques. El segon paràgraf d'aquest precepte preveu la participació dels funcionaris d'altres administracions públiques en la provisió de llocs de treball de les entitats locals, quedant en aquest cas supeditada la esmentada participació a allò que es pugui establir en les relacions de llocs de treball. A l'article 84 EBEP les mesures de mobilitat voluntària entre funcionaris de les diferents administracions públiques es subordinen a un conveni de conferència sectorial o als instruments de col·laboració que es puguin establir entre l'administració general de l'Estat, les Comunitats Autònomes i les Entitats Locals, opció que en línia de principi no sembla contradictori amb el seu trasllat posterior a les relacions de llocs de treball de les corresponents entitats, cosa que ens porta a afirmar la compatibilitat dels dos preceptes, sempre que s'entengui que les previsions concertades voluntàriament en les conferències sectorials o en els instruments de col·laboració s'han de traslladar per les entitats locals a les seves relacions de llocs de treball.

h) L'article 103 LRBRL assenyala que el personal laboral serà seleccionat per la pròpia corporació tenint en compte el que es disposa a l'article 91 i amb el màxim respecte amb el principi d'igualtat d'oportunitats de tots els que reuneixin els requisits exigits. Com ja hem dit, a diferència del que succeeix amb el personal funcionari, aquest precepte resulta congruent amb les normes bàsiques de l'ocupació pública que regulen la selecció del personal laboral.

i) L'article 104 LRBRL preveu el règim jurídic del personal eventual al servei de les entitats locals de règim comú, que no hauríem de confondre i convindria diferenciar del règim jurídic del personal directiu per als municipis de gran població establert a l'article 130 de la mateixa llei. Aquest precepte preveu que el nombre, característiques i retribucions del personal eventual serà determinat per cada corporació i que el nomenament d'aquests funcionaris, el règim de les seves retribucions i la seva dedicació es publicarà en el butlletí oficial de la província i, si s'escau, en el de la mateixa corporació. Aquest precepte resulta congruent amb l'article 12.2 EBEP en què s'estableix que el nombre màxim d'aquest personal s'establirà pels òrgans de govern i que el seu nombre i retribucions seran públiques. El mateix article del règim local assenyala que aquest personal prestarà funcions de confiança o d'assessorament i que el nomenament i cessament d'aquest personal serà lliure, cessant, en tot cas, automàticament quan es produeixi el cessament de l'autoritat que el va nomenar o expiri el seu mandat, regles que resulten compatibles amb les establertes en l'article 12.1 i 3 del EBEP, si es tenen en compte les necessàries correccions derivades de la desaparició com a subclasse de personal de la figura del funcionari d'ocupació i s'adverteix la rotunditat de l'article 12.1 EBEP sobre el concepte de que aquest tipus de personal "solament" pot prestar funcions expressament qualificades de confiança o assessorament especial. Tot i que es voldria deixar al marge d'aquest comentari l'anàlisi de compatibilitat entre el règim jurídic del personal directiu professional que preveu l'article 12 EBEP i el que s'estableix a l'article 130 LRBRL pels titulars dels òrgans directius dels municipis de gran població, sí que hauríem d'ésser conscients que el règim jurídic del directiu públic avalat per l'EBEP és de naturalesa professional i que les regles sobre designació del personal directiu que el EBEP conté, al meu parer, haurien de servir per completar i tancar el procés de designació dels titulats dels òrgans directius dels municipis de gran població mitjançant la introducció de procediments que garanteixin la publicitat i la concurrència.

El gruix de la legislació estatal sobre funció pública local es troba al Real Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el Text Refós de les disposicions legals vigent en matèria de Règim Local. Hem dit ja que al nostre parer el caràcter bàsic del Text Refós dependrà del caràcter bàsic que tingui la normativa de l'Estat sobre la que s'ha de referenciar. Aquesta doctrina constitucional permet afirmar que els preceptes del Text Refós dedicats al personal al servei de les entitats locals solament guanyen vigència i efectivitat en aquelles comunitats autònomes que no han dictat una legislació específica sobre funció pública local, de manera que en la resta de comunitats els mateixos serien desplaçats per la normativa autonòmica d'aplicació. D'aquesta manera el Text Refós en matèria de personal local tindria

una funció de supletorietat amb l'excepció dels articles que han estat expressament declarats bàsics per l'Estat, més precisament, els articles 151.a), 167 i 169.

L'article 151.a) TRRL resulta ser una norma d'atribució de competències al Ministre d'Administracions Públiques per imposar sancions que suposin la destitució del càrrec o la separació del servei de funcionaris amb habilitació de caràcter nacional i per imposar la sanció de suspensió de funcions als funcionaris amb habilitació de caràcter nacional quan la falta s'hagués comés en una corporació distinta d'aquella en la qual es trobés en aquell moment prestant serveis. Aquest precepte s'ha de considerar desplaçat pel número 6 de la disposició addicional segona de l'EBEP, on es preveu que el règim disciplinari aplicable als funcionaris amb habilitació de caràcter estatal es regularà pel que disposi cada Comunitat Autònoma, corresponent exclusivament al Ministeri d'Administracions Públiques la resolució dels expedients disciplinaris en els casos en què el funcionari es trobi destinat en una Comunitat Autònoma distinta a aquella en la qual se li va incoa l'expedient.

L'article 167 TRRL diferencia l'estructura professional de la funció pública local en les dos escales d'administració general i d'administració especial i articula l'escala d'administració general en les subescales tècnica, de gestió, administrativa, auxiliar i subalterna, dividint alhora l'escala d'administració especial en la subescala tècnica i de serveis especials. Des d'una perspectiva estricta d'anàlisi de conformitat d'aquest precepte amb la LRBRL s'ha d'afirmar la seva compatibilitat absoluta amb el seu article 75, on s'assenyala que els cossos i escales de funcionaris es creen, modifiquen i suprimeixen per llei. Tanmateix resulta convenient indicar que en funció de la competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya en matèria d'ordenació i organització de la funció pública, aquesta particular estructura professional podria ser inaplicada en el nostre territori en el moment en què es desplegués la legislació de funció pública de l'autonomia catalana. Mentre, ningú pot discutir la seva naturalesa de norma bàsica.

L'article 169 TRRL té una estructura més complexa. El seu paràgraf 1 assenyala les tasques que poden desenvolupar els funcionaris de l'escala d'administració general, però introdueix una reserva de funció, de forma que els llocs de treball de caràcter burocràtic han de ser desenvolupats per funcionaris tècnics. Aquest encàrrec funcional resulta compatible i podria arribar a ésser una concreció de la reserva de funcions que fa l'article 9 EBEP, que, al meu parer, s'ha d'imposar també a l'àmbit local per damunt de la reserva de funcions realitzada per la malaurada disposició addicional segona. En allò que fa referència a l'atribució de funcions de les diferents subescales d'administració general el raonament ha de ser idèntic al plantejat en el precepte anterior; al nostre parer sembla que correspondria a la Generalitat de Catalunya la concreció de les funcions que s'han de reservar als funcionaris de les administracions del seu sistema institucional i, més específicament, el disseny de funcions que poden correspondre a cadascun dels cossos, escales i subescales en què decideixi organitzar la funció pública del seu territori. En el següent ordre de consideracions, el paràgraf segon d'aquest precepte concreta les titulacions que es poden exigir per a l'ingrés en les subescales de l'escala d'administració general, operació que al nostre parer entra sense dificultat en la funció de la llei que organitza les estructures professionals d'una determinada administració pública i que no es pot discutir si no és des de la lògica estricta de la competència exclusiva que en aquesta matèria ostenta la Generalitat de Catalunya. Per tant, es pot afirmar el caràcter bàsic de la norma, però també s'ha d'afirmar la competència de la nostra Comunitat Autònoma sobre aquest aspecte específic de l'ordenació de la funció pública de les administracions del seu territori i, des d'aquesta perspectiva, la possibilitat futura del desplaçament d'aquesta norma bàsica per a les administracions públiques catalanes. Una qüestió més polèmica en el cos d'aquest paràgraf 2 resideix en la inclusió d'un mandat per a l'afirmació d'uns percentatges de promoció interna entre les diferents subescales, que actua alhora com a garantía i com a limitació, sobretot si es té en compte el redactat de l'article 134 del mateix Text Refós. Així es diu que es reservaran per a la promoció interna a la subescala tècnica el 25 per 100 de llocs de treball convocats pels administratius de la mateixa corporació que posseeixin la titulació indicada, comptin, com a mínim, amb cinc anys de serveis en la subescala de procedència i superin les proves selectives corresponents; així mateix, es reservaran per a la promoció interna a la subescala administrativa el 50 per 100 dels llocs de treball existents pels que pertanyen a la subescala d'auxiliars de l'administració general que posseeixin la titulació indicada, i comptin amb cinc anys de serveis en la subescala. Precisament, la determinació legal del nombre de vacants que es poden reservar a la promoció interna en l'àmbit local no és una qüestió exempta de polèmica. Al respecte, convé recordar que l'article 22 LMRFP, en el seu redactat original, havia previst que les administracions publiques poguessin reservar per a la promoció interna fins a un 50 per 100 de les vacants de cada convocatòria. La Llei 23/1988, de modificació de la Llei 30/1984, de mesures per a la Reforma de la Funció Pública, va decidir suprimir aquest percentatge, supressió que es va interpretar com l'eliminació d'un obstacle per a la utilització de la modalitat de promoció interna sense cap límit en allò que fa referència a la integració de les places vacants, de manera que les convocatòries de promoció interna podien esgotar la totalitat de vacants d'un cos o escala de funcionaris sense que aquestes es poguessin considerar contràries al principi constitucional d'igualtat per contradir l'accés lliure a la funció pública. El problema en l'àmbit de la funció pública local es va produir quan, retirades les limitacions del sistema de funció pública general, els límits percentuals de places que es podien reservar a la modalitat d'accés per promoció interna figurava també als articles 134.1 i 139.2 TRRL. A partir d'aquí va voler entendre que els preceptes del Text Refós es van dictar a l'empara de la disposició addicional primera de la LRBRL, que autoritzava al Govern per refondre en un sol text les disposicions legals vigents en matèria de règim local. Entre aquestes, precisament per la seva naturalesa bàsica, hi hauria també la de l'article 22.1 LMRFP, relativa als percentatges de promoció interna, cosa que explica que es

reprodueixi i es matisi al Text Refós, essent, en tot cas l'origen de la seva forma d'obligar la mateixa LMRFP, de manera que una variació d'aquesta hauria d'implicar també una variació d'aquests preceptes que s'haurien limitat a reproduir i concretar el sentit d'aquella norma. En el moment actual, cal també considerar que, un cop derogada la LMRFP, no hi ha a l'EBEP cap referència a l'existència de limitacions en els processos de promoció interna vertical i sí un mandat a les diferents lleis de funció pública que han de desenvolupar l'Estatut per articular els sistemes per a realitzar la promoció interna i adoptar mesures que incentiven la participació del personal en els processos selectius de promoció interna (article 18. 3 i 4 EBEP). Per tant, sembla que la modificació o desaparició d'una norma bàsica, i per tant, la desaparició de la seva regulació substantiva, comporta la derogació d'aquella que és incompatible amb la nova redacció i que ha estat dictada per donar-li el compliment degut, com succeeix en aquest cas, en el qual ha desaparegut un límit legal de naturalesa bàsica que abans existia. Consegüentment, cal entendre que els preceptes de l'article 169.2 TRRL que fan referència a la promoció interna resulten derogats materialment i esdevenen inaplicables i que les entitats locals recuperen en aquesta matèria el seu àmbit de llibertat a l'espera del que pugui disposar la llei de funció pública de la Comunitat Autònoma.

Hem dit abans que considerem al Reial Decret 896/1991, de 7 de juny, sobre regles bàsiques i programes mínims a que s'ha d'ajustar el procediment de selecció dels funcionaris de l'administració local, una norma potencialment bàsica que s'ha de subjectar a l'escrutini de compatibilitat o contradicció envers a les normes de l'EBEP. Tanmateix, l'anàlisi d'aquest text s'ha de fer amb la consciència de que representa una excepció al caràcter legal de les bases estatals que demana la jurisprudència del Tribunal Constitucional i exigeix per a les normes futures en l'àmbit de les competències compartides l'article 111 de l'EAC.

L'article 2 del RD 896/1991, preveu que l'ingrés a la funció pública local es realitzarà, amb caràcter general, a través del sistema d'oposició, llevat que, per la naturalesa de les places o de les funcions a desenvolupar, sigui més adequada la utilització del sistema de concurs-oposició o concurs. Aquest precepte introdueix un criteri de preferència en l'elecció del sistema d'oposició com a via d'accés a la funció pública local i situa els sistemes de concurs-oposició i concurs en un mateix plànol d'igualtat des de la lògica de la seva possible elecció per una determinada corporació local. Ja hem dit abans que en la llei bàsica de funció pública el sistema de concurs és d'ús excepcional, de forma que queda reservada a la llei l'autorització per a la seva possible utilització. Per tant, la regla que preveu que les corporacions locals poden optar motivadament pel sistema de concurs, en funció de la naturalesa de les places o de les funcions a desenvolupar, s'ha de considerar derogada i substituïda per la previsió de l'article 61.6 EBEP. Pel que fa a la preferència del sistema d'oposició, hem de dir que l'elecció entre l'oposició i el concurs-oposició com a sistema de selecció, és una decisió que correspon a cadascuna de les nostres corporacions. Lògicament, això no vol dir que les entitats locals gaudeixin de total llibertat d'elecció en aquesta matèria, nosaltres entenem que aquesta està condicionada per la necessitat d'elegir el sistema que millor s'adapti a la selecció per a unes determinades funcions o tasques a desenvolupar. Per tant, les corporacions locals hauran de motivar l'elecció que en cada convocatòria realitzin del sistema selectiu escollit, que s'haurà d'ajustar a la naturalesa de les places o de les funcions a desenvolupar, però aquesta elecció no estarà condicionada per un principi de preferència del sistema d'oposició, que resulta substancialment diferent a la llibertat d'opció motivada entre l'oposició i el concurs situats en el mateix marc de possibilitats.

La referència feta per l'article 3 del RD 896/1991, de 7 de juny, a la regulació dels procediments de selecció per les bases de la convocatòria que aprovi l'òrgan corresponent de cada corporació, resulta ser una norma limitada a l'existència d'unes bases de la convocatòria reguladores del procediment selectiu i a una atribució indeterminada de competències als òrgans de la corresponent corporació, que cassa sense dificultats amb la seva naturalesa d'acte administratiu. Com es pot observar a simple vista, difícilment es podria plantejar un problema de manca de correspondència o contradicció amb les normes de l'EBEP, que en aquesta qüestió es limiten a recordar la necessària publicitat de les convocatòries i les seves bases (article 55.2 EBEP).

L'article 4 d'aquest decret regula el contingut mínim de les bases de la convocatòria. Tanmateix, si tenim en compte el que preveu aquesta norma en la disposició final primera sobre les normes bàsiques que integren el seu contingut, de fet, les bases existents en aquest precepte s'haurien de limitar a la lletra e), on es preveu que els tribunals, que comptaran amb un president, un secretari i els vocals que determini la convocatòria, s'han d'ajustar a un principi de composició predominantment tècnica i els vocals hauran de posseir titulació o especialització iguals o superiors a les exigides per a l'accés a les places convocades. La conclusió que es desprèn d'una lectura atenta d'aquest precepte és que el caràcter tècnic de l'òrgan de selecció pateix un procés de relativització en la mesura en què el president i el secretari de l'òrgan de selecció no han de posseir titulació o especialització iguals o superiors a les exigides per a l'accés a les places convocades. Aquesta regla difícilment resulta compatible amb l'article 60.1 EBEP, que demana l'ajust en la composició dels òrgans de selecció als principis d'imparcialitat i professionalitat dels seus membres i la tendència a la paritat entre dona i home. Sobre aquesta qüestió cal tenir en compte que el principi d'imparcialitat que substitueix al tradicional d'especialitat en el nostre sistema doctrinal, demanda en tot cas, que tots els membres de l'òrgan de selecció posseeixin un titulació igual o superior a la que es pugui exigir per a l'ingrés a les places convocades i que la meitat més un dels membres de l'òrgan de selecció la ostenti en una especialització igual a la que s'exigiria per a l'ingrés a la plaça objecte

de la convocatòria. D'aquesta manera, el principi de professionalitat es veu contradit per l'article 4 e) del Reial Decret 896/1991, i en conseqüència s'ha d'entendre derogat per l'article 60.1 EBEP.

L'article 5 d'aquesta norma es refereix al termini de la convocatòria que es fa derivar de la publicació de l'oferta pública d'ocupació i imposa a la convocatòria una estructura mínima determinada pel nombre i les característiques de les places que han de ser proveïdes, especificant les que siguin de promoció interna. Pel que fa a la relació cronològica que ha d'existir entre l'oferta d'ocupació pública i la convocatòria, aquesta es remet al termini legalment establert, que hores d'ara s'ha d'entendre determinat per l'article 70.1 EBEP, on es diu que l'oferta pública d'ocupació fixarà el termini màxim per a la convocatòria dels processos selectius que es prevegin a la mateixa oferta, amb la qual cosa no hi ha cap dificultat per considerar compatible aquest precepte amb el contingut bàsic de l'EBEP. Igualment, no sembla que el contingut mínim de l'estructura interna de la mateixa convocatòria que assenyala l'article 5 d'aquest Reial Decret pugui ser considerat un excés, sobretot si entenem que la especificació de les places que s'han de reservar a promoció interna es produirà sempre que es vulgui utilitzar aquesta modalitat d'accés.

Si descartem l'article 6 del Reial Decret, que no té el caràcter de norma bàsica, ens podrem centrar en l'article 7 d'aquesta disposició, consistent en una atribució de competència al president de la corporació local per procedir a la resolució de les proves selectives i a efectuar els corresponents nomenaments, d'acord amb la proposta del tribunal que tindrà caràcter vinculant. Tanmateix aquest precepte es tanca amb la prohibició que en cap cas l'òrgan de selecció podrà aprovar ni declarar que han superat les proves selectives un nombre d'aspirants superiors al de les places convocades. Aquesta limitació formulada d'una manera tant taxativa resulta contradictòria amb article 61.8 EBEP, que la relativitza advertint que els òrgans de selecció no podran proposar l'accés a la condició de funcionari d'un nombre superior d'aprovats al de les places convocades, excepte quan així ho prevegi la pròpia convocatòria, en el ben entès que aquests mateixos òrgans de selecció, a requeriment de l'òrgan convocant, pot elaborar una llista complementaria dels aspirants aprovats que segueixen als proposats pel seu possible nomenament com a funcionaris de carrera. Per tant, avui és possible elevar a l'òrgan convocant, a requeriment seu, una llista d'aprovats que superi al nombre de places convocades, i és possible, també, sempre que es prevegi a la convocatòria, declaran que han superat les proves selectives un nombre d'aspirants superior al de les places convocades, amb la qual cosa sembla que aquest últim incís de l'article 7 del Reial Decret 896/1991, de 7 de juny, s'ha d'entendre derogat implícitament per l'article 61.8 EBEP.

Finalment, els articles 8 i 7 d'aquest reglament determinen els continguts mínims dels programes dels exercicis teòrics de selecció, les matèries comuns i les matèries específiques i la seva proporció en nombre de temes, advertint que les proves selectives comprendran, segons la naturalesa i característiques de les places convocades, un o varis exercicis pràctics, test psicotècnics, mecanografia, tractament de textos, redacció d'informes i projectes, solució de supòsits i altres similars que es considerin adequats per judicar la preparació dels aspirants en relació amb els llocs de treball a desenvolupar. A reserva feta de que he dit més amunt, un estudi detallat del contingut d'aquests preceptes ens portarà a la conclusió que els mateixos contenen dos regles: una consistent en la imposició d'un determinat esquema i proporció dels programes dels exercicis teòrics i una obligació que les proves selectives comprenguin, com a mínim, un exercici pràctic. Al meu parer els dos mandats resulten difícilment compatibles amb la filosofia de l'EBEP, que en el seu article 55.2 e) encomana a les administracions públiques, i per tant, a cadascuna de les nostres administracions local, la garantía i promoció de determinats principis, entre els quals es cita expressament l'adequació entre el contingut dels processos selectius i les funcions o tasques a desenvolupar, mandat d'optimització que no es remet a la llei sinó a l'acció de cadascuna de les nostres administracions. Aquesta encomana resulta congruent amb la previsió, continguda a l'article 61.2 EBEP, de que els procediments de selecció cuidaran especialment la connexió entre el tipus de proves a superar i el desenvolupament de les tasques dels llocs de treball convocats, incloent, si s'escau, les proves pràctiques que siguin precises, proves que podran consistir en la comprovació dels coneixements i la capacitat analítica dels aspirants expressats de forma oral o escrita, en la realització d'exercicis que demostrin la possessió d'habilitats i destreses, en la comprovació del domini de llengües estrangeres i, si s'escau, en la superació de proves físiques. Des d'aquesta perspectiva, pensem que els preceptes establerts a l'article 8 del reial decret resulten incompatibles amb la encomana que l'article 55.2 EBEP fa a totes les administracions públiques per establir un judici de congruència entre el contingut dels processos selectius, és a dir, de les seves proves i exercicis amb les funcions a desenvolupar; semblantment, la regla que preveu la inclusió de, com a mínim, un exercici pràctic entre les proves selectives resultaria incompatible amb l'article 61.1EBEP que remet a la inclusió de les proves pràctiques que resulten precises, cosa que demana, òbviament, un judici d'oportunitat sobre la necessitat d'aquestes proves que el mandat d'incorporar-les obligatòriament contradiu.

Bibliografia:

Azemar i Mallard, Lluís: "Objeto, ámbito de aplicación y leyes de desarrollo", a Del Rey Guanter, Salvador (Director), Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público, La Ley, Madrid, 2008.

Castillo Blanco, Federico A.: "El estatuto básico del empelado público: ¿Hasta donde llegan las bases?", III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, 2008.

Diez-Picazo, Luís Maria: La derogación de las leyes, Civitas, Madrid, 1990.

Jiménez Asensio, Rafael: "Marco competencial de la Generalitat en materia de empleo público y estructura y ordenación del empleo público desde la perspectiva local", RVAP 80 (2008).

Lliset, Francesc i Tornos, Joaquim: La funció pública de les comunitats autònomes, EAPC, Barcelona, 1986.

Mauri Majós, Joan: La selecció dels funcionaris al servei de les entitats locals de Catalunya, EAPC, Barcelona, 2002.

Montilla Martos, José Antonio: "La legislación bàsica tras las reformas estatutarias", REDC 78 (2006).

Ortega, Luís: "La extensión de las normas básicas en el nuevo estatuto básico del empleo público", III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, 2008.

Palomar Olmeda, Alberto: "Personal funcionario de las Entidades Locales", a Palomar Olmeda, Alberto; Quintanilla Navarro, R. Yolanda, Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Aranzadi, Navarra, 2008.

Paricio, Eduard: "Comentari a la ponència el sistema normatiu de la funció pública local", a Mauri, Joan (Coordinador), Quina funció pública volem per als nostres ajuntaments?, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2003.

Sánchez Morón, Miguel: Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007.

Serrano Pascual, Antonio: "L'Estatut bàsic de l'empleat públic i les entitats locals: valoració crítica", QDL 15 (2007).

Serrano Pascual, Antonio: "La regulación de la función directiva profesional en las entidades locales, tras la entrada en vigo de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público", El Consultor 23 (2007).

Velasco Caballero, Francisco: "Autonomía Muncipal", II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santander, 2007.

Toña Güenaga, Fernando, Calonge Crespo, Iñaki, Gonzalez de Heredia Maruri, César, Gorriti Bontingui, Mikel, Pérez Barrio, Agustín i Jiménez Asensio, Rafael: Informe estatuto básico del empleado público y márgenes de configuración del legislador vasco para su desarrollo, IVAP, Bilbao, 2008.

EL "DESARROLLO" DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO EN CATALUÑA: RETOS Y OPORTUNIDADES[1]

Rafael Jiménez Asensio
Universidad Pompeu Fabra
Estudio Consultoría Sector Público

I.

Se me pide que reflexione, en el marco de este Seminario de Derecho Local, sobre el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público en Cataluña. Sin perjuicio que no evitaré el enunciado que se me ha propuesto, sí que es necesario realizar, en primer lugar, unas consideraciones generales sobre el proceso de configuración legislativa del empleo público por parte de las Comunidades Autónomas con la finalidad de adecuar su normativa al cambio de paradigma que representa el EBEP.

En la segunda parte de esta Ponencia trataré, ya en concreto, las posibilidades que se abren al legislador catalán para configurar "ex novo" el empleo público y, sobre todo, los problemas que se pueden suscitar. Con estas reflexiones daré por terminada esta breve presentación.

Obviamente, la impresión que quedará entre ustedes será que no he dado respuesta al enunciado de la sesión, pero es que ciertamente poco se puede disertar sobre el mismo, como inmediatamente se verá. Lo cual no es óbice para que en el presente texto se analicen cuáles están siendo las innumerables dificultades que impiden o dificultan ese "desarrollo" del EBEP no sólo por Cataluña, sino también por el resto de Comunidades Autónomas.

II.

En lo que afecta a las consideraciones generales, he de introducir de entrada una matización que considero importante: huyo –como ya habrán advertido- de hablar de "desarrollo", así como de "desarrollo legislativo", del EBEP. En realidad, las competencias autonómicas, y más aún tras el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y los restantes (o, al menos, algunos) Estatutos que le han sucedido (los Estatutos de la mal llamada "segunda generación"), no son "competencias de desarrollo legislativo", sino materias compartidas en las que el Estado (poder central) dicta las bases y las Comunidades Autónomas ejercen sus potestades legislativas de configuración con las limitaciones inherentes de respetar lo básico.

Por tanto, las Comunidades Autónomas no desarrollarán el EBEP, sino que configurarán su empleo público o su función pública de acuerdo a las previsiones del legislador básico. Puede parecer algo similar, pero en realidad el alcance de la operación es muy diferente.

No entraré tampoco aquí a examinar la particular naturaleza del EBEP como "norma básica". Tan sólo se ha de señalar, como es harto sabido, que el EBEP tiene normas de aplicación directa y normas cuya aplicación se difiere a lo que en su día establezcan las "Leyes de Función Pública" del Estado o de las Comunidades Autónomas.

Curiosamente, buena parte del potencial innovador del empleo público que recoge el EBEP se encuentra incorporado en aquellos enunciados normativos en los que la legislación básica difiere su aplicación a lo que establezca el legislador estatal o autonómico de función pública. Por lo que la conclusión es bien obvia: formalmente, el cambio de paradigma del empleo público que representa el EBEP sólo se podrá alcanzar de forma efectiva en el momento en que se apruebe la nueva legislación autonómica que regule el empleo público.

[1] Texto completamente provisional. Pendiente de revisión y traducción al catalán

No insistiré mucho sobre este argumento en el que hay algo de cierto y también algo de trampa. Pero es muy fácil escudarse en que el legislador autonómico no actúa para no introducir por parte de las Administraciones Públicas ningún tipo de mejoras en el empleo público que ya vienen auspiciadas o, al menos, esbozadas por el propio Estatuto Básico.

La Disposición Final Cuarta del EBEP parece dar cobertura a que las Administraciones Públicas (y, en particular, las Administraciones Locales) no actúen en ámbitos tan estratégicos en el nuevo diseño del empleo público tales como la carrera profesional horizontal, la evaluación del desempeño, sistemas de provisión de puestos de trabajo o la dirección pública profesional. Sin embargo, no parece muy razonable escudarse en planteamientos meramente formales para no ir introduciendo paulatinamente en las respectivas organizaciones públicas los diferentes elementos de cambio que la legislación básica ha anunciado. Pero, en fin, no me interesa tratar esta cuestión, sino otra mucho más pegada a la problemática que se enuncia en la Ponencia que me han encargado. Veamos.

No sé si han reparado ustedes en un dato que, a mi juicio, es determinante. El EBEP se aprobó a través de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y fue publicado en el BOE un día después, entrando en vigor al mes siguiente de su publicación.

Pues bien, tras un año y medio de vigencia del EBEP cabe inmediatamente hacerse una pregunta: ¿Saben ustedes cuántos Proyectos de Ley de Función Pública o de Empleo Público se han aprobado por los diferentes Gobiernos para adaptar esa legislación estatal o autonómica a los postulados del EBEP? Creo que la respuesta lo dice todo: ninguno.

La situación presente contrasta sobremanera con la existente tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Sin entrar en un análisis detallado del problema, sí que se puede decir que al año y medio de la entrada en vigor de esa legislación básica diferentes Comunidades Autónomas ya habían aprobado sus respectivas Leyes de Función Pública "en desarrollo" de la Ley de medidas. Así fue el caso, por ejemplo, de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad, la Ley 10/1985, de 12 de agosto, de Función Pública de la Comunidad Valenciana, o de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de Andalucía.

Esa rápida respuesta legislativa en aquellos momentos (al menos en algunas Comunidades Autónomas) contrasta frontalmente con la tibia y difusa respuesta que está recibiendo la adaptación de esa legislación al EBEP en todas las Administraciones Públicas, tanto por parte del Estado como de las Comunidades Autónomas.

Y alguna explicación cabrá buscar a ese estado de cosas. Realmente no creo que sea un capricho del destino que todas las Administraciones Públicas (*rectius*, los Gobiernos) que deben impulsar la elaboración y aprobación de los correspondientes proyectos de Ley hayan coincidido en llevar a cabo una "huelga de brazos caídos".

A mi modo de ver, son varias las razones que están motivando un retraso tan largo como injustificado en la introducción de la nueva legislación básica en materia de empleo público en la totalidad de las Comunidades Autónomas. A modo de apretada síntesis estas razones serían las siguientes:

1.- La inactividad de la Administración del Estado en esta materia.

A diferencia de la Ley 30/1984, el EBEP "llama" a la Ley de Función Pública de la Administración del Estado para que "desarrolle" los postulados de aquél en el ámbito de la función pública estatal. Ni que decir tiene que esa llamada es puramente retórica, pues en nuestro sistema de fuentes del Derecho el EBEP no tiene primacía alguna sobre la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado, por lo que difícilmente esta podrá "desarrollar" a aquélla.

A día de hoy, la Administración del Estado no ha elaborado siquiera un primer borrador de Ley de Función Pública de la Administración del Estado; es decir, tras un año y medio de vigencia del EBEP, la Administración del Estado sigue aplicando parcialmente legislación que transitoriamente no queda derogada hasta que se apruebe la citada Ley. El Estado no ha dado ni una sola señal de que realmente "se crea" el nuevo modelo de empleo público aprobado por el legislador. Las grandes innovaciones del modelo (carrera profesional horizontal, evaluación del desempeño, directivos públicos profesionales) están diferidas o aplazadas "ad calendas grecas".

Esta situación posiblemente encuentra alguna explicación en el cambio de titular en el Ministerio de Administraciones Públicas que se produjo en el verano de 2007. La nueva titular del Ministerio no parece haber hecho suya la herencia recibida y la parálisis en este tema comienza a ser preocupante, pues es un pésimo ejemplo para las Comunidades Autónomas que ven como la instancia que impulsó una reforma de calado que pretende asentar sobre bases nuevas el empleo público se desentiende prácticamente de ella.

A esta situación de parálisis se añade la crisis económica, que está dificultando la adopción de decisiones políticas en esa dirección. En efecto, la reforma auspiciada por el EBEP pretende modernizar el empleo público y adaptarlo al existente en otros sistemas democráticos avanzados, con el fin de mejorar la productividad del sector público y prestar mejores servicios a los ciudadanos. Pero esta reforma requiere poner en marcha determinados instrumentos que tienen, inicialmente al menos, un coste económico importante.

La implantación de una carrera profesional horizontal o la puesta en marcha de un sistema de evaluación del desempeño, así como el necesario reforzamiento de las unidades de gestión de recursos humanos de las Administraciones Públicas, requieren necesariamente incrementar el gasto público en estos temas. Y aquí comienzan los problemas. Ante un escenario macroeconómico de clara y prolongada recesión, es obvio que el Ministerio de Economía y Hacienda ha forzado la inaplicación de aquellos aspectos del EBEP que conlleven mayor gasto, lo que ha empujado al MAP a diferir en el tiempo la elaboración y aprobación de la Ley de la Función Pública de la Administración del Estado.

Es verdad, en cualquier caso, que la Ley de Función Pública que han de aprobar las Cortes Generales sólo se aplica al personal de la Administración del Estado, por lo que en nada debería ser un obstáculo para que las CCAA aprobaran sus respectivas leyes. Pero esa imagen de inactividad y hasta de cierto desapego por la labor del legislador básico que muestra la Administración del Estado está contaminando, siquiera sea parcialmente, a las propias Comunidades Autónomas.

Tampoco la Administración del Estado desvela si aprobará o no una Ley Básica del Gobierno y de la Administración Local (cuyo Anteproyecto ya estaba ultimado la legislatura anterior), ni deja claro si dentro de esa normativa deberá regularse una vez más las bases de la función pública local o, por el contrario, dejarán que sean las leyes de las CCAA las que regulen tales materias (como preveía en su día el Anteproyecto antes citado). Esta indefinición genera no pocas incertidumbres en las CCAA a la hora de preparar una legislación de función pública que también se ocupe del empleo público local.

2.- Los (plurales) procesos de elaboración de las Leyes de Empleo Público o de Función Pública por parte de las CCAA. Algunos ejemplos.

Ante esa inactividad de la Administración del Estado en esta materia, las CCAA están dando respuestas diferentes frente a la necesidad de elaborar las Leyes de Empleo Público o de Función Pública que supongan la adaptación de sus sistemas normativos a los nuevos presupuestos de cambio de paradigma que representa actualmente el EBEP.

No dispongo de una radiografía precisa de la situación del problema en todas las Comunidades Autónomas, pero sí tengo un caudal de información suficiente como para plantear cuáles están siendo a grandes rasgos las respuestas metodológicas que están llevando a cabo algunas CCAA en relación con el proceso de elaboración de las citadas Leyes.

Las respuestas más generales están siendo las siguientes:

a.- La constitución de Comisiones que llevan a cabo un diagnóstico de la situación del empleo público en la respectiva Comunidad Autónoma y proponen determinadas recomendaciones para su reforma.

Un primer grupo de Comunidades Autónomas han llevado a cabo la constitución de Comisiones de estudio o análisis de la problemática del empleo público en la Comunidad Autónoma. En principio, el modelo en el que se han inspirado –al menos algunas de ellas- es el del Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del EBEP (Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre). Tal ha sido el caso, por ejemplo, de las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y de Galicia, que han conformado sendas Comisiones con la participación de expertos, así como de altos cargos y altos funcionarios de las Administraciones respectivas. Estas Comisiones han elaborado (Galicia) o están elaborando (Castilla-La Mancha) unos Informes con las correspondientes recomendaciones.

Distinto es el caso de la Comunidad del País Vasco, que constituyó una Comisión con representantes del Gobierno Vasco y altos funcionarios de las Diputaciones Forales (con la participación de un solo externo), que elaboró hace ya más de un año un Informe que lleva por título *EBEP y márgenes de configuración del legislador básico para su desarrollo* (F. Toña, Director, IVAP, Oñati, 2007).

Obviamente, a partir de esos Informes y Propuestas las diferentes CCAA procederán a elaborar sus correspondientes Leyes de Función Pública o de Empleo Público.

En otras Comunidades Autónomas, como es el caso de Andalucía, se constituyeron en su día algunas Comisiones, pero la nueva legislatura ha conllevado cambios de planteamiento en la forma de enfocar el problema.

b.- Comunidades Autónomas que han procedido a la aprobación de leyes de función pública inmediatamente antes de la entrada en vigor del EBEP o después, pero que no son leyes adaptadas (en su integridad) a las previsiones del Estatuto Básico.

Es verdad que se han aprobado algunas Leyes de Función Pública en diferentes Comunidades Autónomas en este último año y medio, pero también lo es que estas Leyes o no están adaptadas en su integridad al EBEP o simplemente se trata de Leyes que se estaban tramitando antes del EBEP (y no incorporaron sus previsiones) o de delegaciones legislativas limitadas.

En efecto, el primer caso es la Ley de las Illes Balears de Función Pública (Ley 3/2007, de 27 de marzo, de Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears). Este texto que se aprobó algunos días antes que el EBEP es cierto que incluye algunas cuestiones que están reguladas en la Ley 7/2007, de 12 de abril, pero también lo es que en

muchos de sus pasajes no está plenamente adaptado a las previsiones de la nueva normativa básica. Esto se debió a que durante la elaboración de la Ley y su tramitación parlamentaria se incluyeron algunas regulaciones materiales que se inspiraban en la citada legislación básica que se estaba elaborando en paralelo. Pero, parece obvio resaltar que las Illes Balears deberán adecuar también su legislación en materia de función pública a lo previsto en el EBEP.

Distinto es el caso de Galicia. En efecto, poco después de la entrada en vigor del EBEP se aprobó una Ley de reforma de su legislación de función pública, pero que aunque se había tramitado en paralelo al EBEP se trataba de una Ley que introducía únicamente reformas de carácter técnico y modificaciones puntuales. La Ley 13/2007, de 27 de julio, de modificación de la Ley 4/1988, de la Ley de Función Pública de Galicia, es, por tanto, una mera reforma de algunos de los preceptos de la regulación anterior. Esta Ley en su disposición final primera habilitaba al Gobierno de la Xunta de Galicia para que en el plazo de seis meses procediera a elaborar un texto refundido de la legislación gallega en materia de función pública, pero esa habilitación no lo era para regularizar, armonizar o aclarar, por lo que el Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Función Pública de Galicia, se tuvo que limitar "a refundir" la normativa vigente sin poder incorporar nada de la legislación básica del Estado que ya estaba en vigor cuando se llevó a cabo la citada operación.

c.- La elaboración de Borradores de Anteproyectos de Ley.

Hay algunas Comunidades Autónomas que han procedido directamente a la elaboración de Anteproyectos de Ley de Función Pública o de Empleo Público que tienen como finalidad adaptar la legislación en la materia a las nuevas previsiones del legislador básico.

Esos procesos de elaboración han sido, por lo común, internos, esto es, las respectivas Consejerías han procedido a elaborar un texto o borrador a partir de equipos técnicos propios o, todo lo más, con algún apoyo externo.

Así, el Gobierno del Principado de Asturias ha sido el primero en difundir un borrador de Ley de la Función Pública adaptada al EBEP (septiembre de 2008). La Generalidad Valenciana tiene ya un borrador de Proyecto de Ley ultimado, que ha sido elaborado por un equipo de tres altos funcionarios que se han dedicado a esta tarea durante más de seis meses. Asimismo, el Gobierno Vasco dispone de un Documento Técnico (Borrador de Anteproyecto) prácticamente acabado y que se ha de negociar primero con las Diputaciones Forales y con EUDEL (Asociación de Municipios vascos), para ulteriormente hacerlo con los Sindicatos. El gobierno de la Región de Murcia dispone asimismo de un primer Borrador de Anteproyecto de Ley pendiente de ajustes internos y de ser negociado con los agentes institucionales y con las asociaciones sindicales. La Generalidad de Cataluña ha llevado a cabo un proceso interno para la elaboración en "dos tiempos" de un nuevo marco normativo del empleo público. En primer lugar, se aprobaría una "ley de medidas" que afrontaría aspectos concretos del empleo público (estructura y ordenación, selección y conciliación) y más tarde se llevaría a cabo la reforma integral del marco normativo actualmente vigente para adaptarlo a las previsiones del EBEP en función de las competencias que la Generalidad según el Estatuto de Autonomía de 2006.

En todo caso, la práctica totalidad de las CCAA –con alguna excepción singular- están llevando a cabo trabajos internos de preparación de la nueva legislación de función pública que debe sustituir a un marco normativo autonómico que se ha quedado claramente desfasado en relación con lo previsto en la legislación básica.

d.- La inactividad frente a las modificaciones requeridas por la legislación básica.

Y, en fin, hay algunas CCAA que todavía no han hecho movimiento alguno en esa dirección. Es decir, si algo se ha criticado del EBEP es precisamente que dejaba un amplio campo de configuración normativa en la medida en que insertaba en su seno un buen número de normas básicas de carácter "principial" y no pocas con un fuerte componente de "normas básicas de carácter dispositivo". También hay otras muchas normas que recogen una suerte de "menú de posibilidades alternativas".

Pero lo cierto es que al dejar en manos del legislador autonómico la definición y concreción de muchos elementos del nuevo modelo de empleo público, y además de aquellos que tienen un potencial más innovador, se está dejando en poder del legislador autonómico la activación o desactivación de ese nuevo modelo. Dicho de otra manera, si el poder legislativo no actúa las potencialidades modernizadoras del EBEP se quedan sin ser aplicadas.

Y, en fin, esto es lo que está pasando. Incluso alguna Comunidad Autónoma inicialmente manifestó que no pensaba "desarrollar" el EBEP; esto es, que no tenía ninguna intención de aprobar una Ley autonómica de la función pública que se adaptara a las previsiones establecidas por el legislador básico. Este fue el caso de la Comunidad de Madrid (en estos momentos ignoro por completo si han iniciado algunos trabajos de preparación de la citada normativa, pero en el año 2007 esa era la posición política de la Comunidad).

En ese caso concreto esa inactividad declarada condujo a que el Ayuntamiento de Madrid se planteara incluso la necesidad de desarrollar el propio EBEP, puesto que una organización con 30.000 empleados públicos no podía quedarse de "brazos cruzados" esperando pacientemente a que la Comunidad Autónoma cambiara de criterio. De tal proceso nació un "Estudio sobre el Estatuto Básico del Empleado Público" (Aranzadi/Thompson, Madrid, 2008), fruto del

trabajo de una Comisión, y asimismo se está elaborando una Ordenanza de Personal del Ayuntamiento de Madrid que desarrolla directamente el Estatuto Básico del Empleado Público, salvo en aquellas materias que están directamente reservadas a la Ley.

3.- *Las dificultades de gestión política y de confección técnica de las Leyes autonómicas de configuración del empleo público o de la función pública adaptadas al EBEP*.

Tal vez esta causa explique cabalmente por qué las CCAA no han procedido todavía a aprobar una legislación de empleo público adaptada al EBEP.

Como se ha podido examinar, el retraso en la elaboración de tales leyes es más que evidente. Y ello tiene una explicación en las enormes dificultades que plantea la construcción de un "nuevo modelo de empleo público" que se ajuste a los principios y reglas contenidos en el EBEP, pero sobre todo que sepa leer de forma razonable los principios que conforman ese nuevo paradigma del empleo público y su función institucional.

Las dificultades son, en primer lugar, de "gestión política". Y están vinculadas principalmente con el ámbito de aplicación. El problema principal, aunque no el único, se sitúa en si en esas leyes autonómicas se debe incluir también al empleo público local dentro de su ámbito de aplicación. Una lectura correcta del EBEP así lo confirma, sin embargo –tal como se verá- el artículo 3 da pie a que el Estado siga dictando normativa básica sobre función pública local en las leyes básicas de régimen local. Con lo que el desconcierto, y más aún ante la inacción del legislador básico estatal local, es notable en sede autonómica.

Pero decidida la inserción de la administración local en las leyes de empleo público que procedan a aprobar las CCAA, el problema de "gestión política" es que sus contenidos se han de negociar con los agentes institucionales que representan al mundo local (Federaciones o Asociaciones de Municipios), así como tener en cuenta las opiniones de las Diputaciones provinciales y de los grandes municipios de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Más complejidades políticas puede tener una legislación de empleo público que pretenda extender su aplicación (al menos en algunas materias) a determinados ámbitos sectoriales que dependen de otros departamentos o que disponen ya de normas específicas de regulación (educación, universidades, sanidad, policía, bomberos o personal de extinción y prevención de incendios, etc.). Sus contenidos se han de "negociar" necesariamente con múltiples instancias.

Aparte de lo anterior, un cambio de paradigma tan intenso como el que se plantea en una Ley de empleo público que siga "a pies juntillas" lo previsto en el EBEP, requiere inexcusablemente que ese cambio sea interiorizado previamente en sede política y, sobre todo, que ese proceso de aprobación de la Ley y de cambio de cultura que conlleva tenga un liderazgo político importante. Es decir, sin un liderazgo fuerte y sostenido difícilmente se podrá materializar el proceso de cambio que supone la construcción de un nuevo marco legislativo sobre pautas muy diferentes a las existentes hasta la fecha en la función pública.

Pero si importantes son las dificultades de "gestión política", no menores son las que se suscitan en el apartado "técnico". Efectivamente, la elaboración de una Ley de empleo público que se adapte a los principios y reglas del EBEP tiene una carga de complejidad importante, que se manifiesta, por ejemplo, en algunos puntos. Veamos:

a) El primer punto crítico tiene que ver con la regulación en una ley autonómica de aquellos aspectos relativos a la función pública, sino también del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. La respuesta más cómoda, y posiblemente nada satisfactoria, es que el legislador autonómico nada puede normar en relación con el personal laboral porque no dispone competencia para ello. Sin embargo, como se verá más adelante, esta solución no resuelve buena parte de los problemas vinculados con todos aquellos aspectos organizativos, procedimentales o de similar carácter.

b) El segundo depende directamente de la extensión que se haga en la Ley del ámbito de aplicación de la misma. En efecto, por seguir con el ejemplo del empleo público local, es obvio que si la Ley pretende regular esa materia la complejidad de ésta se multiplica, ya que no sólo se ha de regular para el personal propio de la Comunidad Autónoma, sino también para el personal al servicio de la Administración Local. Los problemas se multiplican, efectivamente, porque el legislador autonómico tiene como marco básico únicamente el EBEP, mientras que cuando interviene en el campo del empleo público local debe asimismo identificar qué aspectos de la legislación básica de régimen local en materia de función pública siguen vigentes y cuáles han sido derogados implícitamente por el EBEP o simplemente son incompatibles en su planteamiento con los principios de esta nueva legislación básica.

c) En línea con lo anterior, cualquier legislación autonómica que incluya en su ámbito de aplicación a la Administración local deberá tener siempre presente que debe respetar en todo caso la autonomía local estatutaria y constitucionalmente garantizada, así como las potestades de organización de las Administraciones Locales. Asimismo, el legislador autonómico debe dejar amplios espacios de configuración normativa a los poderes locales, pues el modelo EBEP se ha inclinado por una decidida apuesta por la autonomía organizativa

de las diferentes Administraciones Públicas en materia de personal, así como por una flexibilización de las políticas de recursos humanos en las organizaciones públicas.

d) Otro punto crítico, sin duda importante, es el relativo a la fijación de la carrera profesional, y vinculado a éste el sistema retributivo. Posiblemente se trate del elemento más complejo en el diseño que ha de llevar a cabo la Ley autonómica, pues el legislador básico ha establecido muy pocas reglas, algunos principios y, sobre todo, un amplio margen de configuración para que el legislador autonómico regule las diferentes modalidades de carrera y el régimen jurídico específico de las mismas. La determinación de la carrera profesional vertical, pero sobre todo la fijación del régimen jurídico de la carrera horizontal, así como la configuración de un sistema mixto de carrera en aquellas Administraciones Públicas que opten por este modelo, son elementos de enorme complejidad que requieren además estar directamente conectados con el modelo de organización y, sobre todo, con el sistema de puestos de trabajo de cada organización.

e) Compleja puede ser también la determinación de un sistema de evaluación del desempeño, pero en este punto hay que indicar de inmediato que el legislador autonómico no debe en ningún caso incluir en la Ley ningún tipo de decisiones relativas al instrumento o herramienta que se haya de adoptar, sino unas genéricas previsiones (que apenas vayan más allá de lo previsto en el artículo 20 EBEP) sobre el régimen jurídico de este mecanismo.

f) También es un punto crítico de notable importancia el establecimiento de un marco normativo de la dirección pública profesional en las Administraciones Públicas. No cabe duda que la regulación del artículo 13 EBEP se caracteriza por su carácter abierto y por su nota dispositiva. Apenas establece unos vagos principios que el legislador autonómico deberá concretar. Obviamente, si el legislador autonómico quiere ser sensible a este instrumento de modernización de las Administraciones Públicas, deberá regular esta materia con un planteamiento ambicioso, lo que complica sobremanera el establecimiento de un régimen jurídico que esté adaptado a esos objetivos y que sea aplicable en todas las administraciones públicas. No se puede obviar que las diferencias de diseño de la estructura directiva actual entre la Administración de la Generalidad y las Administraciones Locales, aparte de las Administraciones Locales entre sí, son más que evidentes, y reconducir a una unidad esa disparidad se debe hacer respetando plenamente las potestades de organización de los diferentes niveles de gobierno (pues no se olvide que la dirección pública profesional es más organización que empleo público).

g) Hay, no obstante, otros puntos críticos en el momento de elaborar una Ley de empleo público por parte de las CCAA. Como simple recordatorio incompleto podríamos citar los siguientes:

   a. El legislador autonómico ha que determinar de forma precisa qué puestos de trabajo o que ámbitos están reservados a funcionarios de carrera, concretando efectivamente cuándo se ejercer directa o indirectamente potestades públicas o están en juego los intereses de la respectiva Administración. Tarea no exenta de enormes complejidades.

   b. También el legislador autonómico debe precisar qué puestos de trabajo puede ser cubiertos con laborales. En esta operación ha de tener en cuenta que en la Administración local hay muchos ámbitos del empleo público cubiertos de esta forma con el fin de "no estrangular" los modelos de empleo público de esos niveles de gobierno. La entrada en acción de la Disposición Transitoria segunda con mayor o menor intensidad depende de este dato.

   c. El legislador autonómico, dependiendo de cuál sea el modelo de carrera por el que se opte (que necesariamente deberá ser abierto, pues ha de ser cada Administración Pública la que lo establezca), habrá de fijar un sistema de retribuciones complementarias acorde con el mismo.

   d. También se ha de plantear con qué intensidad puede regular algunos aspectos de la negociación colectiva, sobre todo en el plano de la formación de la voluntad de las Administraciones Públicas.

   e. En el terreno de los deberes y del Código ético las dificultades nacen de la baja calidad de la legislación básica en esta materia, que el legislador básico debería mejorar en todo caso.

   f. En el plano de los derechos, el legislador autonómico debe proceder a plantearse una serie de hipótesis: ¿ha de regular esta materia como "legislación supletoria"?, ¿lo ha de hacer como norma mínima? Posiblemente deberá diferenciar la intensidad de su regulación en función del tipo de permisos o licencias de que se trate. Pero esa regulación tiene altos riesgos, pues las condiciones de trabajo de los empleados públicos han abierto una fractura importante en relación con las existentes en el sector privado, y la situación comienza a ser insostenible para las Administraciones Públicas, pues los costes derivados de esas condiciones de empleo están produciendo serias disfunciones en el funcionamiento ordinario de los servicios públicos.

g. En materia de acceso el legislador autonómico tiene un amplio abanico de opciones que le abre el legislador básico. Puede optar por una línea de continuismo en el modo y manera de configurar la selección o, por el contrario, incorporar savia nueva y proceder a introducir innovaciones, pues el modelo tradicional de selección al empleo público es un campo que presenta claros síntomas de agotamiento.

h. El legislador autonómico debe igualmente tener presente la importancia de la formación en los procesos de gestión de recursos humanos. El EBEP trató de forma transversal y poco sistemática la formación. El legislador de desarrollo debe tratar la formación desde una triple vertiente: a) formación inicial; b) formación en el puesto de trabajo; y c) formación para la carrera profesional.

i. En lo que afecta a estructura y ordenación de la función pública las decisiones no son menores. En primer lugar, el legislador autonómico debe regular los instrumentos de planificación y dar propuestas coherentes y abiertas a los problemas que suscitan. En segundo lugar, debe proceder a configurar el puesto de trabajo y las agrupaciones de puestos de trabajo (áreas funcionales) como la columna vertebral del empleo público. En tercer lugar, debe regular el complejo y vidrioso tema de las estructuras corporativas (Cuerpos, Escalas y Especialidades), abordando asimismo las estructuras de la función pública local con el fin de ensayar algún sistema que conduzca a la cohesión del modelo de función pública en el seno de cada Comunidad Autónoma. Y, en cuarto lugar, debe dar respuesta a no pocas incógnitas que se plantean en el escenario transitorio y definitivo de los Grupos de Clasificación, así como proceder, en su caso, a la creación de Agrupaciones de Funcionarios sin titulación.

j. Por lo que respecta a la provisión de puestos de trabajo y a la movilidad, también en este punto las decisiones del legislador autonómico son trascendentales: en primer lugar se ha de regular el "concurso" abandonando las viejas adherencias de su configuración "meritocrática" que el EBEP ha abandonado (artículo 79). En segundo lugar, debe optar por mantener en sus actuales términos o reducir a su mínima expresión el sistema de libre designación, dependiendo obviamente del alcance e intensidad que se le dé al sistema de dirección pública profesional. Y, en tercer lugar, ha de regular el complejo tema de la movilidad, vinculado a otros sistemas de provisión de puestos de trabajo, y en el que sobresale la siempre pendiente (por nunca resuelta de forma satisfactoria) movilidad entre Administraciones Públicas.

k. Las situaciones administrativas también deberán ser concretadas y, en algunos casos, configuradas "ex novo", por el legislador autonómico, pues también en este terreno la normativa básica deja espacios razonables de configuración (al menos en algunos casos).

l. Asimismo, el legislador autonómico deberá regular la responsabilidad disciplinaria adecuándola a los nuevos postulados planteados por el EBEP, con la dificultad añadida de determinar cuál va a ser el grado de aplicación de esas normas al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

m. Asimismo, deberá redefinir todos los órganos en materia de empleo público. Esta decisión es particularmente necesaria en un sistema de empleo público en el que se quiere integrar al empleo público local. Por ello se hace necesario, a imagen y semejanza del modelo previsto en el EBEP, crear una Comisión de Coordinación del Empleo Público en cada Comunidad Autónoma, en la que estén representados los responsables de recursos humanos de las diferentes Administraciones Públicas (Administración autonómica y Administraciones locales), obviamente sin presencia sindical. Se habrían de suprimir –como ya lo ha hecho el EBEP- los Consejos autonómicos de Función Pública, que se han mostrado a lo largo del tiempo como estructuras sin ningún valor añadido.

n. Evidentemente, las dificultades mayores para cualquier legislador autonómico se encontrarán a la hora de redactar las disposiciones adicionales y, sobre todo, transitorias. En efecto, el "nuevo modelo de empleo público" que se advierte de los postulados del EBEP y que debe ser configurado por el legislador autonómico conllevará dificultades innumerables a la hora de "volcar" las previsiones recogidas en el texto articulado sobre las "viejas estructuras funcionariales". Desde el punto de vista de técnica legislativa, los problemas se hallan principalmente en una serie de puntos. Veamos únicamente algunos de ellos:

    i. ¿Cómo "volcar" el nuevo modelo de carrera profesional sobre los "funcionarios viejos" (especialmente, el modelo de carrera profesional horizontal)?

    ii. ¿Cómo adecuar las nuevas estructuras corporativas (en el caso que se alteren) a la realidad anteriormente existente y como integrar en ellas a las estructuras anteriores?

    iii. ¿Se deben prever sistemas de consolidación de empleo temporal a imagen y semejanza de la opción del EBEP?

iv. ¿Cómo implantar el sistema de dirección pública profesional frente a las situaciones transitorias (puestos cubiertos por libre designación)?

v. ¿De qué manera se puede hacer efectiva la movilidad entre Administraciones Públicas?, ¿Se debe apostar por un modelo de comunicación de burocracias públicas?, ¿Se han de establecer medidas transitorias en esa dirección?

De este mero recordatorio de problemas y dificultades que presenta la elaboración de una Ley de Empleo Público por parte de las Comunidades Autónomas que esté adaptada a los principios y reglas del EBEP, bien se puede concluir que no es extraña la falta de reacción inmediata del legislador autonómico frente a esas llamadas constantes que el propio Estatuto Básico realiza al "desarrollo" de las Leyes de Función Pública de las CCAA.

Más bien esa inactividad resulta plenamente comprensible. Se ha de tener en cuenta –y lo recordaré una y otra vez- que el EBEP representa un "radical cambio de paradigma" en la forma de entender la gestión de personas o de los recursos humanos en las Administraciones Públicas. Y parece obvio que esas Administraciones Públicas (y, en especial, las CCAA) están todavía haciendo "la digestión" de una norma compleja en su trazado, innovadora (al menos, parcialmente) en sus contenidos, y abierta en cuanto a las posibilidades de su concreción por el legislador autonómico.

Una norma que presenta, asimismo, innumerables incógnitas y puntos oscuros, que muchos de ellos no pueden ser resueltos por el legislador autonómico (ámbito de aplicación, grupos de clasificación, tipos de jubilación, etc.). Pero una norma, además, que se gestó en un momento histórico muy determinado (2005/2007), así como durante un período económicamente "dulce", y que sin embargo debe ser aplicada (y sobre todo, debe ser "desarrollada") en una situación de clara recesión económica, con un desempleo que se advierte que puede llegar a tasas muy preocupantes, un crecimiento del déficit público que se prevé abrumador y, en fin, una reducción notable de los ingresos públicos de las Administraciones Públicas.

En este complejo escenario no hace falta ser muy incisivo para concluir que buena parte del potencial innovador del EBEP ha pasado directamente a la "cámara frigorífica", mejor dicho "al congelador". Esta parece ser la opción del Gobierno central (impulsado en este caso por el Ministerio de Economía y Hacienda que ha pedido el "aplazamiento" del desarrollo o, cuando menos, su aplicación diferida en el tiempo), y posiblemente por efecto "contagio" será el camino que sigan muchas otras Comunidades Autónomas.

Bien es cierto que esa visión o perspectiva del problema que nos ocupa es de miras cortas (me atrevería a decir que de "vuelo gallináceo"), pues los momentos de crisis económica como el que estamos viviendo son precisamente tiempos para llevar a cabo las reformas estructurales que no se habían hecho en los tiempos de abundancia y despilfarro.

Las Administraciones Públicas, el sector público en general, durante esta período de recesión y estancamiento deberán hacer una profunda reflexión sobre su papel en la sociedad, sobre sus dimensiones y sobre sus estructuras. Ni que decir tiene que en esta reflexión el empleo público ha de ocupar un lugar estelar. Una sociedad que está destruyendo empleo en el sector privado a marchas forzadas no puede observar impertérrita como los empleados públicos disfrutan de unas condiciones completamente privilegiadas frente al resto de los mortales (inamovilidad, derechos y permisos muy superiores al resto, horarios de trabajo que rondan las 35/37 horas semanales, etc.) y, a su vez, tienen una productividad que se puede calificar –por muy duro que resulte- de paupérrima.

Quizás ha llegado el momento de hacer frente de cara a todos estos problemas. La sociedad lo va a exigir. Y los políticos no podrán mirar a otro lado. Por muy ingrato que resulte habrá que aplicar medidas duras más tarde o más temprano. Pero, por lo que aquí interesa, es que los poderes públicos responsable deberán introducir elementos de racionalidad en el empleo público que supongan redefinir los puestos de trabajo como estructuras básicas del empleo público (donde no hay puestos no hay organización), apostar por la responsabilidad por la gestión (evaluación del desempeño), diseñar itinerarios profesionales que hagan efectiva las expectativas de carrera para la mejora de los servicios públicos, implantar un dirección pública profesional basada en el mérito y en las competencias, y, en fin, impulsar un código de valores de lo público que proteja a la Administración Pública frente al cáncer de la corrupción y de las conductas que lesionan el código ético.

Por todas estas razones, el político que tenga visión y liderazgo apostará claramente en estos momentos por la reforma del empleo público. El EBEP permite eso y mucho más. Sólo hace falta que quien tiene la responsabilidad política sobre estos temas lo asuma directamente. Quien piense que la apuesta "social" en la Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, o en las propias Administraciones Locales, se puede llevar a cabo con unas estructuras funcionariales y de empleo público como las que hemos heredado o es un ingenuo o es, sin duda, algo peor: un tonto.

Las Administraciones Públicas deberán controlar el gasto público drásticamente a partir de ahora. Y para llevar a cabo ese control hay dos métodos, uno falso y otro verdadero. El método "falso" es el tradicional: se entiende por control la reducción del gasto mediante la amputación o eliminación sistemática de diferentes partidas presupuestarias. Esta es el

método por el que, de momento, están apostando nuestras Administraciones Públicas. Y existe el método "verdadero", que combina esas reducciones o amputaciones con un control de la eficacia y de la eficiencia de las organizaciones públicas, mediante una mejora de los procesos administrativos y una reforma en profundidad del empleo público, así como por una apuesta por la innovación en el sector público y el incremento de la productividad. Si no se reforman las instituciones, las estructuras, los procedimientos y la organización (de la que el empleo público es una parte sustantiva), el "ahorro" seguirá generando ineficiencia e inequidad. Si se procede a esa reforma o modernización, las Administraciones Públicas podrán salir fortalecidas de una dura crisis que se avecina. El "paraguas" de lo público no debe hacer perder la perspectiva: la sociedad civil está a la intemperie y los poderes públicos ya no pueden ofrecer soluciones retóricas a unos problemas que cada día que pasa les asediarán más.

III. El "desarrollo" del EBEP en Cataluña.

Seré más breve en el tratamiento de este epígrafe. Creo que buena parte de las reflexiones que he llevado a cabo en el epígrafe anterior sirven plenamente para analizar la situación que se presenta en Cataluña en materia de empleo público. Por tanto, omitiré su reiteración en estos momentos.

Además, si he de ser sincero, posiblemente soy la persona menos indicada para llevar a cabo una reflexión de este carácter. Efectivamente, al haber estado durante algún tiempo colaborando como Consultor con la Secretaría de Función Pública y Modernización Administrativa en estos temas es obvio que, por un lado, estoy "manchado de parcialidad" y, por otro, debo mantener el debido deber de reserva en lo que afecta a lo que pueda saber sobre un proceso abierto, que no sé si será mucho o poco (pero que a nuestros efectos nada importa).

De todos modos, no huiré completamente el "encargo" que se me ha hecho y me limitaré, por un lado, a plantear las bases estatutarias del problema (que ya han sido tratadas también por Joan Mauri), y, por otro, concluiré con unas apreciaciones absolutamente personales sobre qué es lo que debería hacer el legislador catalán.

En lo que afecta al primer punto, las bases estatutarias del problema, no cabe duda que el Estatuto de Autonomía de 2006 ha redefinido la competencia de la Generalidad en materia de "función pública". Para ello reproduciré aquí, al menos al principio, algunas reflexiones que sobre este mismo tema he publicado en la "Revista Vasca de Administración Pública" número 80. Y sobre este tema se puede decir lo siguiente.

Sin perjuicio de las referencias que aparecen en el Estatuto al personal directivo de la Administración de la Generalidad de Cataluña (artículo 150 a), que no es objeto de esta ponencia, la regulación de las competencias autonómicas en materia de empleo público (*rectius*, función pública) aparecen recogidas en el artículo 136 del Estatuto de Autonomía.

Este Estatuto se tramita –y esto es importante- en paralelo a la elaboración del primer Anteproyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público que elaboró el Ministerio de Administraciones Públicas, pues si no se tiene en cuenta este dato no se podrá entender cabalmente la redacción estatutaria.

Sería necesario realizar –cosa que aquí no haremos- un análisis minucioso del proceso de elaboración de la Propuesta de Estatuto en los ámbitos que afectan a función pública (y empleo público). Valgan por ahora unas sucintas referencias a los hitos más importantes de este proceso:

- En la redacción de la Propuesta de agosto de 2005, eran los artículos 114 y 155.1.b, respectivamente, los que se ocupaban de la materia de función pública y régimen local (BOPC, VIII Legislatura, núm. 213).
- El dictamen del Consell Consultiu de 1 de septiembre de 2005 afirmó la constitucionalidad del artículo 114 a), siempre que se interprete de conformidad con lo previsto en el apartado b) y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que ha definido lo básico en esta materia.
- La Propuesta de 30 de septiembre de 2005 incorpora la función pública en el artículo 136, manteniendo de la redacción anterior con la precisión de que las competencias de la Generalidad se ejercerán con respeto al principio de autonomía local. La inclusión del apartado 2 del artículo 160 (régimen local y funciones públicas de existencia necesaria).
- La redacción definitiva del artículo 136 en la Ley Orgánica 6/2006, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Cataluña supuso, sin embargo, la modificación sustancial de la propuesta del Parlamento de Cataluña de 30 de septiembre.

En efecto, el definitivo artículo 136 del Estatuto establece las competencias de la Generalidad en materia de "función pública", respetando el principio de autonomía local (y esta precisión es, tal como decíamos, enormemente relevante porque refuerza las potestades normativas y de autoorganización de los gobiernos locales y limita el margen de configuración que el legislador catalán debe adoptar cuando desarrolle sus competencias). El análisis de las competencias en esta materia que lleva a cabo el Estatuto se puede desglosar en tres ámbitos:

- Competencia exclusiva sobre régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas y sobre la ordenación y la organización de la función pública, salvo lo dispuesto en la letra b) (apartado siguiente) (art. 136 a)
- Competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes, e incompatibilidades del persona al servicio de las Administraciones Públicas (art. 136 b).
- Competencia "exclusiva", en materia de personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal. Este punto ya ha sido comentado antes.

Se impone, por tanto, una rápida exégesis del precepto estatutario, que, si bien resulta compleja, es imprescindible para definir el alcance definitivo de las competencias que la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene en esta materia. Veamos:

- Las competencias son sobre "función pública" en sentido lato, si no sería imposible entender por qué se regulan algunas cuestiones del personal laboral.
- Las competencias de la Generalidad tienen como límite el "principio de autonomía local", por lo que, "a sensu contrario", es obvio que el título competencial alcanza sin ningún género de dudas al personal al servicio de la administración local en toda su extensión y con el alcance que el título competencial reconoce. Asimismo, como se indicaba, el "principio de autonomía local" debe estar presente en toda la regulación que haga el legislador catalán, reconociendo márgenes de intervención normativa y de autoorganización lo más amplios posibles en materia de recursos humanos a favor de las entidades locales.
- La competencia "exclusiva" se proyecta sobre el "régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas", un ámbito material que coincide parcialmente con el ámbito reservado al Estado (bases del "régimen estatutario" de sus funcionarios públicos), pero que la posible colisión se solventa con el inciso final ("salvo lo dispuesto en la letra b)"), que establece cuáles son los ámbitos materiales compartidos. En todo caso, la competencia se proyecta sobre el "régimen estatutario" del personal (lo que nos conduce a funcionarios y personal estatutario) de las administraciones públicas catalanas, que cabe entender como tales la Administración de la Generalidad, las administraciones locales, las Universidades públicas, la administración de las instituciones estatutarias, así como todas las entidades vinculadas, dependientes o adscritas a las mismas, en lo que se podía calificar como "sector público catalán" (con todas las imprecisiones que ello conlleva). Hay que entender que se aglutina a todo el empleo público, sin perjuicio de la existencia de colectivos de funcionarios y personal estatutario o laboral que presten servicios en sectores que tradicionalmente han sido objeto de regulación específica o singular (pero este es un tema que en esta ponencia no interesa). Asimismo, y esto es muy importante, la competencia exclusiva se proyecta sobre "la ordenación y la organización de la función pública", lo que permite comprender en su seno tanto los instrumentos de ordenación del empleo público como la creación de cuerpos, escalas o estructuras similares en la función pública; esto es, en el terreno de articulación de instrumentos de ordenación y de estructuras "legales" la Generalidad de Cataluña dispondría de competencia exclusiva, puesto que la salvedad prevista en el último inciso del artículo 136 a) debe entenderse en todo caso circunscrita a aquellos ámbitos materiales que están relacionados con "el régimen jurídico", como son los descritos en el apartado b) del mismo precepto, que actuarían como límite negativo al reconocimiento de competencias exclusivas en materia de "régimen estatutario". Dicho de otro modo, la competencia exclusiva en materia de "régimen estatutario" sería residual, esto es, en todo aquello que sobre "régimen estatutario" no es materia compartida según lo previsto en el artículo 136 b), mientras que en materia de "ordenación y organización de la función pública" la competencia sería exclusiva sin otro límite que el previsto en el apartado b) que se refiere a los "principios ordenadores del empleo público".
- En consecuencia, la "competencia compartida" en materia de "función pública" (en sentido amplio) se proyectaría sobre el desarro*llo legislativo* en *los* siguientes ámbitos:
    - Los principios ordenadores del empleo público.
    - La adquisición y pérdida de la condición de funcionario
    - Las situaciones administrativas
    - Los derechos y los deberes e incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

El problema fundamental radica en determinar cuál es el alcance de la expresión "principios ordenadores del empleo público", pues resulta obvio que el resto de expresiones, con mayor o menor precisión, pueden ser delimitadas. En efecto, tanto la adquisición y pérdida de la condición de funcionario como las situaciones administrativas se corresponden con sendos apartados específicos de la regulación básica actual del Estatuto Básico del Empleado Público

(Título IV y Título VI, respectivamente). Los derechos y deberes se corresponden con el Título III del EBEP. Mientras que las incompatibilidades (salvo la previsión recogida en la disposición final tercera, están recogidas en la Ley 53/1984). Por tanto, la competencia "exclusiva" en materia de régimen jurídico únicamente se extendería al "régimen disciplinario" caso de que este no se incluyera en la noción de "derechos y deberes", puesto que el régimen disciplinario es, en cierta medida, el "negativo" de los deberes de los empleados públicos, así como sobre aquellos ámbitos no establecidos dentro de esas nociones.

Por tanto, cabe preguntarse si las cuestiones relativas a carrera profesional, evaluación del desempeño, sistema retributivo, planificación e instrumentos de ordenación del empleo público estructura de la función pública, sistemas de provisión de puestos de trabajo y movilidad, pueden encuadrarse dentro de esa noción un tanto ambigua (y de perfiles confusos) que lleva por enunciado "principios ordenadores del empleo público". Y la respuesta a esta pregunta no es precisamente sencilla. Veamos:

- La expresión "principios ordenadores del empleo público" se emplea por vez primera en el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, pero referida únicamente a una serie de principios que han sido recogidos posteriormente en el EBEP como "fundamentos de su actuación" en el artículo 1.3 de la Ley 7/2007. Si este fuera el alcance de la acepción, evidentemente el margen de configuración normativa del legislador catalán sería muy amplio, y en este caso encontraría pleno sentido el enunciado recogido en la disposición final segunda del EBEP.
- Sin embargo, la expresión "principios ordenadores del empleo público" fue utilizada por los primeros borradores del Anteproyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público en un sentido muy diferente. En efecto, por ejemplo en la versión 0.3 del Anteproyecto (de 17 de marzo de 2006: adviértase que se redacta "en paralelo" a la regulación estatutaria) se recogía un Capítulo III, cuyo enunciado era "Principios ordenadores del empleo público y clases de empleados públicos". Y en el artículo 13 de ese mismo texto se nos indicaba cuáles eran "en concreto" los "principios ordenadores del empleo público". A saber:
  - Las clases de empleados.
  - La atribución de funciones, actividades y responsabilidades.
  - La estructura en cuerpos, escalas o agrupaciones de funcionarios.
  - Los grupos de clasificación profesional
  - El acceso al empleo público
  - La evaluación del personal
  - La carrera profesional y la promoción interna.
  - La provisión de puestos de trabajo y la movilidad
  - El régimen disciplinario

  Si este fuera el alcance de los "principios ordenadores del empleo público" no hace falta ser muy incisivos para darse cuenta perfectamente que la competencia exclusiva de la Generalidad de Cataluña prevista en el artículo 136 a) estaría lisa y llanamente "vacía de contenido".
- En el Estatuto Básico no se recoge esa expresión de "principios ordenadores del empleo público", pero ha sido sustituida por un "alargamiento" exagerado de la noción de "derechos" hasta el punto de insertar en su seno cuestiones que sólo son derechos parcialmente o sencillamente que no lo son. Así, la carrera profesional tiene una dimensión subjetiva, sin duda, y en consecuencia puede hablarse de un "derecho a la carrera", pero sobre todo y ante todo la carrera es un elemento estructural del empleo público, con un fuerte componente de dimensión objetiva, que el EBEP se ha encargado de omitir por completo (salvo cuando regula la provisión de puestos de trabajo). Dicho de otro modo, la determinación de las modalidades de carrera (horizontal, vertical, promoción interna horizontal y promoción interna vertical) son elementos estructurales del subsistema de función pública, y tan sólo las expectativas de promoción o el grado o categoría consolidados, en su caso, pueden configurarse como derecho subjetivo. También el sistema retributivo tiene una conexión estructural innegable, pero el EBEP lo reviste de "derechos retributivos" con fines claramente competenciales. Pero más llamativo es, sin duda, que se califique de "derecho" un instrumento de gestión de recursos humanos como es la evaluación del desempeño. En todo caso, la regulación del EBEP sobre estos temas es lo suficientemente abierta como para permitir que los márgenes de configuración del legislador autonómico tengan un recorrido más que razonable.
- Si bien, como hemos visto, en la redacción final del EBEP se orilló completamente cualquier referencia a esta noción de "principios ordenadores del empleo público", no es menos cierto que el Título V se

enuncia como "Ordenación de la actividad profesional". Sin embargo una cosa son "los principios" y otra bien distinta "las reglas", por lo que cabría cabalmente concluir que en los aspectos de ordenación y organización de la función pública a la Generalidad de Cataluña únicamente les serían de aplicación los principios de ordenación recogidos en el Título V del EBEP y no todas las reglas allí reguladas. Ni que decir tiene que esta operación de disección es enormemente compleja y no exenta de riesgos, puesto que se puede pecar "por exceso" o "por defecto". En definitiva, se trataría de justificar a través de esta vía que, en esta materia, dado el contenido del artículo 136 a) del Estatuto, junto con la previsión de la disposición final segunda del EBEP, al legislador catalán no le sería de aplicación íntegra lo dispuesto en el Título V del EBEP en materias tales como planificación, estructuración del empleo público, provisión de puestos de trabajo y movilidad, sino que únicamente se le aplicarían "los principios".

- Es cierto que por parte de la doctrina autorizada se ha expuesto que la disposición final segunda, desde el punto de vista estrictamente jurídico, "es sorprendente y de escaso o nulo valor" (Ver. M. SÁNCHEZ MORÓN y otros, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 65). Dicho de otro modo, sería una disposición adicional superflua. Sin embargo, si esta es la conclusión que se extrae, lo más grave de la misma sería el resultado: superflua sería la disposición final segunda del EBEP, pero superfluo sería asimismo "por arrastre" el enunciado del apartado a) del artículo 136 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006.
- Cuesta trabajo creer que nuestro legislador, sea estatuyente o básico, se dedique sistemáticamente a insertar en el ordenamiento jurídico disposiciones "normativas" sin efectos jurídicos o de naturaleza superflua. Creo, más bien, que se debe hacer un esfuerzo interpretativo por dotar de coherencia al sistema competencial y, en este caso, tampoco resulta difícil hacerlo. Veamos.
- En efecto, lo que hace la disposición final segunda es reconocer que, por vía estatutaria, se pueden insertar (o pueden ya estar insertadas) excepciones a la normativa básica, siquiera que estas excepciones sean puntuales y que requieran un esfuerzo de delimitación ulterior. Al fin y a la postre todo dependerá del alcance que la jurisprudencia constitucional quiera darle a esa expresión de "principios ordenadores" que, por lo demás, no es empleada, por ejemplo, por el Estatuto de Autonomía de Andalucía, que reconoce competencia exclusiva sin ese tipo de límites sobre "planificación, organización general, la formación y la acción social", pero no sobre "ordenación".
- El dato cierto es que ese artículo 136, apartado a), ha sido impugnado por el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular. Habrá que esperar a conocer cuál es la solución del Tribunal Constitucional, aunque es cierto que la argumentación de la impugnación se sitúa principalmente por la referencia que se hace al "régimen estatutario del personal de las administraciones públicas catalanas", sin que nada se diga en torno a la competencia exclusiva en materia de "ordenación y organización de la función pública".

En consecuencia, esta competencia exclusiva en materia de ordenación y organización de la función pública permitiría que el legislador catalán estableciera, en el ámbito que nos ocupa, una regulación del siguiente tenor:

- Regular los instrumentos de planificación del empleo público, tales como la planificación, la oferta de empleo público y el Registro de Personal de las administraciones públicas catalanas, respetando los principios de la legislación básica recogidos en los artículos 69, 70 y 71, pero pudiendo introducir modificaciones puntuales a su contenido.
- Regular los instrumentos de ordenación del empleo público, o elementos comunes para personal funcionario y laboral de las diferentes administraciones públicas catalanas, tales como el puesto de trabajo, las agrupaciones de puestos de trabajo y las relaciones de puestos de trabajo, respetando los principios de la legislación básica, que en este punto son muy abiertos, pero alterando alguna de sus previsiones (tales como la noción de puesto de trabajo o las finalidades de las agrupaciones de puestos de trabajo).
- Regular los cuerpos, escalas o agrupaciones de funcionarios respetando los principios básicos de ordenación (tales como la reserva de ley para la creación y supresión de cuerpos y escalas), pero establecer agrupaciones de funcionarios que puedan ser comunes a las diferentes administraciones públicas catalanas, lo que implicaría un claro desplazamiento de la normativa básica en materia de función pública local tal como está recogida en los artículos 167 y 169 del texto refundido de la LBRL.
- Regular, finalmente, los Grupos de Clasificación de funcionarios, respetando los principios recogidos en el artículo 76 (escenario final) y en la disposición transitoria tercera (escenario transitorio), sin perjuicio de la aplicación de la disposición adicional séptima del EBEP. Ello implica respeto a las decisiones del legislador en torno a los diferentes Grupos de Clasificación que se crean, pero asimismo la posibilidad

de prescindir, si fuera necesario, de distinciones no basadas en la titulación como elemento de discriminación tales como la diferenciación entre los Subgrupos A1 y A2 en el escenario final, o prescindir, en su caso, de la Agrupación de funcionarios sin titulación prevista en la disposición adicional séptima (aunque su creación es facultativa por parte de las Administraciones Públicas).

Cabe concluir, por tanto, que una interpretación coherente de las normas que forman parte del "bloque de la constitucionalidad" (Constitución y Estatuto de Autonomía), así como de las normas establecidas en la legislación básica (EBEP), conduciría a defender una interpretación en virtud de la cual el legislador catalán, como mínimo, dispondría de un margen de configuración superior (o si se prefiere de una excepción en la aplicación de la normativa básica) en algunas cuestiones relativas a la ordenación y organización de la función pública (entendida en sentido lato) de todas sus administraciones públicas (Sobre el "dogma del legislador coherente", ver: C. VIVER I PI-SUNYER, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989). Esta competencia se extendería, con relativa facilidad, a aquellas materias reguladas en el EBEP dentro del Título correspondiente a la Ordenación del empleo público (Título V) y presentaría más dificultades para extenderse a algunos derechos que han sido reconocidos impropiamente en el EBEP tales como la carrera profesional, la evaluación del desempeño o el sistema retributivo. Sobre estos campos también podría extenderse el ámbito material de la competencia autonómica en materia de "ordenación y organización", pues todos ellos tienen conexiones más que evidentes con estos temas (de hecho se puede afirmar que carrera, evaluación y sistema retributivo son *más* elementos de ordenación y organización que derechos), aunque no se puede obviar que son calificados como "derechos" y que, en menor o mayor medida, tienen esa dimensión, lo que obligaría a reconocer competencias exclusivas sobre la dimensión "estructural" o de "ordenación" y a negarlas sobre la configuración del derecho. Pero lo cierto es que el legislador básico ha sido mucho menos incisivo en estos temas que en algunos relativos a lo que propiamente denomina "ordenación", lo que facilita la operación de desarrollo que ha de llevar a cabo el legislador autonómico.

Por tanto, lo que cabe concluir de esta detenida exégesis del artículo 136 del Estatuto de Autonomía sería lo siguiente: la Generalidad de Cataluña dispone de una serie de títulos competenciales que le permiten legislar en materia de empleo público con amplios márgenes de configuración normativa. Esos márgenes de configuración son razonablemente altos en las siguientes materias:

a) Directivos Públicos de la Administración de la Generalidad, como consecuencia de la competencia reconocida en el artículo 150 del EAC.

b) Directivos Públicos Locales, puesto que el EBEP establece, en materia de directivos públicos profesionales, una normativa básica con un alto componente dispositivo. Aquí la cuestión clave es si esta materia debe regularse en la Ley de Empleo Público de Cataluña o no sería su lugar natural la futura Ley de Gobiernos Locales de Cataluña.

c) Carrera Profesional, dado que el EBEP establece muy pocas reglas y ofrece un "amplio menú" de posibilidades, que cada legislador básico deberá concretar (qué tipos de carrera profesional podrán establecer las Administraciones Públicas y el régimen jurídico de cada modalidad de carrera profesional).

d) Sistema de retribuciones complementarias. El EBEP vincula el sistema de retribuciones complementarias al modelo de función pública que se establezca. También en este punto los márgenes son muy amplios.

e) Prever un sistema de evaluación del desempeño, aunque esta materia no debe ser objeto de regulación exhaustiva (sino sólo de principios) en la legislación autonómica.

f) Acceso y formación. Las posibilidades del legislador autonómico son amplias en ambos temas, particularmente muy amplias en el segundo, dado que el EBEP deja espacios de configuración importantes.

g) Instrumentos de Planificación (Planificación, Oferta de Empleo Público y Registros de Personal). En este punto el Estatuto ofrece un título competencial que podría actuar como modulador de las normas básicas previstas en el EBEP.

h) Puestos de Trabajo, Agrupaciones de Puestos de Trabajo y Relaciones de Puestos de Trabajo. También aquí el artículo 136 EAC daría amplia cobertura para introducir incluso excepciones a la legislación básica (salvo en lo que sean instrumentos de ordenación).

i) Agrupaciones de funcionarios (Cuerpos y Escalas) y Grupos de Clasificación. El artículo 136 permitiría actuar, por ejemplo, sobre las estructuras funcionariales locales, excepcionando la aplicación de la normativa básica (salvo en lo que afecte a los principios de ordenación de la función pública).

j) Los márgenes de regulación son amplios asimismo en materia de movilidad, en situaciones administrativas, órganos del empleo público (coordinación) y la determinación de las infracciones graves y leves, así como de las sanciones.

Una vez vistos los márgenes de configuración que, en algunas materias, tiene el legislador autonómico, cabe hacerse la pregunta final y, tal vez, más difícil de dar respuesta: ¿Qué debe hacer el legislador autonómico en materia de empleo público?

Obviamente, tal como se ha dicho, debería en primer lugar concretar o configurar en el ámbito autonómico el empleo público, con el fin de adaptar una legislación de función pública de la Generalidad de Cataluña y de las Administraciones locales a las previsiones estatutarias y a la normativa básica en vigor, puesto que se encuentra plenamente desfasada en estos momentos. Unido a lo anterior está la decisión de hacer extensivas determinadas normas de la legislación que se elabore al personal laboral, y los problemas que ello genera desde el punto de vista competencial, agudizados por el difuminado título competencial que sobre esta materia (personal laboral) aparece reflejado en el Estatuto de Autonomía.

En segundo lugar, por mandato estatutario, el legislador autonómico debe incluir en el ámbito de aplicación de la Ley a la Administración Local. No se debería regular esta materia en la Ley de Gobiernos Locales, a riesgo de fracturar la cohesión necesaria del empleo público y defraudar el diseño por el que optó el legislador básico. Además, debería hacer “suya” esta competencia antes de que el legislador básico estatal de régimen local esté tentado a reeditar el viejo modelo de la LBRL (en el que se incluye a la función pública local dentro de ese texto normativo).

En tercer lugar, debe plantearse la intensidad de la regulación del ámbito de aplicación. Obviamente debe respetar el EBEP, pero puede ir más lejos. A mi juicio, debería apostar por extender algunas previsiones de la legislación autonómica del empleo público al sector público “empresarial” y a las fundaciones no recogidas en su ámbito de aplicación. Así lo defendió en su día el Informe de la Comisión.

En cuarto lugar, debe proceder a regular las distintas clases de personal, estableciendo qué funciones están reservadas a funcionarios públicos y cuáles pueden ser desempeñadas por personal laboral.

En quinto lugar, el legislador autonómico debería hacer una apuesta encendida por la implantación de dirección pública profesional, determinando un régimen jurídico mínimo y dejando a cada Administración Pública que concrete los niveles correspondientes que en sus respectivas organizaciones tendrán el carácter de puestos reservados a directivos públicos profesionales.

En sexto lugar, una de las tareas principales del legislador autonómico es regular el puesto de trabajo como elemento básico de la estructura y fomentar que las organizaciones públicas catalanas articulen sus puestos en áreas funcionales, con el fin de mejorar la gestión de personas en los ámbitos de selección, formación y carrera profesional. Asimismo, se debe introducir una normativa racional en materia de relación de puestos de trabajo y de instrumentos complementarios de gestión de personas en las organizaciones.

En séptimo lugar, uno de los retos principales con los que se enfrenta el legislador catalán es decidir cuál va a ser el modo de estructurar la función pública de las Administraciones Públicas catalanas. Aquí caben dos opciones: una es mantener las estructuras corporativas existentes en la Administración de la Generalidad y en las Administraciones Locales, y la otra es apostar por una estructura corporativa que camine hacia estructuras homogéneas, pero que posiblemente se deban diferenciar en Escalas o Especialidades en función de la Administración correspondiente. Depende qué opción se adopte, las dificultades de elaboración técnica del texto normativo son mayores o menores.

En octavo lugar, también se deben afrontar todas las cuestiones relativas a la configuración “ex novo” de los sistemas de provisión de puestos de trabajo y a la movilidad, en sus diferentes formas de proyectarse. En este punto tal vez sea la movilidad entre Administraciones Públicas uno de los puntos más complejos de articular: se trata de una reivindicación muy querida por los funcionarios y empleados públicos locales (no así, al parecer, por las Administraciones Locales), pero que nunca ha encontrado una vía de asentamiento razonable. El sistema actual parte de una configuración de la movilidad “intuito persone” y ofrece muchas disfunciones y no pocos elementos de discrecionalidad (apertura tasada e individualizada de las relaciones de puestos de trabajo “ad hoc”).

En noveno lugar, se deben afrontar también por el legislador autonómico no pocos problemas vinculados con el régimen jurídico de la función pública, en particular los vidriosos temas de los derechos, permisos y licencias (en los que la reserva de ley se ha ablandado hasta el punto de dejarlos prácticamente al albur de la negociación colectiva), la problemática de las situaciones administrativas (que tiene connotaciones con lo anterior), así como el régimen disciplinario.

Y, en fin, la legislación autonómica de empleo público debería proceder a reconfigurar completamente toda la estructura institucional de los órganos de función pública, a través de una decidida apuesta por los órganos de coordinación del empleo público, una redefinición y fortalecimiento institucional del papel de la “Escola d’Administració Pública de Catalunya” en el conjunto del sistema de empleo público, un impulso a la creación de Agencias de Evaluación del Empleo Público de nivel territorial (mancomunidades, comarcas o provincias y veguerías), etc.

En suma, un enorme trabajo por hacer, en el que necesariamente habrán de colaborar todos los agentes institucionales y sociales, esto es, todos los actores: Gobierno de la Generalidad, que debe liderar el proceso, Federaciones y

Asociaciones de Municipios, Diputaciones Provinciales, Ayuntamiento de Barcelona y el resto de grandes ayuntamientos, sindicatos, funcionarios, universidades, académicos y profesionales de la gestión de recursos humanos. Sin todas estas sinergias cualquier proceso de reforma nacerá truncado o roto. Pero aunar sinergias significa también huir de particularismos, de intereses corporativos, de posiciones sindicales de defensa a ultranza de los intereses de los “desvalidos” empleados públicos, de críticas destructivas o fáciles, así como de posiciones de soberbia intelectual o política.

El reto que tienen delante nuestros poderes públicos es de enorme magnitud y depende la respuesta que se dé el sector público de Cataluña se situará en un plano de competitividad y podrá ofrecer a la sociedad catalana soluciones a sus problemas. Este proceso de cambio –en el que la modernización del empleo público es sólo un capítulo- requiere saber combinar inteligentemente la modestia con la audacia, repensar frontalmente lo público y su valor, y, en fin, crear liderazgos fuertes y sostenidos que generen las bases sobre las que edificar nuevos modelos de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas que reviertan en una mejora de los servicios públicos prestados a los ciudadanos. Es la hora, por tanto, de que todos los actores institucionales y sociales actúen con un enorme sentido de la responsabilidad colectiva. Perder más el tiempo en discusiones bizantinas o en la mera inactividad puede ser letal.

ELS REPTES DE LA IMPLEMENTACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ ELECTRÒNICA EN LES ENTITATS LOCALS, EN EL MARC DE LA LLEI 11/2007 DE 22 DE JUNY

Jordi Cases Pallarès
Secretari
Ajuntament de Barcelona

1. – CONSIDERACIONS GENERALS.

Eficiència, eficàcia i millor servei als ciutadans.

L'ús intensiu dels mitjans electrònics per part de les administracions constitueix l'element fonamental dels processos de transformació i modernització de les nostres organitzacions públiques.

Prioritat de les polítiques públiques de tots els poders públics.

Impacte social i econòmic de l'acció pública en l'ús dels mitjans electrònics.

Projecte que es deriva de l'intens procés d'informatització de les entitats locals.

És important que tinguem present que aquest és un procés de canvi i transformació que és continuïtat i es vincula directament amb l'esforç realitzat per les nostres organitzacions durant les dècades dels 80 i 90.

- Intensa informatització que, en alguns aspectes, fa irrecognoscibles les nostres organitzacions i sistemes de gestió. Padró, comptabilitat, gestió econòmica i pressupostària, etc.
- Desenvolupament de la xarxa internet.

  Ús social, econòmic i ciutadà.

  Pàgines Web municipals.

Condicions favorables per al desenvolupament de l'administració electrònica.

L'impuls de l'administració electrònica com a nova fase o salt qualitatiu

L'administració electrònica significa superar el model de l'ús dels mitjans electrònics com instruments auxiliars a la tramitació i/o actuació administrativa (que es continua materialitzant a l'expedient en suport paper) per passar a un sistema en el qual l'actuació pública s'instrumenta a través, i exclusivament, dels mitjans electrònics.

L'administració electrònica significa un salt qualitatiu en el procés d'implementació de l'ús intensiu dels mitjans electrònics en el funcionament de les nostres organitzacions.

Les dues premisses caracteritzadores de l'administració electrònica les podríem resumir en:

a) L'establiment de les relacions jurídico públiques entre l'administració i els ciutadans (així com la realització de determinades actuacions jurídiques per part de titulars d'òrgans administratius) es realitza sense la presència física en una concreta oficina administrativa. La denominada deslocalització, que permet l'acreditació de l'element subjectiu de la relació jurídico pública per mitjans telemàtics sense presència física, constitueix un element de canvi administratiu fonamental.

b) Que els documents acreditatius de la relació jurídica estan exclusivament en suport electrònic, eliminant el suport paper en el funcionament de les nostres organitzacions públiques. L'únic

document original que constitueix evidència legal d'una determinada manifestació, acte, contracte, relació, etc., es troba en suport electrònic amb plena identitat legal.

Acreditació remota i no paper.

Magnitud i transcendència del canvi.

Administració electrònica concepte polièdric. Necessitat de perspectiva jurídica.

Factors tecnològics, organitzatius, econòmics i jurídics.

Fonamental perspectiva jurídica.

Quan parlem del vessant jurídic de l'administració electrònica estem parlant de la regulació jurídica de l'ús intensiu dels mitjans electrònics en el procediment administratiu. Procediment i actuació de les administracions públiques subjectes a les exigències dels principis de legalitat i seguretat jurídica per mandat directe de la nostra norma constitucional que defineix l'estat com a estat de dret.

Legalitat i seguretat jurídica, com a garantia dels drets dels ciutadans i instruments per a contrarestar desconfiances i resistències, són principis jurídics claus en el desenvolupament de l'administració electrònica.

Sense l'anàlisi de la perspectiva jurídica no hi ha bon projecte d'administració electrònica, i més en aquests moments en què la norma jurídica constitueix l'element impulsor fonamental del canvi o de la reforma que es deriva de l'ús intensiu dels mitjans electrònics en les administracions públiques.

2. - ALGUNES QÜESTIONS A CONSIDERAR EN L'ANÀLISI DEL DESENVOLUPAMENT DE L'ADMINISTRACIÓ ELECTRÒNICA.

- L'administració local més ben situada per a aquest salt qualitatiu. Informatització intensa; flexibilitat; transparència, participació i informació dels elements caracteritzadors de l'administració democràtica.
- Centralitat dels drets dels ciutadans. La implementació de l'administració electrònica ha de respondre a les exigències dels ciutadans de ple exercici dels seus drets en relació amb l'administració pública també per mitjans electrònics. Qüestió que adquireix major transcendència i conseqüències jurídiques amb l'entrada en vigor de la Llei 11/2007.
- Inexistència d'un règim jurídic específic de l'administració electrònica. La perspectiva jurídica és fonamental (en els termes indicats anteriorment) en l'anàlisi de l'administració electrònica, però això no ha d'induir-nos a l'error de considerar l'administració electrònica com una tipologia o categoria amb entitat i règim jurídic propi. El que sí que existeix és la regulació jurídica de l'ús dels mitjans electrònics en el funcionament de les administracions públiques i que té com a principal finalitat la regulació de les condicions i efectes jurídics derivats de l'ús intensiu dels mitjans electrònics en les institucions pròpies del procediment administratiu.
- El procés d'implementació de l'administració electrònica no ens ha de conduir cap a la configuració d'una espècie d'administració dual, una que funciona segons els paràmetres convencionals o tradicionals i una altra que s'instrumenta a través dels mitjans electrònics com si de dues organitzacions separades es tractés.
- No es tracta de construir l'administració electrònica, es tracta de convertir en electrònica i oberta l'administració.
- La quimera de l'automatització absoluta de les nostres organitzacions i de la desaparició total del suport paper no condueix més que a la paràlisi. Hem de ser conscients de la coexistència durant molt temps dels dos mons en un mateix expedient administratiu i establir els mecanismes tècnics i jurídics per a aquesta permanent convivència.
- Configuració d'un principi jurídic relacionat amb l'ús ordinari del mitjà electrònic. Avancem cap

a un sistema de multiplicitat de canals i sistemes tecnològics, confirmant el caràcter clarament instrumental dels mitjans i la seva plena interiorització per part de les administracions públiques. Ara correspon configurar un model de menys regulació jurídica sobre l'ús dels mitjans electrònics en el procediment administratiu i de plena activació del principi d'equivalència funcional i jurídica.

- Règim jurídic únic, ús ordinari del mitjà electrònic en tots els àmbits d'actuació i relació de les administracions públiques i remissió als estàndards i normes tècniques per acreditar el compliment dels requisits d'autenticitat, integritat i conservació.
- L'ús intensiu dels mitjans electrònics en la contractació administrativa constitueix la prova determinant sobre l'impuls de l'administració electrònica en una determinada organització pública.
- No podem desaprofitar l'ocasió que ens ofereix la Llei 30/2007 per impulsar la contractació per mitjans electrònics i l'ús dels mitjans electrònics en la contractació administrativa.
- És fonamental centrar el procés al document electrònic i no en el procediment o en l'automatització.
- L'automatització constitueix objectiu en alguns àmbits d'actuació de l'administració pública, però l'administració electrònica és una mica diferent a l'automatització de processos.
- En aquest sentit, la signatura electrònica ocupa una posició central en l'administració electrònica.

3. - La Llei 11/2007, de 22 de juny, d'Accés Electrònic dels Ciutadans als Serveis Públics com a norma que significa un clar canvi de paradigmes en el desenvolupament de l'administració electrònica.

L'aprovació de la Llei 11/2007 suposa una fita molt important en la regulació jurídica de l'ús dels mitjans electrònics en l'àmbit de les administracions públiques, ja que es tracta de la primera norma amb rang de Llei amb caràcter bàsic que ha regulat amb pretensions d'exhaustivitat el procés de desenvolupament de l'administració electrònica a Espanya.

Ruptura amb el model de la Llei 30/92.

Derogació parcial d'alguns articles de la Llei 30/92.

Plena vigència de la quasi totalitat de l'article 45 de la Llei 30/92.

Principi jurídic d'equivalència.

Autenticitat, integritat, conservació i no repudi.

Reconeixements de drets subjectius als ciutadans en relació a l'accés per mitjans electrònics.

Norma que reconeix un dret nuclear i bàsic com el de l'accés per mitjans electrònics.

Més enllà del reconeixement del dret a l'accés i d'altres de relacionats amb el mitjà electrònic, la Llei 11/2007 és la norma del document electrònic que se situa en una posició central en la regulació i en l'impuls de l'administració electrònica. Definició de document electrònic, requisits d'autenticitat, integritat i conservació en termes idèntics als de l'article 45 de la Llei 30/92, identitat electrònica, signatura electrònica, compulsa electrònica, conservació del document, arxiu del document electrònic, etc., són només alguns exemples dels aspectes que regula la Llei 11/2007 i que acrediten la posició central del document en la regulació de la Llei.

Norma jurídica fonamental.

4. - LES POTENCIALITATS DE LA REGULACIÓ MUNICIPAL.

La regulació municipal, a través d'ordenança o reglament, no és condició necessària per al desenvolupament de l'administració electrònica en una determinada entitat local, però pot configurar-se com un instrument eficaç per al seu impuls.

Existència d'espai normatiu, malgrat el caràcter reglamentista de la Llei 11/2007.

Finalitats u objectius generals d'una normativa local:

- Reforçar el principi de seguretat jurídica, en el sentit d'oferir certeses en relació amb l'entorn electrònic relativament nou.
- Reconeixement o desenvolupament de drets dels ciutadans en aquest àmbit. Dret a la informació per mitjans electrònics.
- Establiment d'obligacions jurídiques cap a la pròpia organització pública, com a sistema per combatre resistències al canvi.
- Adequació de la norma general a les necessitats de cada entitat local.

Finalitats u objectius en relació amb la Llei 11/2007:

- Determinar les condicions d'exercici d'alguns dels drets subjectius establerts per la Llei 11/2007.
- 1 de gener de 2010, constitueix una data de referència per a la plena entrada en vigor dels drets reconeguts en la Llei 11/2007.
- La norma local pot establir, amb precisió, les condicions d'exercici d'uns drets que la Llei reconeix en termes amplis (però d'aplicació directa sense necessitat de desenvolupament reglamentari), amb la finalitat de protegir la mateixa fiabilitat del procediment.
- Adequació a les necessitats de cada entitat local de determinats instruments que estableix la Llei 11/2007. La seu electrònica, el registre electrònic, la compulsa electrònica, òrgans col·legiats, producció automatitzada, etc.

Experiència Ajuntament de Barcelona.:

- Ordenança reguladora de l'administració electrònica, aprovada pel Plenari del Consell Municipal en sessió de 24 de març de 2006.
- Procés d'adequació a la Llei 11/2007:

a) <u>Novetats generals de la modificació de l'ORAE.</u>

- L'Administració electrònica de l'Ajuntament de Barcelona està subjecta, amb caràcter general, als principis enunciats per la Llei 11/2007 (article 4).
- Els drets dels ciutadans en l'àmbit municipal es troben reforçats en l'ORAE; nova redacció de l'article 4.1 de l'ORAE (drets continguts a l'article 6 de la Llei 11/2007).
- La Llei 11/2007 entre altres novetats, ha suposat la derogació de diferents disposicions de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, derogacions que queden reflectides en l''ORAE.
- S'introdueix la regulació de la seu electrònica, establint un règim obert però subjecte als principis que fixa la Llei 11/2007, a la qual s'accedirà a través de <u>www.bcn.cat/ajuntament</u>. D'altra banda, es preveu la possibilitat de crear altres seus electròniques de les entitats integrants de l'Administració municipal.

b) Modificacions relatives al Procediment administratiu.

- L'inici dels procediments podrà dur-se a terme a través dels models o sistemes electrònics de sol·licitud posats a disposició dels interessats.
- Es crearà un model residual i genèric de sol·licitud per a aquells procediments que no comptin amb un model de sol·licitud específic, éssent necessari en aquest cas la signatura electrònica reconeguda.
- Quant al Registre telemàtic, s'ha adaptat el justificant de la presentació de documents, de manera que el rebut consisteix en una còpia autenticada de l'escrit, sol·licitud o comunicació presentats, incloent la data i hora de presentació i el número d'entrada en el registre.
- Es manté la possibilitat d'utilitzar qualsevol tipus de signatura electrònica admesa legalment i s'admeten certificats electrònics reconeguts emesos per altres AAPP. S'inclou, a més, la possibilitat per als ciutadans d'identificar-se i acreditar la seva voluntat a través de funcionari públic.
- En relació amb la identificació dels treballadors públics per als tràmits administratius electrònics, s'ha eliminat la menció de l'ORAE que preveia la identificació únicament a través de signatura electrònica reconeguda, permetent-se a més a més, altres sistemes d'identificació, d'acord amb la Llei.

c) Modificacions relatives a la notificació i publicació.

- D'acord amb l'article 30.8 de l'ORAE, l'accés electrònic per als interessats al contingut de les actuacions administratives corresponents, produirà els efectes propis de la notificació per compareixença, sempre que quedi constància de l'esmentat accés.
- S'adapta la regulació del Tauler d'edictes electrònics al contingut de la Llei 11/2007.

d) Modificacions relatives als tràmits accessibles per via electrònica.

- Es redueix l'àmbit d'aplicació dels mecanismes d'incorporació de tràmits i procediments a la tramitació per via electrònica. Queden fora de l'àmbit d'aplicació els instruments i serveis específics de l'administració electrònica, la firma de convenis de col·laboració i cooperació amb altres AAPP i entitats en matèria d'administració electrònica i els procediments de comunicació i de relació amb altres AAPP.
- El capítol vuitè es refereix només al procediment de coordinació i supervisió dels tràmits i procediments accessibles per via electrònica.
- L'objecte del control és concreta en el compliment dels criteris de legalitat, qualitat, seguretat, disponibilitat, accessibilitat, neutralitat tecnològica i interoperabilitat dels tràmits i procediments incorporats a la tramitació electrònica. Existirà un "document d'incorporació" que substitueix al "projecte d'incorporació".
- L'alcalde mitjançant Decret designarà l'òrgan competent en la verificació del compliment dels criteris enunciats i també aprovarà les instruccions internes aplicables a la coordinació i supervisió del compliment dels criteris. De manera que l'ORAE només fixa els elements bàsics del mecanisme deixant obert el seu desenvolupament i concreció.

5. - RÈGIM JURÍDIC DE L'ADMINISTRACIÓ ELECTRÒNICA EN L'ÀMBIT LOCAL.

El règim jurídic ha de fer referència a un conjunt de normes que integren una ordenació jurídica que es pretén omnicomprensiu dels diferents factors que intervenen en l'ús intensiu dels mitjans electrònics.

Aquest sistema està integrat per tres blocs normatius:

a) Les normes que regulen el règim jurídic de les administracions públiques i el procediment administratiu.

La legislació bàsica estatal de caràcter general i el seu desenvolupament reglamentari:

Llei 30/1992, de 27 de novembre.

Llei 11/2007, de 22 de juny.

Llei 30/2007, de contractes del sector públic.

La legislació de règim local:

Llei 7/1985, de 2 d'abril, en versió de la Llei 57/2003.

b) La normativa sectorial o especial directament relacionada amb els mitjans electrònics o amb la prestació de serveis a través de les xarxes de comunicació electrònica.

Llei 59/2003, de 19 de desembre, de la signatura electrònica.

Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació.

Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions.

Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.

Llei 5672007, de 28 de desembre, de mesures d'impuls de la societat de la informació.

c) Normativa de procedència local.

Exercici de la potestat normativa sobre un àmbit de desenvolupament del règim jurídic bàsic i comú directament relacionat amb la potestat d'autoorganització.

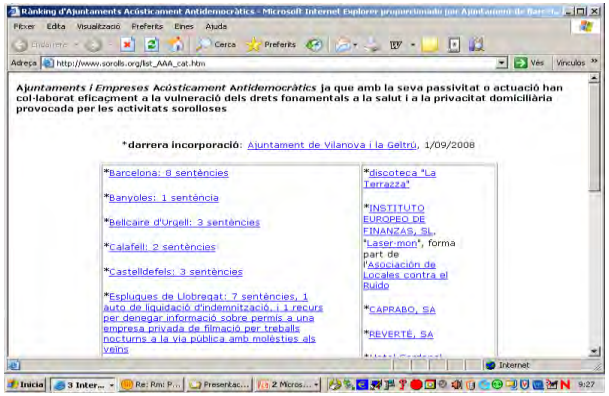
Barcelona, novembre de 2008.

Aplicacions a l'àmbit municipal del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica al món local

-Divendres 15 de novembre-

Lucas M. Martínez

Aplicacions des del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica



7 reflexions prèvies:

- Augment dels processos de judicialització
- Augment de la cultura del confort acústic
- Pèrdua de sentit de la col·lectivitat: Ajuntament com a responsable
- Cultura mediterrània: festa = soroll
- Equips de TV i/o música més potents
- Tecnologia més complexa per a mesurar i per a fer soroll
- Classificació d'activitats dèbil des del punt de vista de l'acústica
- Ebullició normativa

QUÈ ÉS EL SOROLL?

El so és la sensació produïda a l'oïda pel moviment vibratori dels cossos.

El **soroll** és un so no desitjat.

Els riscos sobre el sistema auditiu derivats de l'exposició al soroll depenen tant del **nivell de soroll** com del **temps d'exposició.**

Els nivells de soroll es mesuren en decibels (dB).

És un dels vectors ambiental més subjectius i més difícils d'objectivar.

Aplicacions des del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica

SOROLL I AJUNTAMENTS

1. Irrupció del soroll als problemes de gestió municipal
2. Irrupció d'un nou marc jurídic encara en ebullició: europeu, estatal i autonòmic

Actualitzar o fer la nostra ordenança municipal i revisar-ne d'altres que hi tenen a veure:

- activitats de pública concurrència
- paisatge urbà
- processos d'obtenció de llicències ambientals
- ...

- Major especialització entorn al soroll
- Elaboració de Mapes Estratègics de soroll
- Garantir informació ciutadana

MARC JURÍDIC:

- 1999: Ordenança Municipal Barcelona. (Títol III, de l'OGMAUB)
- 2002: Llei catalana 16/2002 de la protecció contra la contaminació acústica
- 2002: Directiva europea 2002/49 sobre avaluació i gestió del soroll
- 2003: Ley estatal 37/2003 del Ruido
- 2005: Real Decret 1513/2005 pel qual es desenvolupa *la ley del ruido* en el referent a avaluació i gestió del soroll ambiental. Mapes estratègics de soroll
- 2007. Real Decret 1367/2007 pel qual es desenvolupa *la ley del ruido* en el referent zonificació acústica, objectius de qualitat i emissions acústiques.
- 2007: Real Decret 1371/2007 pel qual es desenvolupa el Codi Tècnic de la edificació, DB-HR (*part acústica)*
- 2009: Decret del reglament general de desplegament de la llei 16/2002
- 2009-2010: Actualització de totes les ordenances municipals de soroll

Aplicacions des del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica

En què **ens afecta la directiva europea** 2002/49/CE sobre l'avaluació i gestió del soroll ambiental?

A **l'article 2**: soroll ambiental al que s'exposen les persones. No regula el soroll d'activitats domèstiques, de veïns, ni de llocs de treball

Als **articles 6,7,8 i 9** : regula la elaboració de mapes estratègics, els plans d'acció, defineix mètodes d'avaluació i la obligació d'informar al ciutadà

Objectiu: Unificar criteris i metodologies de mesura i a definir polítiques sobre la contaminació acústica

Aplicacions des del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica

1. **Mapes estratègics de soroll:** obligació d'elaborar mapes estratègics de soroll a totes les aglomeracions de + 250.000 habitants, s'ha d'entregar abans del 30 de juny de 2007 i caldrà tornar a enviar cada 5 anys

2. **Plans d'acció:** elaborar com a resposta als problemes de contaminació acústica. S'han d'entregar abans del 18 de juliol de 2008.

3. **Mètodes d'avaluació**: a l'annex I estableix protocols i procediments de mesura i també dos indicadors de soroll: Lnight (nivell de soroll nocturn) i Lden (nivell de soroll any)

4. Obliga a garantir la **informació al ciutadà** (article 9) assegurant que sigui clara, intel·ligible i fàcilment accessible

I a **nivell estatal**?

La ley del Ruido 37/2003 és el marc estatal que ha de servir per a desenvolupar les lleis autonòmiques i les ordenances municipals.

Estableix la legislació bàsica. A destacar:

•*Capítol II* parla de tipus d'àrees segons la seva qualitat acústica

•*Capítol IV* defineix la inspecció i el règim sancionador.

•Mapes de soroll i plans d'acció.

•Evidencia que són els ajuntaments els responsables de la gestió dels problemes de la contaminació acústica.

•No evoluciona esperant la directiva europea

Primera evolució:

Real Decreto 1513/2005 por el que se desarrolla la ley 37/2003, "en lo referente a evaluación y gestión del ruido"

Bàsicament suposa la transposició de la directiva europea sobre els mapes estratègics de soroll: requisits mínims, mètodes d'avaluació del soroll i requisits dels plans d'acció.

Es reafirma en les dates d'entrega: 30 de juny de 2007 (mapes) i 18 de juliol de 2008 (plans)

Aplicacions des del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica

1. Mapa de soroll

- El mapa de soroll es pot realitzar mitjançant mesures al carrer, o bé amb programes de predicció acústica.
- Hi ha diferents mapes de soroll per les diferents franges horàries (Dia, vespre i nit)

→ Situació acústica actual

2. Mapa de capacitat acústica

- Estableix la zonificació acústica, en funció dels usos del sòl, del soroll existent i de les característiques urbanístiques i de trànsit.

→ Objectius fixats

3. Mapes de superació

- Diferència entre el soroll existent (Mapa de soroll) i els límits establerts (Mapa de capacitat)

→ Mapa de Conflictes

4. Dades generals de població

- Indicadors de l'incidència del soroll a la població i sobre el territori.

→ Dades d'incidència del soroll

5. Plans d'Acció

- Aplicades en les zones detectades en el mapa de superació

→ Mesures de minoració acústica

Segona evolució:

Real Decreto 1367/2007 por el que se desarrolla la ley 37/2003, "en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas"

Aquest **obliga a canviar** totes les lleis autonòmiques i a totes les ordenances:

1) Estableix uns indicadors acústics de referència
2) Defineix objectius de qualitat acústica: nivells de soroll tant en ambient exterior (segons la font d'emissió) com interior.
3) Concreta els protocols i procediments de mesura

Tot plegat de forma ben diferent respecte a la llei catalana 16/2002

1.-Indicadors acústics de referència

Períodes temporals d'avaluació:

- dia : corresponen 12 hores (7 a 19 hores) Ld
- tarda: corresponen 4 hores (19 a 23 hores) Le
-**nit:** corresponen 8 hores (23 a 7 hores) Ln
-anual: tot l'any Lden

La llei 16/2002 deia:

- dia: 7 a 23 h
- nit: 23 a 7 h

L'avant projecte llei 16/2002 dirà:
- dia: 7 a 19 h
-vespre: 19 a 23 h
- nit: 23 a 7 h

2. Objectius de qualitat acústica AMBIENT EXTERIOR ESTAT

Fixa 7 àrees acústiques, que calen revisar cada 10 anys:

•sectors d'ús residencial
•sectors d'ús industrial
•sectors d'ús recreatiu i espectacles
•sectors d'ús terciari
•sectors d'ús sanitari, docent i /o cultural
•sectors d'ús de grans infraestructures
•espais naturals d'especial protecció contra la contaminació acústica

-parla també de zones de *servitud acústica*: grans infraestructures que travessen poblacions

Aplicacions des del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica

Objectius de qualitat en ambient exterior

	Ld	Le	Ln
Sanitari, docent i /o cultural	60	60	50
Residencial	65	65	55
Terciari	70	70	60
Recreatiu i espectacles	73	73	63
Industrial	75	75	65
Grans infraestructures	S d	Sd	Sd

Si mesurem activitats, el nivell d'immissió són 10 dB menys

Aplicacions des del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica

Què diu la Generalitat a la seva llei per ambient exterior? **ARA**

	Valors d'immissió	
	Dia	Nit
A, alta	60	50
B, moderada	65	55
C, baixa	70	60

A més estableixen les Zones d'especial de protecció de la qualitat acústica (50 dB dia 40 dB nit) i Zones de règim especial (superen 15 dB la zonificació)

Què dirà la Generalitat a la seva llei per ambient exterior?

AVANTPROJECTE

	Valors límit d'immissió		
	Dia (7-21 h)	**Tarda (21-23 h)**	**Nit (23-7h)**
ZONA DE SENSIBILITAT ACÚSTICA ALTA: A			
(A1) Espais d'interès natural i altres	-	-	-
(A2) Predomini del sòl d'ús sanitari, docent i cultural	55	55	45
(A3) Habitatges situats al medi rural	57	57	47
(A4)Predomini del sòl d'ús residència, nous desenvolupaments urbanístics en sòl urbà no consolidat	60	60	50
ZONA DE SENSIBILITAT ACÚSTICA MODERADA: B			
(B1) Àrees urbanísticament consolidades existents amb predomini del sòl residencial on conviuen residències i activitats.	65	65	55
(B2) Predomini del sòl d'ús terciari diferent a (C1)	65	65	55
ZONA DE SENSIBILITAT ACÚSTICA BAIXA: C			
(C1) Recreatius i d'espectacles	68	68	58
(C2) Àrees amb predomini de sòl d'ús industrial	70	70	60
(C3) Sectors del territori afectats per sistemes generals d'infraestructures de transport, o altres equipaments públics que els reclamin.	-	-	-

Addicionalment s'estableixen:

- *Zones d'especial protecció de la qualitat acústica* (50 dB(A) de 8h a 21h i 40 dB(A) de 21 a 8h)
- *Zones de règim especial* (superen 15 dB la zonificació)

2. Objectius de qualitat acústica AMBIENT INTERIOR - ESTAT

Ús local	Tipus de recinte	Valors límit d'immissió		
		Ld	Le	Ln
Residencial	Estancias	40	40	30
	Dormitorios	35	35	25
Administratiu i oficines	Despachos profesionales	35	35	35
	Oficinas	40	40	40
Sanitari	Zona de estancias	40	40	30
	Dormitorios	35	35	25
Educatiu o cultural	Aulas	35	35	35
	Salas de lectura	30	30	30

Què diu la Generalitat a la seva llei per ambient interior? **ARA**

	Valors d'immissió	
	Dia	Nit
A, alta	30	25
B, moderada	35	30
C, baixa	35	30

Què dirà la Generalitat a la seva llei per ambient interior?
AVANTPROJECTE

Valors límit d'immissió en ambient interior per activitats

Ús local	Tipus de recinte	Valors límit d'immissió		
		Ld	Le	Ln
Habitatge o ús Residencial	Habitacions d'estar	35	35	30
	Dormitoris	30	30	25
Administratiu i oficines	Despatxos professionals	35	35	35
	Oficines	40	40	40
Sanitari	Zona d'estàncies	40	40	30
	Dormitoris	35	35	25
Educatiu o cultural	Aules	35	35	35
	Sales de lectura	30	30	30

PROCEDIMENT DE MESURA Què diu la Generalitat a la seva llei?
ARA

- ✓Correcció de nivell per origen de la font de soroll (K1), presència de components tonals (K2) i components impulsius (K3).

- ✓Temps de mesura:
  - ✓Mesura en continu durant tot el període d'avaluació
  - ✓Mesura d'un temps representatiu de cada una de les fases de soroll.

- ✓Període d'avaluació de 780 minuts dia i 660 minuts nit

- ✓Estableix un mètode de mesura per vibracions.

Què diu la Generalitat a la seva llei? **AVANTPROJECTE**

- Concreta els protocols i procediments de mesura

✓Correcció per components tonals, impulsius i baixes freqüències

✓Determinació nivells immissió: 3 mesures que no difereixen entre elles més de 3 dB, si la diferència és més gran cal augmentar el temps de cada mesurament i realitzar una nova sèrie de mesures.

✓Estableix un mètode de mesura per vibracions

Aplicacions des del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica

Què **està fent la Generalitat** a la seva llei a nivell jurídic respecte al decret de 1367/2007?

Ja ha iniciat la seva actualització en forma de reglament i jurídicament tindrà forma de decret. Las proposta tècnica ja està feta , ja ha estat en exposició pública i ara està seguint el tràmit. En 3-5 mesos serà aprovat pel Parlament.

Quins són els canvis més significatius:
-zonificació acústica
-procediment de mesura
-nivells guia de soroll, objectius de qualitat acústica

Aplicacions des del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica

Codi Tècnic d'edificació: Document bàsic "DB-HR Protección frente al ruido del Código Técnico de Edificación , Real decret 314/2006

-Substitueix la Norma Bàsica d'Edificació del 88
-El seu objecte és establir regles i procediments que permetin complir les exigències bàsiques de protecció enfront del soroll
-Caracteritza i quantifica les exigències d'aïllament al soroll aeri (en recintes protegits i habitables), al soroll d'impacte (en recintes protegits), valors límits de temps de reverberació i soroll i vibracions de les instal·lacions
-Suposa augmentar el control d'execució de l'obra i obliga a utilitzar nous elements en la construcció (per exemple terra flotant, elements elàstics)
-Per resumir, suposa un gran avanç des del punt vista de la gestió municipal, donat que obliga a protegir més els nous habitatges

Aplicacions des del nou marc jurídic entorn la contaminació acústica

I a nivell municipal, de quina manera ens afecta el Codi?

1.-Ens obliga a tenir un mapa de soroll actual, preferentment mesurat tal i com determina el decret 1513/2005. Els arquitectes necessiten tenir dades de soroll dels carrers afectats.

2.-El codi faculta la possibilitat de que els ajuntaments puguin exigir la comprovació dels nivells d'aïllament exigits.

3.-En el cas de que el propi municipi sigui també promotor i/o constructor ens pertoca també ser complidors

Conclusions, què hem de fer els municipis amb tota aquesta situació:

1. Ens toca fer un canvi normatiu
2. Hem d'estar preparats jurídicament, cal repassar processos: llicència, inspecció i correcció
3. Cal estar preparats tècnicament a nivell acústic, especialment per a poder mesurar
4. Cal incorporar la variable acústica en la gestió municipal també en el disseny urbanístic
5. Hem de realitzar mapes estratègics de soroll
6. En les edificacions tenim la possibilitat de desenvolupar el codi tècnic

3a sessió

19/12/08

L'aplicació de la Llei de contractes del sector públic.
Mario Garcés Sanagustín, interventor i auditor de l'Estat, inspector d'hisenda de l'Estat, auditor nacional director de l'Àrea Jurídica de l'Oficina Nacional d'Auditoria del Ministeri d'Economia i Hisenda.

Els contractes in house.
Francisco Sosa Wagner, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Lleó.

Alguns aspectes relatius a l'abast de la intervenció municipal en la concessió i denegació de les llicències urbanístiques.
Marcel·lí Pons Duat, sercretari general de l'Ajuntament de Canet de Mar.

El Text refós de la Llei del Sòl: principals continguts i perspectives de futur.
Ángela de la Cruz Mera, Consellera tècnica de la Direcció General d'Urbanisme i Política del Sòl del Ministeri d'Habitatge.

ORIGEN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. PRINCIPALES NOVEDADES DE LAS DIRECTIVAS INCORPORADAS A LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DEL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Mario Garcés Sanagustín
Interventor y Auditor del Estado.
Inspector de Hacienda del Estado
Auditor Nacional. Dirección de la Oficina Nacional de Auditoria.

1. GÉNESIS DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA. LA ADAPTACIÓN PERMANENTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL A LAS EXIGENCIAS COMUNITARIAS. LA DEMORA EN LA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNA 1

LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS. 4

2.1. Principio de reconocimiento mutuo 5

2.2. Principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia 6

PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2004/18/CE. LA INCORPORACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVISTAS EN LA DIRECTIVA A LA LEY 30/2007, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 7

3.1. Adaptación de los principios constitutivos del ordenamiento comunitario: no discriminación, igualdad de trato y transparencia 7

3.2. Ámbito de aplicación objetivo. Simplificación de los umbrales 10

3.3. Especificaciones técnicas. Criterios sociales y medioambientales 11

3.4. Lucha contra el fraude y la corrupción 14

3.5. Igualdad entre los medios electrónicos y los tradicionales 14

3.6. Introducción de un nuevo procedimiento de adjudicación: el diálogo competitivo 15

3.7. Incorporación de nuevas técnicas de contratación: acuerdo marco, sistema dinámico de adquisición y subasta electrónica 16

LA DIRECTIVA 89/665/CEE DEL CONSEJO, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1989: EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN 17

ANÁLISIS GENERAL DE LA DOCTRINA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS EN ESPAÑA. EL CASO ESPECIAL DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES (IN HOUSE PROVIDING) ... 19

1. Génesis del Derecho de la contratación pública en España. La adaptación permanente del ordenamiento jurídico español a las exigencias comunitarias. La demora en la adecuación de la legislación interna

Bien entendido que la estabilidad temporal es un valor máximo en la aplicabilidad de un sistema jurídico, puesto que permite consolidar el conocimiento de las normas aprobadas y otorga seguridad a los operadores públicos y privados, no es menos cierto que el Derecho de la contratación pública en España, y, desde luego, en Europa, se ha caracterizado por su profunda mutabilidad y por su permeabilidad a las pulsiones reformistas de las instituciones europeas. Este flujo incesante de cambios en el Derecho comunitario ha derivado en un profundo proceso de reformas, más o menos intensas, lo que ha propiciado una importante hipertrofia normativa interna fundamentalmente en las dos últimas décadas. En este contexto, no cabe formular crítica alguna al legislador español que ha cumplido los mandatos derivados de la deriva armonizadora comunitaria, lo que no obsta, empero, a atribuir a estos cambios un estado de intranquilidad tanto en las Administraciones Públicas como en los empresarios españoles que ven como sus pautas de actuación se alteran medularmente en un intervalo muy breve de tiempo. Por ello, y sin restar mérito a los poderes comunitarios por sus esfuerzos armonizadores encaminados a construir un mercado único y abierto, cabría sin embargo objetar que los últimos procesos de adaptación normativa son coincidentes con una época de inestabilidad económica, especialmente sensible en ámbitos próximos a la licitación pública, como es la construcción, lo que podría llevar a cuestionarse la oportunidad y deseabilidad de tales cambios.[1] Recuérdese que el Derecho ha de actuar como regulador pero también como impulsor de reformas que, en el ámbito de la actividad productiva, contribuyan a generar riqueza, por lo que la elección del momento para aprobar una norma no es una cuestión baladí sobre la que no convenga reflexionar a las instituciones comunitarias responsables. Históricamente, conviene no olvidar que como puso de manifiesto la Comisión Europea en 1985 la propia crisis económica de los 70 no contribuyó en absoluto a la aplicación efectiva de las obligaciones comunitarias en materia de contratación pública. Por ello, no han faltado voces cualificadas (Arrowsmith) que plantean un enfoque diametralmente diferente al de la actual regulación de la contratación pública en Europa, donde la tilde se sitúe en la eficacia en la contratación pública y en la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, marginando otros principios hasta ahora estelares como el de transparencia.

No en vano, los contratos de las Administraciones Públicas se sitúan en un entorno del 16% del Producto Interior Bruto en el marco de la Unión Europea, mientras que en los Estados que integran la OCDE el valor relativo de la contratación pública sobre el Producto Interior Bruto se sitúa entre el 15% y el 18% en los últimos diez años.[2] Del mismo modo, la contratación pública no ha de ser analizada exclusivamente desde la perspectiva macroeconómica en atención a su peso relativo en la riqueza nacional, sino que ha de reconocerse su capacidad instrumental para influir en el mercado laboral o en la protección del medio ambiente. Por ello, el desbocamiento inherente a esta rama del Derecho administrativo se compadece escasamente con las pretensiones racionales de que el ordenamiento arraigue y se consolide como una estructura permanente.

Existen, a su vez, estudios notables que enfatizan las externalidades y los efectos beneficiosos que representa la aplicación unitaria de un acervo común en materia de contratación pública en Europa (Atkins, Lavaissiere de Lavergne) bajo tres efectos diferentes: en primer lugar, el efecto estático basado en la contención y reducción del gasto público; en segundo lugar, un efecto competitivo que se traduciría en la reducción de precios, y, por ende, una disminución de las tasas de inflación; y, por último, el efecto beneficioso derivado del aprovechamiento de economías de escala (efecto reestruturación).

Pero es que, además, la voluntad del legislador ha de atraer ineluctablemente la de los poderes públicos llamados a aplicar la norma, siendo que en muchos casos, en los últimos años, se ha percibido un extrañamiento entre las intencionalidad del legislador y la capacidad de las Administraciones Públicas para adaptarse al ritmo incesante de los cambios experimentados. Y es que no resulta difícil entender que desde la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas –modificada por la Ley 9/1996, de 15 de enero, la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre- ha seguido el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, afectado notablemente por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, la Ley 13/2003, de 23 de mayo,

[1] La legislación de contratos ha sido la que más se ha expuesto al ritmo vertiginoso de cambios normativos en el Derecho Administrativo clásico. Este ejemplo de regulación "motorizada" es tomado como análisis para el estudio por García de Enterría ("Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas", Civitas, Madrid, 1999).

[2] Para una información actualizada del peso relativo de la contratación pública en la riqueza de la Unión Europea, véanse las estadísticas e informes de la Dirección General del Mercado Interior de la Unión Europea en http://ec.europa.eu/internal_market.

reguladora del contrato de concesión de obras públicas, la Ley 62/2002, de 30 de diciembre, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública o la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Adicionalmente, se han promulgado otras leyes de carácter sectorial o troncal que han incidido del mismo modo sobre la contratación pública en España (Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, 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, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos). A escala reglamentaria, en este período que finaliza con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, no han sido menores las iniciativas del Gobierno que culminaron con la aprobación del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, el 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, así como las Órdenes aprobadas por el Ministerio de Economía y Hacienda en ejercicio de su potestad reglamentaria (Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, que regla empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación de la Administración General del Estado o la Orden EHA/1744/2005, de 3 de junio, por la que se establecen las condiciones generales, formularios y modelos para la presentación y tramitación telemáticas de solicitudes de clasificación de empresas).

Podría llegar a entenderse que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) es el colofón a esta evolución asincrónica del Derecho de los contratos públicos en España, puesto que representa, tal como reza la Exposición de Motivos de la norma, "*la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria*", 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, disposición que al tiempo refunde las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Esta ambiciosa batería de medidas emprendidas por las instituciones comunitarias se completa con el Reglamento (CE) núm. 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) o la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, sobre utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de los contratos públicos. Pues bien, la conclusión sería errónea por cuanto están en fase de elaboración diferentes Directivas que evocan un pronta reforma de la legislación interna de la contratación pública en nuestro país, en cuestiones medulares tales como el régimen de recursos (ya está dictaminada la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos -COM 2006/195 final, de 4 de mayo de 2006-), los contratos públicos en el sector de la defensa (Libro Verde: Los contratos públicos de defensa –COM/2004/0608 final), los contratos de concesiones o la colaboración público-privada (Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones –COM/2004/327 final).

Ahora bien, a esta implosión del Derecho comunitario en la norma nacional hay que añadir la incorporación de no pocas novedades substantivas que no proceden del proceso de armonización sino de la intención del legislador nacional de abordar una reforma más completa y extensa, dando luz a un texto articulado de nueva planta que pretende dar respuesta a ciertos problemas detectados por las Administraciones Públicas como resultado de la aplicación práctica de las normas vigentes hasta la fecha.[3] La pretensión final de las Directivas comunitarias no persigue, de ningún modo, agotar exhaustivamente la totalidad del marco regulatorio de la contratación en cada Estado miembro, sino que preserva unos márgenes de discrecionalidad normativa en cada territorio. En este sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia en la Sentencia CEI y Bellini (Ap. 15): "*La Directiva (71/305) no establece, pues, una normativa comunitaria uniforme y*

[3] Así, al menos, se desprende de la voluntad expresada en la Exposición de Motivos de la LCSP: *"/…/ Sin embargo, aun siendo la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE el motivo determinante de la apertura de un nuevo proceso de revisión de nuestra legislación de contratos públicos, este punto de partida no ha operado como límite o condicionante de su alcance. La norma resultante, en consecuencia, no se constriñe a transponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve*."

exhaustiva. En el marco de las normas comunes que contiene, los Estados miembros conservan su libertad para mantener o dictar reglas materiales y procesales en materia de contratos públicos, a condición de respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado en materia de derechos de establecimiento y de libre prestación de servicios."

En este capítulo de innovaciones genuinas llama poderosamente la atención la regulación del fenómeno complejo de la colaboración público-privada mediante el advenimiento de un nuevo tipo contractual en el artículo 11 de la LCSP, figura que presenta no pocas imprecisiones y cuya regulación conceptual puede parecer ociosa habida cuenta de la futura aprobación de una Directiva sobre la materia. De otro modo, hay que afirmar que la colaboración público-privada no debería ser considerada, como en efecto se hace en la Ley, a modo de un tipo individualizado y singular de contrato nominado sino que debería conceptuarse como una malla de negocios jurídico-contractuales que, mediante un sistema de reparto/transferencia de riesgos, hacen posible implicar a operadores privados en la gestión de servicios públicos. Por consiguiente, es infructuoso todo intento de reducir esta fórmula a una definición unívoca, por cuanto bajo esta noción se aglutinan diferentes formas negociales, insusceptibles de afiliación a un esquema conceptual u ontológico único. Si bien existen ejemplos comparados de la regulación de estos negocios, cuyo desarrollo aplicativo ha tenido gran raigambre en países anglosajones, hubiera resultado prudente esperar a las claves y pautas de armonización comunitaria para abordar este proceso legislativo. Es más, en línea con la necesidad de satisfacer objetivos económicos y sociales generales, de suyo sería que el legislador apelase a la necesidad de aprobar una norma autónoma que instrumentase no sólo el procedimiento dinámico de adjudicación del contrato, sino que regulase el procedimiento y efectos del reparto de riesgos entre los socios, así como el seguimiento de los fines contractuales, la articulación de un régimen de incentivos fiscales y sociales a los socios privados y los medios de financiación del operador privado. De hecho, la Disposición Final décima de la LCSP mandata al Gobierno para que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, se someta a la consideración del Congreso de los Diputados un proyecto de Ley en el que se regulen las modalidades de captación de financiación en los mercados por parte tanto de los concesionarios como por parte de los operadores privados que prestan servicios en régimen de colaboración público-privada, manteniendo hasta entonces en vigor, en lo atinente al contrato de concesión de obras públicas, los artículos 253 a 260 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En suma, la necesidad de financiación del sector público exige, por consiguiente, atraer capital privado en condiciones que no afecten a la disciplina del conjunto presupuestario y, en definitiva, que no afecten a los objetivos de contabilidad nacional. En particular, la adhesión de la mayoría de Estados europeos a la Unión Europea y las limitaciones derivadas de los compromisos de convergencia del Tratado de Maastricht han dado paso, con mayor o menor intensidad, a insertar al sector privado en las políticas públicas al servicio de ejecución de infraestructuras y servicios. Por tanto, el gap existente entre las necesidades en infraestructura y los recursos presupuestarios, descontando el crónico recurso al déficit público, exige explorar vías de interacción entre ambos sectores, sin que la LCSP responda íntegramente a las expectativas que estas figuras han despertado en el propio mercado.

Por último, lamentablemente debe significarse que España ha incurrido en mora en la adaptación de la Directiva comunitaria, toda vez que el 31 de enero de 2006 finalizaba el plazo para la tranposición tanto de la Directiva 2004/18/CE como de la Directiva 2004/17/CE sobre contratos en los sectores especiales. El 30 de mayo de 2007 la Comisión interpuso recurso contra el Reino de España (asunto C-255/2007) señalando en el escrito de interposición que su pretensión se deducía "*al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión, el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicha directiva*." Paralelamente, la Comisión también ha denunciado por las mismas pretensiones a Suecia, Finlandia, Bélgica, Luxemburgo, Grecia y Portugal (asunto C-292/2007).[4] Es evidente que la falta de atemperación de los procesos internos de adaptación de la normativa comunitaria provoca efectos perniciosos en lo relativo a la necesidad de procurar un mercado único que garantice la igualdad de oportunidades de todos los competidores, lo que ha llevado al Parlamento europeo a aprobar una Resolución de 20 de junio de 2007 acerca de los problemas específicos de transposición y aplicación relativa a la contratación pública. Tras la entrada en vigor de la LCSP se supera finalmente el problema, y procede ya el análisis y examen de la norma desde el punto de vista de las implicaciones prácticas de su puesta en marcha.

[4] El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya había tenido ocasión de recordar en anteriores ocasiones al Reino de España que la transposición del Derecho comunitario es un deber de alcance inmediato y no susceptible de aplicación discrecional, de modo que mientras no se adopten las medidas internas para la incorporación del Derecho comunitario se está cometiendo un flagrante incumplimiento.

Los principios básicos de la contratación pública en los Tratados constitutivos.

El Derecho derivado de la contratación pública tiene su epicentro en la necesidad de articular un mercado único, con las pretensiones económicas y jurídicas que reporta este principio y que pasan por arrumbar barreras y garantizar los medios necesarios y suficientes para que los operadores se desenvuelvan libremente y con plena seguridad jurídica en cualquiera de las terminales de los Estados que forman el tejido comunitario. En este proceso evolutivo, del concepto de mercado común contenido en el artículo 2 del Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, por el que se creó la Comunidad Económica Europea ("*La Comunidad tendrá como misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran*."), ha dado paso a la noción de mercado interior que, de acuerdo con el artículo 14.2 del Tratado CE, redactado por el Acta Única implicará "*un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado*." Asimismo, el artículo 3.1 c) del Tratado CE dispone que "*la acción de la Comunidad implicará /…/ un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales*."

Si se parte de las bases primigenias que servían de fundamento a la Comunidad en el Tratado de Roma, éstas se condensaban en las libertades comunitarias tradicionales: la libre circulación de mercancías, de personas, servicios y capitales. Estos principios no devienen en meros pronunciamientos vacuos o retóricos sino que son la clave de bóveda de todo el movimiento de construcción de la Unión Europea, configurándose como fundamento basal del Derecho comunitario, como criterios informadores del Derecho derivado así como título habilitante para la regulación comunitaria en áreas como la contratación pública[5] y, fundamentalmente, unos derechos inalienables de las personas que garantizan su condición de ciudadanos europeos. En este sentido, se entreveran libertades personales con libertadas económicas o mercantiles, siendo éstas una derivación de las primeras, en cuanto permiten, en aras de mejorar la eficacia de los intercambios mercantiles, un incremento de la riqueza individual y colectiva.

Pues bien, estos principios consagrados como libertades comunitarias (libre circulación de mercancías, libre circulación de personas, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales) forman el continente de los valores axiales de la contratación comunitaria, si bien la propia Comisión Europea en su Comunicación Interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario (DOCE, núm. C 121, de 29 de abril de 2000) amplía el elenco de principios del siguiente modo: "*Todo acto del Estado por el que se fijen las condiciones que debe cumplir una prestación de actividades económicas, las concesiones están sujetas a las disposiciones de los artículos 28 a 30 (antiguos 30 a 36) y 43 a 55 (antiguos artículos 52 a 66) del Tratado, así como a los principio sentados por la jurisprudencia del Tribunal. Se trata, en particular, de los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad*."

Estos principios no se proyectan exclusivamente sobre contratos susceptibles de afectar al mercado interior o que tengan incidencia supranacional, sino que en lo atinente a la contratación pública, tales axiomas son también aplicables a transacciones contractuales internas que no tengan repercusión en el mercado europeo. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado expresamente en la Sentencia Comisión/Bélgica Sociedad Regional Valona de Transportes, en cuyo apartado 33 se sostiene que *"/.../ la obligación impuesta a las entidades contratantes por el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva no está supeditada a ningún requisito relativo a la nacionalidad o al lugar de establecimiento de los licitadores. Además, como ha señalado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, es perfectamente posible que empresas establecidas en otros Estados miembros se vena afectadas, directa o indirectamente, por la adjudicación de un contrato público. Por consiguiente, el procedimiento previsto por la Directiva debe cumplirse, independientemente de la nacionalidad o del lugar de establecimiento de los licitadores*."

Probablemente la Sentencia más emblemática respecto al alcance y eficacia de los principios generales de la contratación pública es la emitida el 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03), Parking Brixen GMBH, en la que se pronuncia opinión respecto a si la adjudicación de la gestión de unos aparcamientos públicos de pago constituye un contrato público de servicios o bien una concesión de servicios públicos, en cuyo caso deberían aplicarse las

[5] El Tribunal de Justicia invoca en la práctica totalidad de las sentencias relativas a la contratación pública a los principios y libertades fundamentales del Tratado. Por ejemplo, en la sentencia de la Universidad de Cambridge (apartado 17) se señala que *"/…/ en lo que atañe al objetivo de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, el Tribunal de Justicia ha declarado que la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro*."

obligaciones genéricas de igualdad de trato y de transparencia "*pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad*". Continúa la sentencia manifestando que *"/.../ Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los artículos 43 CE y 49 CE constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato (véase la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C – 3/88). La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad constituye igualmente una expresión específica del principio de igualdad de trato. /.../ Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación*."

La expresión de los principios aplicables a la contratación pública es variable y su inventario admite diferentes configuraciones[6]. Es más, existen principios colaterales, acuñados tangencialmente por la doctrina, que afectan a la contratación públicas, tales como el de confidencialidad, el de eficiencia y economía en la asignación de los recursos públicos, el de motivación de las decisiones o el propio principio de proporcionalidad, amén de los principios de ética social o medioambiental que serán objeto de análisis en otra parte de este capítulo. Como quiera que algunos de los principios reseñados son derivaciones naturales de otros principios o de sus manifestaciones indirectas, parece suficiente referirse a dos principios elementales que sostienen e informan el marco de contratación pública en Europa: el principio del reconocimiento mutuo y el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia.

2.1. Principio de reconocimiento mutuo

En esencia, el principio de reconocimiento mutuo parte de la aceptación recíproca y universal por cada Estado miembro de los productos y servicios prestados por los empresarios del resto de Estados de la Unión Europea, lo que se traduce básicamente en dos vertientes: la primera consiste en la asunción de los sistemas de clasificación, habilitación y atribución de solvencia del Estado de radicación del operador, y, la segunda, en la aceptación de los certificados y las cualificaciones exigidos en otro Estado miembro a partir del momento en que se reconozca la equivalencia de estos documentos. Ambos extremos son expresión inequívoca del principio de libre circulación de mercancías y servicios, que dio pie a una copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las medidas de efecto equivalente.

Toda vez que la segunda expresión de este principio será objeto de análisis detenido en otra parte de este trabajo, el examen se concentra en la jurisprudencia que garantiza la no discriminación por razón de nacionalidad en la fase de la determinación de la capacidad profesional, técnica o económica para contratar. En tal sentido, la sentencia de 7 de mayo de 1991 (asunto C-340-89 Vlasssopoulou) se manifiesta que "*las condiciones nacionales de calificación, incluso si se aplican sin discriminación por motivos de nacionalidad, pudieran tener como efecto que los nacionales de otros Estados miembros se viesen obstaculizados para ejercer el derecho de establecimiento que se garantiza en el artículo 43 (antiguo artículo 52) del Tratado. Tal podría ser el caso si en las normas nacionales en cuestión no se tuviesen en consideración los conocimientos y cualificaciones ya adquiridos por el interesado en otro Estado miembro*." Por su parte, en la sentencia de 25 de julio de 1991 (asunto C-76/90 Dennemeyer), el Tribunal de Justicia constató que "un Estado miembro no puede supeditar la realización de la prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de todas las condiciones requeridas para un establecimiento, so pena de privar de todo efecto útil las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios". En último lugar, la sentencia de 17 de septiembre de 1981 (asunto 279/80 Webb), en relación con la libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia sostuvo que *"/.../ el Estado miembro destinatario de la prestación /.../ tenga en cuenta las justificaciones y garantías ya presentadas por el prestador de servicios para ejercer su actividad en el Estado miembro en el que esté establecido*."

Ahora bien, el propio Tribunal de Justicia ha admitido excepciones al principio de reconocimiento mutuo, en línea con las excepciones reconocidas al principio de libre circulación de mercancías. De este modo, la sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith concluye señalando que *"/.../ la excepción del artículo 36 del Tratado no puede aplicarse a una práctica nacional consistente en denegar una licencia para la importación de estupefacientes procedentes de otro Estado miembro* (denuncia de dos empresas británicas por la autorización concedida a una tercera para la importación de diaformina de Holanda) *cuando aquélla está justificada por la necesidad de garantizar la supervivencia de la empresa, pero que, en cambio, puede aplicársele dicha excepción cuando la protección de la salud y de la vida de las personas exija que se garantice el abastecimiento regular de estupefacientes con fines médicos esenciales y dicho objetivo no pueda alcanzarse de manera igualmente eficaz mediante medidas menos restrictivas de los intercambios*

[6] Puedes analizarse, sin agotar todas las aportaciones doctrinales, las caracterizaciones de principios llevadas a cabo por Moreno Molina ("Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas"), Ordoñez Solís ("La contratación pública de la Unión Europea") o Razquín Lizarraga ("Contratos Públicos y Derecho comunitario").

intracomunitarios. /.../ La regulación comunitaria sobre contratos de suministro autoriza a las entidades a que se refiere, que deseen adquirir diamorfina, a adjudicar el contrato teniendo en cuenta la capacidad de las empresas adjudicatarias para asegura de manera fiable y constante el abastecimiento del Estado miembro de que se trata."

2.2. Principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia

El principio de igualdad de trato se manifiesta en todas y cada una de las fases del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos. Esta afirmación elemental tiene acogida en la sentencia Comisión/Francia (Syndicat départamental d´electrification de la Vendée) en un supuesto que si bien se rige por la Directiva sobre contratos públicos en sectores especiales, tiene pleno predicamento en la contratación pública común: "*En cuanto a la cuestión de si dicha disposición se refiere también a los licitadores potenciales, es preciso señalar que el principio de no discriminación que formula se aplica a todas las fases del procedimiento de adjudicación de un contrato, y no sólo a partir del momento en que un empresario presenta una oferta. Esta interpretación resulta conforme con la finalidad de la Directiva, que consiste en abrir a la competencia comunitaria los contratos públicos a los que se aplica. En efecto, se vulneraría esta finalidad si una entidad adjudicadora pudiera organizar un procedimiento de adjudicación que tuviera el efecto de disuadir a los empresarios de Estados miembros distintos de aquel en el que se adjudiquen los contratos de presentar ofertas. De lo anterior se deduce que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, al prohibir toda discriminación entre licitadores, protege también a aquellos que hayan sido disuadidos de presentar ofertas por haber resultado perjudicados por las modalidades del procedimiento aplicado por la entidad adjudicadora*." En términos análogos se pronuncia el Tribunal en la sentencia SIAC Construction Ltd. (apartados 32 a 34): "*Más en concreto, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora.*"

Por otro lado, el Tribunal de Justicia prohíbe tanto las discriminaciones directas por razón de nacionalidad como las discriminaciones veladas o encubiertas (sentencia Comisión/Francia Región Nord-Pas de Calais): "/:.../ *según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, del que el artículo 59 del Tratado constituye una expresión específica, prohíbe no solamente las discriminaciones ostensibles basadas en la nacionalidad, sino también cualesquiera formas encubiertas de discriminación que, con arreglo a otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado*."

En general, son abundantes las sentencias del Tribunal de Justicia que precisan y delimitan el perímetro del principio de igualdad de trato y de no discriminación. A título de ejemplo, en la sentencia Comisión/Italia (asunto C-3/88), se declara el incumplimiento de la República de Italia de los principios básicos del Tratado *"/.../ al reservar a las sociedades en que el Estado o el sector público tenga, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total, la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración Pública, la República italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52 y 59 del Tratado y de la Directiva 77/62/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1976*.". En relación con el principio de igualdad por razón de nacionalidad o domiciliación del operador, vale traer a colación dos sentencias: en la sentencia Steinhauser/Ville de Biarritz, el Tribunal de Justicia condena a Francia porque una colectividad descentralizada como es el propio Ayuntamiento francés excluía a un ciudadano alemán de la adjudicación de locales en el término municipal, atendiendo precisamente a su origen nacional. En una segunda sentencia (Sentencia Comisión/Italia C-3/88), el Tribunal de Justicia declara nuevamente un incumplimiento de Italia por cuando establecía reservas de subcontratación con empresas domiciliadas en la región en la que se realizaban las obras.

Una derivación congénita del principio de igualdad de trato es el deber de transparencia que ha de regir todo el procedimiento de adjudicación de la contratación pública. Arrowsmith ha atribuido cuatro funciones ligadas a la transparencia, según la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: la publicidad de las oportunidades contractuales, la publicidad de las reglas de contratación y de los criterios de adjudicación, los límites impuestos por los procedimientos abiertos y restringidos, y las exigencias de verificación y control, que se manifiestas a través, por ejemplo, de las exigencias de motivación y de los distintos recursos que están a disposición de los licitadores.

La síntesis paradigmática de esta doctrina se aborda en la sentencia SIAC Construction Ltd. (apartados 41 a 44) en los siguientes términos: *"/.../ El principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia con el fin de permitir verificar su cumplimiento. /.../ Esto significa, más en concreto, que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma. Esta obligación de transparencia implica asimismo que la entidad adjudicadora debe atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento. /.../ Finalmente, al evaluar las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores. El hecho de que una entidad adjudicadora utilice el dictamen de un perito para valorar un dato que sólo se conocerá con precisión en un momento posterior garantiza en principio del cumplimiento de esta condición*."

En fin, los principios y libertades constitucionales no han experimentado una variación desde su prístina formulación en el Tratado de Roma. Sin embargo, su conversión en Derecho derivado evidencia una profunda evolución de la

configuración positiva de los mismos. De hecho, la positivización de estos principios en las Directivas sucesivas lo argumenta la Comisión en "La contratación pública en la Comunidad" (COM (86) 375 final, de 10 de febrero de 1987): "*La experiencia ha demostrado que estas obligaciones –libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, contenidas en el Tratado CE-, por su naturaleza negativa, no bastaba para realizar la interpretación de los mercados, y para conseguirla eran necesarias obligaciones positivas.*" La culminación de esta dilatado proceso de configuración material de obligaciones culminó momentáneamente con la Directiva 2004/18/CE, si bien, a la vista de los anuncios oficiales, la Unión Europea continuará reforzando, mediante futuras iniciativas, la implantación efectiva de los principios enunciados.

Principales novedades introducidas por la Directiva 2004/18/CE. La incorporación de las medidas previstas en la Directiva a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público

Puesto que la LCSP tiene como apoyatura la transposición de la Directiva 2004/18/CE, procede en este momento del análisis determinar cuáles han sido los ejes fundamentales de la reforma comunitaria y cómo esos principios se insertan en las normas que contiene la Ley nacional. Como queda patente el legislador español ha optado en la mayoría de las ocasiones en transcribir literalmente el contenido de la Directiva, de modo que el texto articulado soporta la nomenclatura derivada del Derecho comunitario más la estructura semántica propia del Derecho nacional clásico. Es por ello que en determinados preceptos habrá que entender algunas alocuciones en función de la norma inspiradora –véase por ejemplo el concepto de contrato subvencionado del artículo 17 de la LCSP que únicamente halla significado a partir del concepto de subvención o ayuda comunitaria, pero no a partir del concepto de subvención de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones-.

3.1. Adaptación de los principios constitutivos del ordenamiento comunitario: no discriminación, igualdad de trato y transparencia

De la lectura y análisis de la Directiva 2004/18/CE se infiere que uno de los propósitos centrales de la norma comunitaria, auspiciado por una copiosa doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, consiste en garantizar las condiciones mismas para la consecución de un verdadero mercado comunitario inspirado, como luce en el considerando número 2 de la Exposición de Motivos de la Directiva, "*en el acatamiento a los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia*". La invocación constante de estos principios motrices se hace patente en varios preceptos de la Directiva y se importa al Derecho nacional, donde el propio artículo 1.1 de la LCSP exige que la regulación de los contratos públicos garantice "*los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación de trato entre los candidatos, /…/, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*." Son múltiples los ejemplos a lo largo de la LCSP en los que se imbuye la norma de las pretensiones garantistas de la competencia que impone el Derecho comunitario

Así, por un lado, ha de atenderse a la extensión subjetiva del ámbito de aplicación de la norma nacional, de modo que se supera la delimitación reducida del perímetro de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAAPP), que partía de la regulación de la contratación del sector público administrativo en sentido estricto, sin que apenas contuviera regulación alguna sobre la contratación del resto del sector público español, fundamentalmente en figuras instrumentales tales como las sociedades mercantiles de capital público, las fundaciones públicas o los entes públicos de base privada. En consecuencia, la extensión regulatoria de la nueva Ley a cualquier forma de organización instrumental del sector público implica una extensión de los principios generales de concurrencia y libre competencia a todos los agentes administrativos.

A la declaración genérica del artículo 1 LCSP subsiguen diferentes preceptos que propenden a una efectiva aplicación práctica de principios generales de la contratación pública en ámbitos gerenciales hasta ahora desprovistos de una verdadera cultura de la concurrencia y de la competencia general. Por su parte, el artículo 175 LCSP, para contratos no sujetos a regulación armonizada, exige de los entes públicos que no sean Administraciones Públicas que la adjudicación esté sometida a los "*principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.*", así como la obligación de aprobar unas instrucciones de obligado cumplimiento, publicadas en el perfil institucional del contratante, que regulen los procedimientos de adjudicación haciendo efectivos los principios enunciados.

En el último estadio de aplicación de la norma se hallarían los entes, organismos y entidades públicas que no teniendo la consideración de poderes adjudicadores, al amparo del artículo 3.3 LCSP, a los cuales también se les exige adjudicación bajo los principios enumerados e instrucciones obligatorias de obligado conocimiento público a través del perfil del contratante. En suma, por medio de esta extensión del círculo de aplicación de la Ley, no existe espacio administrativo

que quede exonerado de la aplicación de los principios generales. En este sentido, la definición de poder adjudicador del artículo 3.3 LCSP acota, con los problemas intelectivos propios de la aplicación de cualquier norma de Derecho Público, el espacio propio de los entes cuyos contratos, bajo determinadas condiciones materiales o económicas, están sujetos a regulación armonizada (artículos 13 y siguientes LCSP) y, por ende, sujetos a mayores exigencias en orden a su licitación y formalización.

Si bien no es objeto de este capítulo exponer la doctrina sobre el concepto de poder adjudicador, tan luminosamente examinada en otros trabajos de iuspublicistas especializados en el estudio de la contratación pública, si debe recordarse, a efectos de la definición de este concepto, que el concepto de poder adjudicador acuñado al socaire de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es mucho más amplio que el del propio literal del concepto de la Directiva. Así, conforme a la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96 Mannesmann) si hay una función de interés general, indudable cuando el ámbito de actividad se designa habitualmente bajo la expresión de obligaciones de servicio público, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse en ese sentido a ese ente sometido a las reglas armonizadas de la contratación pública (véase STJUE de 10 de noviembre de 1998 Asunto C-360/96 ARA). Asimismo, la STJUE de 15 de enero de 1998 considera indiferente que una sociedad, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, desempeñe otras actividades (en el mismo sentido STJUE de 22 de mayo de 2003). Además, en atención a la jurisprudencia del TJUE, la forma jurídica adoptada por un ente no es por si misma un criterio determinante, pues debe realizarse una interpretación funcional, de modo que la forma jurídica, pública o privada, es indiferentes a estos efectos (STJUE de 10 de noviembre de 1998, 10 de mayo de 2001, 22 de mayo de 2003). No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia contiene casos discordantes, en los que no es posible definir con absoluta precisión el contenido y alcance de la noción de servicio público, noción determinante para calificar, con independencia de la "veste" jurídico-administrativa adoptada por el ente adjudicador, la categoría del negocio jurídico. Así, por ejemplo, en la Sentencia BFI Holding BV (Apartado 52) se señala que *"/…/ la recogida y el tratamiento de basuras domésticas pueden considerarse como una necesidad de interés general. Dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud pública y protección de medio ambiente quizás no se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares servicios de recogida, esta actividad pertenece a aquellas respecto de las cuales un Estado puede decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas o sobre las que dicho Estado quiere conservar una influencia dominante. /…/ La existencia o inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de apreciarse objetivamente, siendo indiferente para ello la forma jurídica de las disposiciones en las que se especifiquen dichas necesidades*." Sin embargo, la Sentencia Agorà SRL (Apartado 39), en relación al Ente autónomo de la Feria Internacional de Milán lacanza otra conclusión: *"/…/ la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares es una actividad económica que consiste en ofrecer servicios en el mercado. En el presente caso, de los autos resulta que la entidad de que se trata presta servicios a los expositores contra pago de una contrapartida. Con su actividad, satisface necesidades de naturaleza mercantil, por una parte, de los expositores, que se benefician de la promoción de los bienes o servicios que exponen y, por otra parte, de los visitantes que desean informarse de cara a posibles decisiones de compra*."

Por lo demás, la nueva regulación del recurso especial en materia de contratación del artículo 37 LCSP da carta de naturaleza a un nuevo medio de impugnación administrativa. A través de este recurso de nuevo cuño, los interesados en un procedimiento de licitación, aun cuando no ostenten la condición de licitadores o candidatos en la concurrencia pública, pueden interponer recurso en defensa de sus intereses en procedimientos sujetos a regulación armonizada, enfatizando la norma los supuestos en que la perturbación de los mismos venga producida por la aprobación por el órgano contratante de condiciones o cláusulas discriminatorias.

En materia de capacidad y solvencia del empresario, los artículos 43 y siguientes LCSP vienen a reproducir la regulación previa de la acreditación de las condiciones de aptitud y capacidad de los empresarios, tanto nacionales, como comunitarios no españoles o extracomunitarios, sin más novedad que la de incorporar determinados efectos jurídicos a los supuestos de incumplimiento de la integración por el licitador de la solvencia con medios externos (artículo 52 LCSP/artículo 47.2 Directiva 2004/18), fundamentalmente la posibilidad de resolver el contrato o imponer penalidades en los casos previstos en los artículos 206 y 196 LCSP respectivamente.

Por último, no cabe ignorar, de partida, que la armonización comunitaria toma como punto de apoyo los procesos de licitación y adjudicación, sin que extienda su poder normalizador sobre las fases que se suceden en el plano de ejecución del contrato. Si bien estas fases pudieran parecer ajenas a cualquier proceso de armonización, concentrado como ésta en la fase de selección de los candidatos, el legislador ha reparado en la LCSP en que existen incidentes propios de ejecución de la actividad contractual, como son las modificaciones de los contratos, que en función de la intensidad, objeto y naturaleza de las mismas suponen auténticas alteraciones del objeto primigenio del contrato, y, como tales, desnaturalizan y subvierten el procedimiento original de adjudicación. En atención a esta constatación, se revela como una alteración piramidal de la nueva Ley la regulación de las modificaciones contractuales, con una redacción sumamente restrictiva que enerva el uso patológico y discrecional que de las mismas se ha podido producir en muchos casos.

El artículo 101.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas regulaba como un incidente de ejecución contractual las modificaciones, con el siguiente tenor: "*Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas justificándolo debidamente en el expediente*." Desde el punto de vista material, y sin profundizar en la masa de doctrina que ha analizado la variabilidad del contrato público, sobre la base de la introducción de modificaciones durante la fase de ejecución del contrato, es evidente que el legislador nacional, hasta la fecha, ha venido entendido que existen dos razones de base, materialmente diferenciadas, para justificar un modificado: causas imprevistas y necesidades nuevas. La diferencia de estos dos factores estriba, fundamentalmente, en la posibilidad de previsión o en la imprevisibilidad del acto o incidencia motivadora de la modificación, o en la disposición volitiva discrecional de incorporar, atendiendo a nuevas funcionalidades, nuevas utilidades a la obra o al servicio. Si bien a escala nacional, el legislador ha venido previendo esta situación como sistema de ajuste del contrato, no debe perderse de vista el análisis comunitario de esta cuestión, tanto en clave jurisprudencial como en clave normativa.

Por ello, un primer juicio de análisis parte de la necesidad de considerar si los modificados de proyectos son contingencias admisibles o no a escala nacional y comunitaria. En el plano comunitario, el artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CE prevé la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado en contratos de obras, hurtando de este modo la aplicación del procedimiento abierto, en los siguientes casos:

> "*a) con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio*:
>
> - *cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores o bien*
> - *cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.*
>
> *No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial;*
>
> *b) en el caso de nuevas obras o servicios que consistan en la repetición de obras y servicios similares encargados al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según el procedimiento abierto o restringido.*
>
> *La posibilidad de hacer uso de este procedimiento estará indicada desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el importe total previsto para la continuación de las obras o de los servicios a efectos de la aplicación del artículo 7.*
>
> *Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.*"

Por su parte, y por lo que se refiere a la modificación de los contratos, reiteradas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, C-496/99 P Comisión contra CAS Succhi di Frutta -2004- RTJ página 3801) ponen de manifiesto que los modificados encierran fraudulentamente una modificación sustancial del contrato inicial, por causas discrecionales y no imprevistas, que desvirtúan los principios centrales de publicidad y concurrencia previstos en la Directiva.

El criterio mantenido por la Comisión Europea a la luz de la jurisprudencia comunitaria se ha proyectado en la nueva redacción del artículo 202 de la LCSP, y que fue objeto de especial análisis en el trámite parlamentario de la norma, a cuyo tenor: "*Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato. No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b y 158.b.*"

En este mismo sentido, se expresan el artículo 217 de la LCSP ("*Serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que, siendo conformes con lo establecido en el artículo 202, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando ésta sea una de las comprendidas en el contrato, siempre que no se encuentren en los supuestos previstos en la letra e del artículo 220. En caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.*"), el artículo 226 ("*Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto en los casos previstos y en la forma establecida en el artículo 202. El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes.*"), el artículo 233 ("*El órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija, la modificación de la obra pública, si concurren las circunstancias del artículo 202, así como su ampliación o la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias*"), el artículo 272 ("*Cuando como consecuencia de las modificaciones del contrato de suministro acordadas conforme a lo establecido en el artículo 202, se produzca aumento, reducción o supresión de las unidades de bienes que integran el suministro o la sustitución de unos bienes por otros, siempre que los mismos estén comprendidos en el contrato, estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno en caso de supresión o reducción de unidades o clases de bienes a reclamar indemnización por dichas causas, siempre que no se encuentren en los casos previstos en la letra c del artículo 275.*") y el artículo 282 ("*Cuando como consecuencia de modificaciones del contrato de servicios de mantenimiento acordadas conforme a lo establecido en el artículo 202, se produzca aumento, reducción o supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén contenidos en el contrato, estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno, en caso de supresión o reducción de unidades o clases de equipos, a reclamar indemnización por dichas causas, siempre que no se encuentren en los casos previstos en la letra c del artículo 284.*").

En cambio, el artículo 216.2 de la LCSP, cuando define el sistema de retribución a tanto alzado en su modalidad de precio cerrado, establece que "*el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir deficiencias u omisiones del proyecto sometido a licitación. Esta disposición no obsta al derecho del contratista a ser indemnizado por las modificaciones del contrato que se acuerden conforme a lo previsto en el artículo 217 con el fin de atender nuevas necesidades o de incorporar nuevas funcionalidades a la obra*." A pesar de que el artículo 217 de la LCSP cercena la posibilidad de incorporar nuevas necesidades al contrato, la redacción de este precepto presenta una contradicción con la tesis general derivada del artículo 202 y concordantes de la LCSP, que probablemente deba exigir una rectificación futura, a fin de despejar cualquier posible incertidumbre sobre la naturaleza y alcance de las modificaciones en los contratos administrativos.

Con todo, el alcance material más restringido de las modificaciones contractuales está llamado a alterar sensiblemente la cultura de la licitación de obra pública en nuestro país y, al menos apriorísticamente, a garantizar igualdad de trato y no discriminación entre los posibles competidores en los procesos de contratación que se desarrollen.

3.2. Ámbito de aplicación objetivo. Simplificación de los umbrales

La Directiva se aplica a los contratos públicos de obras, suministro y servicios cuyo valor estimado, sin IVA, sea igual o superior a los umbrales siguientes:

- 133.000 euros respecto de los contratos públicos de suministro y servicios adjudicados por autoridades gubernamentales centrales (ministerios o establecimientos públicos nacionales);
- 206.000 euros respecto de los contratos públicos de suministro y servicios que sean adjudicados por poderes adjudicadores distintos de las autoridades gubernamentales centrales; que tengan por objeto determinados productos del sector de la defensa y sean adjudicados por las autoridades gubernamentales centrales; que tengan por objeto determinados servicios de investigación y desarrollo (I+D), de telecomunicaciones, de hostelería y restauración, de transporte ferroviario, fluvial y marítimo, de puesta a disposición de personal, de formación profesional, de investigación y seguridad, así como determinados servicios jurídicos, sociales y sanitarios o recreativos, culturales y deportivos;
- 5.150.000 euros respecto de los contratos públicos de obras.

Frente a la proliferación de diferentes umbrales en las Directivas precedentes, la Directiva 2004/18/CE además de modificarlos sensiblemente, reduce exclusivamente a los tres importes de referencia indicados anteriormente, de modo que elimina "*una fuente de complicaciones para los poderes adjudicadores*" tal como señala el Considerando 15 de la Directiva 2004/18/CE.

Además cada dos años, la Comisión comprueba los umbrales, el cálculo de cuyo valor se basa en el valor diario medio del euro expresado en derechos especiales de giro (DEG). Esta media se calcula durante el período de veinticuatro

meses que concluye el último día del mes de agosto que precede a la revisión que surte efecto el 1 de enero, de modo que por Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 31 de diciembre de 2007 se procedió a actualizar los umbrales.

Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados (artículo 18 de la Directiva 2004/18/CE), esto es, los contratos de obras y los contratos de servicios, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 % de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes (artículo 17 de la LCSP):

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.150.000 euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a, cuyo valor estimado sea igual o superior a 206.000 euros.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva los siguientes contratos públicos:

- Los contratos públicos regulados por la Directiva «sectores especiales» y aquellos cuyo objeto sea la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones.
- Los contratos públicos declarados secretos o que afecten a los intereses esenciales de un Estado.
- Los contratos públicos celebrados en virtud de normas internacionales.
- Los contratos públicos relativos a los servicios siguientes: la adquisición o el arrendamiento de edificios ya existentes; la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión; los servicios de arbitraje y de conciliación; la compra, venta y transferencia de instrumentos financieros; los servicios prestados por los bancos centrales; los contratos de trabajo; los servicios de I+D que no pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador o que no estén totalmente financiados por éste.
- Los contratos públicos de servicios adjudicados en virtud de un derecho exclusivo.
- Las concesiones de servicios.

3.3. Especificaciones técnicas. Criterios sociales y medioambientales

Conforme a la Directiva 2004/18/CE, las especificaciones técnicas definen las características requeridas de un material, un suministro o un servicio de manera que éstos respondan a la utilización a la que están destinados y han de figurar en los documentos del contrato (anuncio de licitación, pliego de condiciones o documentos complementarios) sin crear obstáculos injustificados a la competencia. A tal efecto, y como señala el Considerando 29 de la Directiva 2004/18/CE "*debe ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas*". Estas características incluirán los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño, la evaluación de la conformidad, la propiedad de empleo, la seguridad o las dimensiones, el aseguramiento de la calidad y los métodos de producción. Cuando se trate de contratos públicos de obras, incluirán también las condiciones de ensayo, control y recepción, así como las técnicas de construcción (artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE).

Los poderes adjudicadores formularán las especificaciones técnicas, bien por referencia a las normas nacionales derivadas de las normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos y a normas internacionales, bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, en particular, en el ámbito medioambiental (por ejemplo, las etiquetas ecológicas europeas). La oferta del licitador será válida cuando éste consiga demostrar que su oferta respeta, de manera equivalente, las especificaciones técnicas formuladas. La presentación de un expediente técnico del fabricante o de un informe de pruebas de un organismo reconocido (laboratorio, organismo de inspección y de certificación) podrá constituir un medio de prueba adecuado.

La preocupación de legislador nacional por garantizar en el proceso preparatorio del contrato que las condiciones técnicas se definan conforma a criterios no discriminatarios se resume en el artículo 101 LCSP, de modo que se exige que las prescripciones técnicas se definan, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación. Simultáneamente, las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia, de tal modo que reproduce literalmente el contenido establecido en la Directiva.

Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato y deberá ir acompañada de la mención *o equivalente*. A este respecto, el legislador español, de acuerdo con la norma comunitaria, ha hecho suya la sentencia Comisión/Países Bajos (C-359/1993), por el que el Tribunal de Justicia declaraba el incumplimiento por Holanda del Derecho comunitario al omitir la mención "o equivalente*":"/…/ puede no solo disuadir a los operadores económicos que utilicen sistemas análogos /…/ de participar en la licitación, sino también obstaculizar las importaciones en el comercio intracomunitario, en contra de lo dispuesto en el artículo 30 del Tratado, al reservar el mercado exclusivamente a los proveedores que se proponga utilizar el sistema específicamente indicado*." Otra medida restrictiva de la competencia y del principio constitutivo del reconocimiento mutuo fue declarada por la Sentencia Comisión/Irlanda (Dundalk), en la que precisamente se perjudicaban intereses de empresas españolas, ya que se producía una flagrante violación del principio fundamental de la libre circulación de mercancías, en atención a *"/…/ la negativa de las autoridades irlandesas a comprobar si dichas exigencias se respetan en el caso de que el fabricante de los materiales no haya sido autorizado por el Instituto irlandés de acuerdo con la norma irlandesa 188:1975. De haber incluido en el anuncio objeto del litigio el término "o equivalente" tras la indicación de la norma irlandesa, como establece la Directiva 71/305 para los supuestos a los que es aplicable, las autoridades irlandesas hubieran podido controlar el respeto de las condiciones técnicas sin reservar desde el primer momento el contrato sólo a los licitadores que se propusieran utilizar materiales irlandeses. /…/ Por tanto, procede reconocer que al permitir la inserción, en el expediente de licitación relativo a un contrato de obras públicas, de una cláusula según la cual las conducciones de amianto-cemento para canalización a presión deben haber obtenido el certificado de conformidad con la norma irlandesa 188:1975, con arreglo al Irish Standard Mark Licensing Écheme del Instituto irlandés de investigaciones y estandarización, Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado CEE*."

En todos los casos enunciados, el reconocimiento de la existencia de soluciones equivalentes técnicamente, bajo inversión de prueba a cargo del contratista, permite excluir situaciones en las que la determinación específica del material de obra o de las calidades funcionales del servicio o suministro puede suponer discriminaciones efectivas en la competencia. A este fin, puede traerse a colación la Sentencia Comisión/Dinamarca (Storebaelt) en los que el Tribunal de Justicia condenaba a Dinamarca por que una empresa pública había convocado una licitación para la construcción de un puente sobre el canal Oeste del Gran Belt que incluía, entre otras condiciones, la utilización, en todo lo posible, de materiales, bienes de consumo, mano de obra y bienes de equipo daneses, lo que atentaba contra el principio de reconocimiento mutuo.

Por último, y con arreglo al artículo 102 LCSP, los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales, de modo que su incumplimiento lleve aparejada la resolución del contrato. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el de inhabilitación para contratar (artículo 49.2 e LCSP).

Es clara, en consecuencia, la intención firme del legislador por impulsar decididamente la contratación ética, social y medioambiental en los procesos de licitación internos, culminando un proceso de evolución comunitario, marcado inicialmente por la jurisprudencia clásica (Sentencia 20 de septiembre de 1998 Asunto C31/87 Beentjes y sucesivas*:* "*El requisito de contratar desempleados de larga duración no guarda relación alguna con la comprobación de la aptitud de los licitadores, sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica./…/ La exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el apartado 2 del artículo 7 del Tratado, en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros. Corresponde al Juez nacional comprobar, habida cuenta de todas las*

circunstancias del caso, si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta.")[7], doctrina renovada básicamente a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de diciembre de 2002 (Asunto "Concordia Bus Finland Oy Ab C-513/99"), en el que la empresa Concordia había impugnado la adjudicación por el Ayuntamiento de Helsinki de un contrato administrativo de servicios en el sector de los trasportes cuando se habían tomado en consideración para la adjudicación criterios ecológicos. Respecto a esta última sentencia, el Abogado General J. Mischo en sus Conclusiones afirma que *"/…/ no cabe duda de que la protección del medio ambiente es asimismo un criterio de interés general. Basta referirse, a este respecto, al artículo 6 CE, según el cual las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. Por lo demás, considerar que la idea según la cual los criterios de interés general pueden figurar entre los criterios de adjudicación de un contrato público responde a una cierta lógica, a una lógica segura, incluso. En efecto, dado que las autoridades públicas esencialmente deben atender al interés general, éste debe poder inspirarlas también cuando celebran un contrato público./…/ El artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que un ayuntamiento que, como entidad contratante, organiza una licitación sobre la explotación de un servicio de autobuses urbanos, puede incluir, entre los criterios de adjudicación del contrato público que debe celebrarse sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, un criterio, como el del caso de autos, relativo a la limitación de las emisiones de óxido de nitrógeno o de los ruidos. Este criterio debe aplicarse respetando los principios fundamentales del Derecho comunitario, en especial el principio de no discriminación y las cuatro libertades, así como todas las normas de procedimiento de la Directiva aplicable y, en particular, las normas sobre publicidad que contiene*." El Tribunal de Justicia vino a dar la razón al argumento expuesto por el Abogado General (Apartados 53 a 69 de la Sentencia) al afirmar rotundamente que "/…/ cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación."

En el marco de la evolución de la contratación ética y medioambiental, diferentes hitos han ido jalonando este proceso, tanto en el plano nacional como comunitario:

a) Orden de 14 de octubre de 1997 del MMA (BOE 29 de octubre): la calidad ambiental como criterio a incluir en la adjudicación por concurso en los contratos de obras, servicios y suministros

b) Comunicaciones interpretativas de la Comisión sobre legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos medioambientales (Documento 2001/C333/07) y los aspectos sociales (Documento 2001/C333/08) en la Contratación Pública

c) Documento de trabajo de la Comisión: "Manual sobre la contratación pública ecológica" (SEC, 2004, 1050, de 18 de julio de 2004)

d) La propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de diciembre de 2002 (Asunto "Concordia Bus Finland")

No resultan ajenas en España las experiencias prácticas en clausulado contractual social, entendido éste como la inclusión de criterios en el proceso de contratación, en virtud de los cuales se incorporan a los contratos aspectos de política social, como el fomento del empleo de personas en situación o riesgo de exclusión social, con el objeto de facilitar su proceso de inserción sociolaboral (fomento del empleo de personas con discapacidad, contratación de personas en situación de riesgo, fomento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, impulso de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en las empresas, fomento de la calidad y estabilidad en el empleo, accesibilidad y "*design for all*", fomento de la responsabilidad social en las empresas). A esta sensibilidad política y social respondía en su Objetivo 1.1 el Plan Nacional para la Inclusión Social del Reino de España 2001-2003 que imponía como eje "*favorecer la contratación pública de las empresas que empleen un número*

[7] En la Sentencia Comisión/Francia (Región Nord-Pas de Calais, Apartados 50 y 51), el Tribunal reproduce el razonamiento que había sostenido en la Sentencia Beentjes, en los siguientes términos: *"/:::/ no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición* relacionada *con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios. Además, cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene /…/ Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición*."

significativo de personas en situación de exclusión social.", objetivo que se volvió a incluir en el los Planes Nacionales siguientes. Entre las experiencias prácticas más importantes desarrolladas en España en los últimos años destaca la cláusula de reserva de contratos públicos a empresas de inserción sociolaboral o a entidades sin ánimo de lucro que tengan por objeto la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social (artículo 35 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas del Parlamento de Cataluña, el programa de inserción social "Posa´t a punt" en la sociedad pública ADIGSA de la Generalitat de Cataluña desde 1997, la reserva de contratación con entidades de carácter social en Navarra -Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos-, la proposición no de ley aprobada por el Parlamento vasco en sesión celebrada el 8 de junio de 2007 sobre inclusión de cláusulas sociales en procedimientos de contratación, así como las experiencias llevadas a cabo por diferentes Ayuntamientos -La Coruña, Huelva, Zaragoza, Granada, Pamplona, Bilbao, Barcelona, Burgos, Castellón, Gijón, Sevilla, Palma de Mallorca o Girona, entre otros-.

3.4. Lucha contra el fraude y la corrupción

La legislación europea sobre contratación pública impone condiciones estrictas de participación en los contratos públicos. Estas condiciones pretenden verificar la aptitud de los operadores económicos para participar en un contrato sobre la base de criterios relativos a la capacidad económica y financiera, así como a los conocimientos o capacidades de carácter profesional y técnico. La transposición de estos principios éticos y jurídicos a las condiciones y aptitudes para contratar queda reflejada en los artículos 49 y 50 de la LCSP.

Las condiciones de participación también están encaminadas a combatir con eficacia el fraude y la corrupción. Retrospectivamente, cabe recordar que el sistema de "listas negras" ha sido propuesto hasta en dos ocasiones en el marco de la Unión Europea: en primer lugar, en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre "Una Política de la Unión contra la corrupción" (COM –97- 0192) impone a la Comisión el compromiso de confeccionar unas "listas negras" en los casos en que estén en juego fondos de la Comunidad; y, en segundo lugar, el Consejo Europeo de junio de 1997 adoptó un "plan de acción para la lucha contra el crimen organizado" en la que se contiene una recomendación a la Comisión y a los Estados miembros para que excluyan de los procedimientos de adjudicación a un licitador que haya cometido un delito relacionadlo con el crimen organizado o esté siendo investigado o procesado por ese motivo.

De conformidad con la Directiva, y como trasunto de los precedentes indicados, quedará excluido sistemáticamente de un contrato público cualquier operador económico condenado por haber participado en una organización delictiva o por corrupción, fraude o blanqueo de capitales. Los poderes adjudicadores podrán exigir a los licitadores cualquier documento que demuestre su moralidad o su situación económica. Al objeto de informarse, podrán dirigirse a las autoridades nacionales competentes o a las de otro Estado miembro.

Podrá ser excluido de la participación en un contrato público todo operador económico:

- que se encuentre en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades o de intervención judicial, o que sea objeto de un procedimiento de este tipo;
- que haya sido juzgado culpable de un delito que afecte a su moralidad profesional;
- que haya cometido una falta profesional grave (por ejemplo, declaraciones falsas);
- que no haya cumplido sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social o sus obligaciones tributarias.

3.5. Igualdad entre los medios electrónicos y los tradicionales

El auge de la contratación electrónica, tanto en el ámbito de las transacciones privadas como en de las operaciones públicas, depara un nuevo horizonte de actuación en el que se hace indispensable garantizar asimismo la seguridad de las intervenciones de los diferentes operadores. A los avances innatos en eficacia que se derivarán, a buen seguro, de la utilización óptima de estas vías (e-government), y que se traducirán en uanmayor contención del gasto público, en una mejora de la satisfacción de los usuarios y en una relación más fluida con los proveedores de bienes y servicios públicos en términos de ahorro tiempo/coste de transacción, debe unirse la tensión derivada por preservar la autenticidad y fiabilidad de las propuestas de los operadores en el negocio en el que concurren. Esta preocupación permanente por la seguridad en el intercambio y suministro de información está presente en la inmensa mayoría de las medidas aplicativas de la Ley que tienen por finalidad articular sistemas basados en soportes telemáticos y halla reconocimiento asimismo en la Disposición adicional decimonovena de la LCSP.

En materia de intercambio de información, la Directiva 2004/18/CE pone al mismo nivel los medios electrónicos y los tradicionales. Deja que los agentes del contrato elijan los medios de comunicación que van a utilizar durante los procedimientos. Cuando se utilicen medios electrónicos, el poder adjudicador podrá acortar los plazos de la siguiente manera:

- La publicación electrónica de un anuncio de información previa permite disminuir en siete días el plazo de recepción de las ofertas en los procedimientos abiertos y restringidos. Lo mismo ocurre con la recepción de las solicitudes de participación cuando se trate de procedimientos negociados o de diálogo competitivo.
- Es posible una disminución adicional de cinco días, acumulable con la anterior, en los procedimientos abiertos y restringidos cuando los documentos del contrato estén disponibles en Internet.

Garantizada la igualdad de trato, un beneficio inherente a la utilización de las nuevas tecnologías viene propiciado por la penetración de una mayor transparencia en los procesos de licitación. Las "nuevas técnicas electrónicas de compra" (Considerando 12 de la Directiva 2004/18/CE) fortalecerán "*la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora (que) consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad delos procedimientos de adjudicación*." (Sentencia TJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98 Telaustria).

En todo caso, no debe obviarse que existe una diferencia nítida entre el principio de transparencia en la contratación, al que coadyuvará en su realización efectiva la introducción de sistemas telemáticos, y el principio de publicidad, uno de los pilares básicos de la contratación pública europea (Sentencia de 18 de marzo de 1992, Comisión contra España, Asunto C-24/91, Rec. 1992 F.J. 2). Desde el punto de vista de la publicidad, una de las medidas innovadoras de la LCSP dirigidas derechamente a incrementar los niveles de conocimiento de los procedimientos de licitación en todos los entes del sector público, y, por consiguiente, en orden a mejorar las condiciones de competencia en el mercado, consiste en la obligación que se impone a todos los órganos de contratación en el artículo 42 LCSP de disponer de un perfil del contratante o portal de licitación:

"1. Con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por esta Ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se decida voluntariamente, los órganos de contratación difundirán, a través de Internet, su perfil de contratante. La forma de acceso al perfil de contratante deberá especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación.

2. El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como los anuncios de información previa contemplados en el artículo 125, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación. En todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación provisional de los contratos.

3. El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo."

Además del contenido que preceptivamente se ha de incorporar al perfil de acuerdo con este precepto (adjudicación provisional), es menester publicar asimismo los anuncios de licitación (artículo 126.4 LCSP), las adjudicaciones definitivas (artículo 138.1 LCSP) y las instrucciones de contratación de entes que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, así como de entes que no formalicen contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 175 y 176 LCSP).

3.6. Introducción de un nuevo procedimiento de adjudicación: el diálogo competitivo

Las Directivas precedentes no preveían métodos dinámicos de contratación y se anclaban en fórmulas tradicionales, no aptas para contratos complejos o que tienen por objeto la prestación de servicios o bienes en evolución tecnológica o de mercado constante (telecomunicación, equipos médicos, …). La idoneidad de los medios necesarios para satisfacer estas necesidades exige de la participación del suministrador o proveedor del servicio que posee el conocimiento jurídico, económico y técnico necesario para aportar soluciones apropiadas. Si bien la transposición por los Estados miembros a su normativa interna del nuevo procedimiento es discrecional, España ha optado por transponer íntegramente la regulación proyectada.

De este modo, el artículo 163 y siguientes LCSP introduce un nuevo procedimiento de selección de contratistas que bajo la denominación de diálogo competitivo tiene por finalidad promover un intercambio de posiciones entre el órgano contratante y los diferentes candidatos para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Es un procedimiento dirigido por el órgano de contratación, en el que sobre la base de las ofertas inicialmente presentadas, y bajo garantía de reserva de la información confidencial facilitada por los licitadores, se suceden diferentes conversaciones bilaterales entre cada candidato, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Es, por tanto, un procedimiento de baja intensidad regulatoria y desnormativizado, en tanto que del diálogo con los diferentes licitadores no se conserva documentación alguna. Es obvio que un uso indebido de la información suministrada por los diferentes licitadores en el

proceso de diálogo, supondría falsear la competencia de modo que habría que depurar las pertinentes responsabilidades que se dedujeran de esa conducta.

El diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato, a cuyos efectos, se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto. Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se adjudicarán por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el artículo 154.a LCSP.

Por lo que se refiere al procedimiento conforme al que se sucede el diálogo competitivo, los órganos de contratación publicarán un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos, que definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo. En caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a tres.

A partir de este momento, el órgano de contratación desarrollará, con los candidatos seleccionados, un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados. Durante el diálogo, el órgano de contratación dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. El órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste.

El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad. El número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades. Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo. El órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado.

3.7. Incorporación de nuevas técnicas de contratación: acuerdo marco, sistema dinámico de adquisición y subasta electrónica

La rápida adopción por los Estados miembros de técnicas electrónicas y telemáticas en la contratación pública ha impulsado a la Unión Europea a instrumentar racionalmente sistemas de licitación pública de carácter armonizado que permitan introducir unas reglas comunes aptas para garantizar la competencia efectiva en el mercado comunitario y mejorar la eficiencia de los servicios o suministros que se prestan a través de estas fórmulas. A los sistemas clásicos de adquisición centralizada se suman dos técnicas autónomas nuevas como son el acuerdo marco (artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE) y el sistema dinámico de adquisición (artículo 33 de la Directiva 2004/18/CE), así como un procedimiento electrónico de subasta (artículo 54 de la Directiva 2004/18/CE) que puede implementarse cualquiera que haya sido el sistema escogido para la selección del adjudicatario.

De acuerdo con lo anterior, los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 180.1 LCSP, no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. En el pronunciamiento del legislador sobre la posibilidad de un uso indebido de esta técnica subyace la inquietud que presenta el ejercicio incontrolado de la misma, que podría suponer una restricción intolerable al acceso al mercado de la contratación pública de determinados operadores por un período de tiempo determinado.

Por su parte, los órganos de contratación del sector público podrán articular sistemas dinámicos (artículo 183 LCSP) para la contratación de obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada, reproduciendo la misma cautela que en la técnica anterior. Sin embargo, en este caso, la cautela probablemente sea innecesaria por cuanto, a diferencia de la técnica anterior, el

sistema dinámico es permeable y permite la incorporación de nuevas empresas al sistema, previa presentación de la correspondiente y calificación de una nueva oferta indicativa.

Finalmente, los poderes adjudicadores podrán recurrir a la subasta electrónica para adjudicar un contrato, excepto en el caso de determinados contratos de servicios y obras que impliquen el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras. Según la Directiva 2004/18/CE, la subasta electrónica se ha de basar:

- bien en el precio, cuando el contrato se adjudique al precio más bajo;
- bien en el precio o en el valor de los elementos de las ofertas, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa.

De acuerdo con el iter procedimental descrito en la Directiva, antes de proceder a la subasta electrónica, los poderes adjudicadores realizarán una primera evaluación de las ofertas. Simultáneamente, por medios electrónicos, invitarán a participar a los licitadores admitidos. En la invitación se precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta y, en su caso, el número de fases. Se indicará, asimismo, la fórmula matemática en virtud de la cual se establecerán las clasificaciones automáticas; en dicha fórmula se integrará la ponderación de los criterios de adjudicación. A lo largo de cada una de las fases, los participantes conocerán su clasificación respectiva con relación a los demás participantes, cuya identidad desconocerán. La subasta electrónica finalizará, bien en la fecha y a la hora fijadas previamente, bien cuando haya transcurrido un determinado plazo tras la presentación de la última oferta, bien cuando concluyan todas las fases de la subasta.

La subasta electrónica en la contratación pública en España no es novedosa en determinados agentes públicos empresariales, pero, en cambio, es la primera vez que se regula genéricamente con este rango de atención por parte del legislador, definiéndose en el artículo 132 LCSP como un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos. En lo demás, la LCSP reproduce el contenido general de la Directiva 2004/18/CE.

La Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989: el recurso especial en materia de contratación

La protección efectiva de los derechos de las empresas comunitarias, en un mercado regulado por normas comunes, deviene indefectiblemente en que exista un eficaz sistema de recursos de carácter precontractual deducible en vía administrativa. Ha sido precisamente este el propósito que ha llevado a la Unión Europea a reforzar las condiciones de impugnabilidad de las actuaciones contrarias a las obligaciones comunitarias dimanantes de las Directivas sobre contratación pública. En efecto, si los Estado miembros no aseguran mediante instrumentos eficaces la posibilidad de recurrir irregularidades invalidantes del procedimiento o incumplimientos atentatorios contra los principios y valores clásicos de la contratación administrativa se generan desincentivos formidables a la contratación. Si la falta de adopción de medidas eficaces provoca la irreparabilidad de las lesiones que los empresarios pueden sufrir se están socavando las bases mismas del mercado integrado europeo, pero además se está dando pie internamente a la irrupción de corruptelas y patologías.

El acierto en la instrumentación de un eficaz sistema de recursos parte de la necesidad de garantizar su precontractualidad, esto es, en prevenir que ante cualquier violación de los principios medulares de la contratación comunitaria, el particular que invoque un interés lesionado pueda exigir su depuración con carácter previo a la formalización y ejecución del propio contrato. Es éste y no otro el sentido que cabe atribuir al principio de efectividad (SSTJCE de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, apartado 121; *Courage y Crehan*, apartado 29). Así, en el Auto del TJCE de 22 de abril de 1994 sostiene que "*la declaración posterior de un incumplimiento /…/ con frecuencia después del incumplimiento del contrato, no podrá eliminar el perjuicio sufrido por el ordenamiento jurídico comunitario y por todos los licitadores excluidos o privados de la posibilidad de participar adecuadamente*."

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 28 de octubre de 1999 (asunto ALCATEL) consideraba indispensable que existiera un recurso singular en materia de contratación: "*Las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, 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, deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de*

contratación anterior a la celebración del contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato."

De la insuficiencia del sistema precedente de recursos en materia de contratación pública en España da cuenta el Abogado General P. Léger en las Conclusiones presentadas el 13 de junio de 2002 en la demanda interpuesta por la Comisión contra el Reino de España por esta causa: "*El Tribunal de Justicia dedujo de dichos elementos que todas las decisiones de las entidades adjudicadoras, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, son impugnables. Interpretó, en consecuencia, que la Directiva sobre recursos se opone a que determinadas disposiciones nacionales sólo ofrezcan a los recurrentes perjudicados la posibilidad de solicitar la anulación de la decisión de la entidad adjudicadora, anterior a la celebración del contrato, por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato. /…/ Habida cuenta de los objetivos que persigue la Directiva sobre recursos y del tenor literal de sus artículos 1 y 2, el Tribunal de Justicia se propuso dar así una definición amplia del concepto de "decisión" /…/ ha de entenderse, por tanto, cualquier acto o medida, supuestamente ilegal a la luz de las disposiciones de las Directivas sobre procedimientos, adoptado en el procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate, que produzca efectos o resultados que la entidad adjudicadora pueda tener en cuenta en la decisión final de adjudicación. Tal interpretación de la Directiva sobre recursos se ajusta a su objetivo, que consiste en garantizar la aplicación efectiva de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, en una fase en la que las infracciones aún pueden corregirse o evitarse. Por consiguiente, para alcanzar dicho objetivo no es suficiente que existan recursos sólo contra los actos lesivos y, a fortiori, sólo contra los actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate. /…/ De las consideraciones antes expuestas se infiere que, al no permitir la interposición de un recurso contra cualquier acto o medida, supuestamente ilegal a la luz de las disposiciones de las Directivas sobre procedimientos, adoptada en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, que produzca efectos o resultados que la entidad adjudicadora pueda tener en cuenta en la decisión final de adjudicación, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665*."

En sentencia de 15 de mayo de 2003 (asunto C214/2000), Comisión contra el Reino de España, el TJUE declaró el incumplimiento por parte de nuestro país de las obligaciones derivadas de la Directiva 89/665, en particular, por "*someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora*." Este pronunciamiento judicial abocó a que en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se introdujera un nuevo artículo 60 bis en el TRLCAAPP.

Con la entrada en vigor del artículo 37 LCSP podría darse por superada la cuestión de la inadecuación del ordenamiento jurídico nacional al Derecho comunitario, optando el legislador por un modelo de recurso especial, ante el órgano administrativo de contratación –se podría haber escogido la opción, como en el caso de los *Tribunals* ingleses, de que fueran las Juntas Consultivas de Contratación, órganos colegiados investidos de una auctoritas especial los que resolviesen estos recursos, como existen ejemplos en España (Illes Balears)-. Sin embargo, y tras una procelosa negociación, se publicó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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. El objetivo que persigue la modificación tanto de la Directiva 89/665/CEE como la Directiva 92/13/CEE es mejorar la eficacia del sistema de recursos tanto en el contexto de los principios rectores del Tratado CE (libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, libertad de establecimiento, igualdad de trato, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia) como en el marco de las políticas dirigidas a combatir la corrupción en la Unión Europea (Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, COM (2003) 317 final).

Por lo que se refiere a la legitimación activa para la interposición del recurso especial, el artículo 37 LCSP establece que podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores. Como se aprecia, el recurso excede del espacio acotado de los licitadores o candidatos, ampliándose esta esfera a cualquier persona susceptible de presentar un interés legítimo. El espectro de posibles recurrentes se extiende, por consiguiente, a todo empresario, aún cuando no participe efectivamente en el proceso de licitación, que estime que existen condiciones o cláusulas discriminatorias de carácter administrativo o técnico, de modo que cumple la funcionalidad comunitaria de dotar a los operadores mercantiles de un formidable instrumento para atacar actuaciones administrativas vulneradoras, entre otras, de la libre competencia. Con la ampliación del segmento de interesados, se acoge la doctrina del TJCE[8]

[8] Existe una extensa doctrina del Tribunal de Justicia sobre los recursos en materia de contratación administrativa. A los expuestos en el texto, cabría añadir la sentencia de 18 de junio de 2002 (Sala 6ª), dictada en la cuestión prejudicial C92/2000 sobre el momento en que debe tomarse en consideración para apreciar la legalidad del acuerdo de la entidad adjudicadora por la que se cancela una licitación; o la sentencia de 19 de junio de 2003 (asunto 410/2001) en la que se determina si existe un interés legítimo para la interposición de un recurso por un empresario, si su pretensión no ha sido precedida de la petición de una comisión de conciliación.

formulada entre otras por la sentencia de 19 de junio de 2003, dictada en el asunto C-249/2001, en la que considera que el artículo Uno.tres de la Directiva 89/665/CEE no se opone a que los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva solo sean accesibles a las personas que deseen obtener la adjudicación de un contrato público determinado si éstas se han visto o pueden verse perjudicadas por la infracción que alegan. Del mismo modo, en la sentencia de la Sala Sexta del TJCE de 12 de febrero de 2004, asunto 230/2002, se señala que la Directiva no se opone a que después de la adjudicación de un contrato público se considere que una persona no tiene derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva cuando esa persona no ha participado en el procedimiento de adjudicación del contrato, debido que no estaría en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación, como consecuencia de la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a ésta, y contra las cuales, aun así, no interpuso un recurso antes de la adjudicación del citado contrato.

Análisis general de la doctrina del TJUE en relación con la regulación jurídica de los contratos en España. El caso especial de las entidades instrumentales (In house providing)

Durante la vigencia de la extinta Ley de Contratos del Estado de 1965, tras el ingreso de España en la Unión Europea, ya tuvo ocasión el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de pronunciarse acerca de la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a las entonces vigentes Directivas 93/36 y 93/37 en su sentencia de 17 de noviembre de 1993 (asunto C-71/1992, Comisión contra España). En este primer fallo se condenaba a España por mantener en vigor hasta treinta disposiciones tanto en la Ley como en el Reglamento contrarias al ordenamiento jurídico comunitario

El argumento central del Tribunal se centró en la inseguridad jurídica que provocaba la regulación española, de modo que las normas españolas cuestionadas "*eran tan generales y su redacción tan poco clara*" que no se ajusta plenamente "*a las exigencias de calidad y certidumbre de las situaciones jurídicas deseadas por las directivas*". Ha de recordarse que entre otras normas controvertidas se hallaba el apartado octavo del artículo 2, conforme al cual quedaban excluidos de la aplicación de la Ley los contratos y negocios jurídicos de la Administración "*exceptuados expresamente por una Ley*". Esta vía de fuga había permitido hurtar la aplicación de la Ley de Contratos a un número importante de organismos públicos españoles, agostando así la pretensión comunitaria de abortar los intentos de huída de la aplicación de la norma comunitaria.

En otras sentencias dictadas con carácter previo a la aprobación de la Ley 13/1995, se condenaba al Reino de España por diversos incumplimientos: así, en la sentencia de 18 de marzo de 1992, el Tribunal declaró el incumplimiento por parte de España de la Directiva 71/305/CEE, sobre los contratos públicos de obras, "*al haber decidido el Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid adjudicar por contratación directa las obras que tenían por objeto la ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social*", sin que se motivasen las razones de urgencia que alegaba el demandado; por su parte, en la sentencia de 3 de mayo de 1994, el incumplimiento declarado por el Tribunal afectaba a la legislación sobre contratos de la Seguridad Social, al exigir que "*la Administración adjudique por procedimiento de contratación directa los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las instituciones de la Seguridad Social, y adjudicar por contratación directa la casi totalidad de dichos suministros, omitiendo la publicación del anuncio de contratación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas*."

Tras la entrada en vigor de la Ley 13/1995, hay que recordar como ya se ha mencionado en otra parte de este Capítulo que el Reino de España fue condenado en la sentencia de 15 de mayo de 2003 por no haber extendido el sistema de recursos de la Directiva 89/665/CEE a las decisiones adoptadas por las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica y cuya actividad esté financiada mayoritariamente por las Administraciones Públicas u otros entes públicos, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público.

Tras la sentencia de 16 de octubre de 2003 por la que se condenaba la Reino de España por el incumplimiento de las disposiciones comunitarias en relación con la adjudicación y ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA), siguió la importante sentencia de 13 de enero de 2005 (C-84/2003) por la que la condena vino motivada:

- al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, de dicho Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1 de las Directivas;
- al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con

las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas;

- al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

Por último, una cuestión que ha sido objeto de un debate científico y práctico muy encendido es la del reconocimiento jurídico pleno de los medios propios y servicios técnicos de la Administración como entidades instrumentales para la realización de prestaciones propias para las autoridades públicas. Las Directivas sobre contratación pública han venido a reconocer que no se hallan sujetas a la normativa comunitaria sobre contratación pública las relaciones de colaboración entre una Administración o entidad pública, de un lado, y una entidad pública o privada del sector público, de otro lado, cuando el capital de la entidad que recibe la encomienda de gestión pertenezca totalmente a la Administración o entidad encomendante y se den los requisitos que exige el TJUE para configurar legítimamente una situación de "in house providing".

En sentido amplio, son operaciones "in house" las que celebra una entidad adjudicadora con sociedades controladas por ella aunque posean personalidad jurídica propia; obligaciones que quedan excluidas de la obligación de licitación y que suponen una excepción a la normativa comunitaria sobre contratación pública. EL TJUE en las Sentencias Mannesmann, asunto C-44/96 y BFI Holding, asunto C-390/96 se admite la obligación de una sociedad mercantil estatal de suministrar material al Estado, con el carácter de derecho exclusivo, no es incompatible con la prestación de servicios en el mercado, y reconoce que una sociedad mercantil creada para prestar ciertos servicios en exclusiva para dos ayuntamientos holandeses, ha de ser considerada como organismo de derecho público, es decir, como un órgano de la Administración de manera que la sociedad no tiene carácter de tercero respecto de los ayuntamientos y, consecuentemente, la adjudicación directa a la sociedad de ciertos servicios no queda sujeta a las Directivas, pues tales servicios deben considerarse prestados por la propia Administración. Para el TJUE, en la Sentencia BFI Holding, el hecho de que la sociedad desarrolle sus actividades al margen de la competencia, constituye un indicio de que satisface necesidades de interés general que no tienen carácter mercantil (véase también sentencias Stadt Halle, de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03; Parking Brixen, de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03).

Posteriormente, en la Sentencia TECKAL de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, se exigen además dos requisitos suplementarios:

a) que el poder adjudicador ejerza sobre el ente adjudicatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios

b) que el ente adjudicatario realice su actividad esencial para el poder adjudicador

En atención a estos antecedentes, el informe de la Abogacía General del Estado de 31 de mayo de 2007, deducido de una consulta de TRGASA concluye afirmando que "*la normativa sobre contratación pública se aplica cuando existe un acuerdo/contrato entre dos personas distintas, si bien reconoce que los poderes públicos pueden elegir cumplir las funciones que les incumben en su integridad con sus recursos propios, de forma interna y sin recurrir a empresas jurídicamente independientes, públicas o privadas, de manera que, en tales casos y siempre y cuando se reúnan los dos requisitos exigidos en la sentencia TECKAL y posteriormente recogidos en otras sentencias, tales contratos o acuerdos no estarían sujetos a la normativa comunitaria sobre contratación pública*." Esta opinión ha sido posteriormente corroborada por la Intervención General de la Administración del Estado en informe emitido el 19 de junio de 2007, a partir de la Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007 (Asunto C-295/05) en relación al carácter instrumental de la sociedad española TRAGSA.

En línea con esta doctrina, el artículo 24.6 LCSP (y también la DA 30ª LCSP para TRAGSA) contiene una definición ajustada a normativa comunitaria de medio propio y servicio técnico de la Administración, de acuerdo con la cual "*los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.*

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones

públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas."

Con todo, no debería concebirse esta técnica de desconcentración funcional de la contratación como una válvula de salida de las reglas comunes de la contratación pública. La búsqueda de la eficacia no debería ocultar una segunda intención, menos recta, como es la de orillar la aplicación de las reglas generales de la contratación.[9]

Hay un último aspecto que debería plantearse desapasionadamente que es el relativo al coste efectivo de prestación de las actividades por las sociedades instrumentales y la determinación de las tarifas administrativas que liquidan los medios propios y servicios técnicos de la Administración. Si finalmente se pudiera concluir que el importe de las tarifas excede el coste real de ejecución de la actividad, en márgenes que pudieran ser inaceptables en un mercado competitivo abierto, de suyo sería revisar el modelo de gestión y ejecución instrumental de obras y servicios, porque bien podría concluirse que en ese caso la técnica "in house providing" altera esencialmente las condiciones económicas y financieras del mercado, descontando otros factores (simplicidad del procedimiento de encargo a una entidad instrumental, recurso inmediato en casos de emergencia o inexistencia de competidores).

[9] En el artículo 3 del Código francés de contratos públicos de 7 de marzo de 2001 se obliga a los entes instrumentales con encargos contractuales a que apliquen la normativa contenida en el Código.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004.

ALONSO GARCÍA, Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo, Civitas, Madrid, 1989.

ARIÑO ORTIZ, Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vol. 1, Comares, Granada, 2003.

ARIÑO ORTIZ, "El concepto de contrato público en la CEE", Noticias CEE, núm. 21, 1986.

ARROWSMITH, LINARELLI Y WALLACE, Regulating Public Procurement, Nacional and International Perspectivas, Kluwer Law International, 2000.

ARROWSMITH y DAVIES, Public Procurement: Global Revolution, Kluwer Law International, 1998.

ARROWSMITH, "The EC procurement directives, nacional procurement policies and better governance: the case for a new approach" ElRev 1/2002.

BAÑO LEÓN, "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" RAP, núm. 151, 1995.

BASSOLS COMA, "Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa", Noticias CEE, núm. 21, 1986.

BELLOUBET-FRIER, "Service public et droit communautaire AJDA, núm. 4, 1994.

BERMEJO VERA, « Objetivos, principios y prospectiva de la política comunitaria de contratos púbicos", Revista Galega de Administración Pública, núm. 29, 2002.

BLANQUER, D., La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía práctica, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

BORRAJO INIESTA, "Las Directivas sobre contratación como manifestación de la libertad comunitaria de circulación" Noticias CEE, núm. 21, 1986.

COLIN y SINKONDO, «Principe de non-discrimination et protection de la concurrence en Droit International et en Droit Communautaire » Revue de marché Commun et de l´Union Européenne, núm. 332, 1989.

COMISIÓN EUROPEA :

- La contratación pública en la Comunidad, COM (86) 375 final
- Aspectos regionales y sociales de la contratación pública, COM (89) 400 final
- La contratación pública en Europa. Las directivas, OPOCE, Luxemburgo, 1994
- Libro verde sobre la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro, COM (96) 583 final
- La contratación pública en la Unión Europea, COM (1998) 143 final
- Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, COM (2001) 274 final
- Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, COM (2001) 566 final

DEL SAZ, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo traje con las mismas rayas", RAP, núm. 174, 2007.

DIEZ MORENO y LOPEZ-IBOR MAYOR, «La contratación administrativa en la Unión Europea y el ordenamiento español", Política Exterior, núm. 43, 1995.

ESCUIN PALOP, "Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública", Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 46, 2005.

FERNÁNDEZ ASTURDILLO, Contratación administrativa, Bosch, Barcelona, 2000.

FERNÁNDEZ GARCÍA, "La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo", RAP núm. 166, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas, Civitas, Madrid, 1999.

GIMENO FELIU, Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español, Civitas, Madrid, 2003.

GIMENO FELIU, La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española, Civitas, Madrid, 2006.

GIMENO FELIU, La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española: la necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma, 2006.

HUERGA LORA, “El Derecho Español en contratos públicos y el Derecho comunitario”, REDA núm. 126, 2005.

LAVAISSIERE DE LAVERGNE, “Le contexte économique de l´ouverture des marchés publics européens » Revue Marchés Publics, núm. 245, 1989.

LLISET BORREL Y LLISET CANELLES, Manual de los contratos públicos, Bayes Hnos., Barcelona, 2000.

MALARET GARCÍA, La contratación pública en el horizonte de la integración europea: V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2004.

MARTÍN CIZARRAGA, “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública”, Justicia Administrativa, núm. 6, 2000.

MENSI, “L´ouverture à la concurrente des marchés publics de services » Revue de Marché Unique Européen, núm. 3, 1993.

MORENO MOLINA, Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español, Mc-Graw Hill, Madrid, 1996.

MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, La nueva Ley de Contratos del Sector público, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2007.

MORENO MOLINA, Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas, Bomarzo, Albacete, 2006.

ORDOÑEZ SOLÍS, La contratación pública en la Unión Europea, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2002.

RAZQUIN LIZARRAGA, Contratos públicos y Derecho comunitario, Aranzadi, Pamplona, 1996.

SANTÍAS VIADA, SANTAMARÍA DE PAREDES y LÓPEZ BLANCO, El Derecho comunitario de la contratación pública, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 1991.

SOSA WAGNER y OTROS, Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996.

VAN GERVEN y GILLIAMS, “La aplicación en los Estados miembros de las Directivas sobre contratos públicos”, Gaceta Jurídica de la CEE, núm. 96, 1991.

¿PUEDEN LOS CONTRATOS QUEDARSE EN CASA?
(La polémica europea sobre la contratación "in house").

Francisco Sosa Wagner
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León (España)

Rasgo distintivo de la Administración contemporánea es el de su pluralidad. Junto al incremento de Administraciones territoriales, que se desperezaron y fortalecieron con la Constitución, se ha generalizado de manera incontestada una tendencia a la creación de nuevas personificaciones públicas. Se conciben y procrean muchos organismos, entes, agencias, asociaciones, sociedades y fundaciones públicas, que se presentan en sociedad con su propia personalidad y denominación[1]. Esta multiplicación de entidades públicas así como de sociedades públicas y fundaciones de iniciativa también pública ha hecho aparecer singulares problemas. Muchos derivados de la necesidad de armonizar los fines públicos, que persiguen en todo caso estas personificaciones, con las relaciones ad extra que, sin embargo, se enmarcan en el tradicional derecho privado[2].

Pero no son esas cuestiones a las que queríamos atender en este estudio porque han sido exhaustivamente tratadas por la doctrina. Por el contrario, pretendemos dar un giro de ciento ochenta grados en el anteojo del lector y llamar la atención sobre otros problemas nuevos, asuntos calientes que están en el epicentro de un debate europeo que nos afecta sobremanera. No sobre los conflictos que pueden surgir entre esas personificaciones y los sujetos privados, sino sobre los que se han planteado en las necesarias relaciones que existen entre esas personificaciones y las Administraciones públicas matrices. Es decir, lo que conoce la doctrina como contratos "domésticos", contratos "in house", por usar la terminología del Tribunal de Luxemburgo y de uso común entre los juristas europeos.

---

[1] Hay lógicamente algunas ventajas para esta fructífera reproducción: la aparición de una nueva personificación pública permite delimitar una gestión autónoma y separar un patrimonio afectándolo a un concreto fin. A partir de ahí, se podrá advertir que los responsables prestan su total atención y energías a la consecución de esa función o servicio, tendrán un adecuado conocimiento de los recursos con los que cuentan y podrán evaluar de manera más rigurosa los resultados y objetivos conseguidos. Sin embargo, son otros los argumentos que se utilizan de manera preferente y reiterada para anticipar la creación de un nuevo organismo o sociedad pública. Como cansina cláusula de estilo se invoca siempre la búsqueda de una mayor "eficacia y rapidez" en la gestión para disimular la interna obsesión de "huir del Derecho administrativo", lo que demuestra una manifiesta ignorancia. No es que no se pueda "huir" del Derecho administrativo, no es que no se puedan eludir en determinados casos las normas procedimentales o de control presupuestario. En eso no radica la eficacia y rapidez. Esas falaces obsesiones merecen un fuerte reproche porque ignoran o confunden las razones de la eficacia y éxito de las organizaciones, ya adopten una forma jurídica pública o privada, a saber: el adecuado hacer de sus responsables. Son los funcionarios o los profesionales que dirigen esos organismos o sociedades los hacedores del aplauso o reproche que puede suscitar los resultados de la gestión.

[2] Ejemplo paradigmático y de sobra conocido ha sido la evolución que ha dirigido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el concepto de "organismo adjudicador" sometido a las Directivas de contratación pública. De la literal concepción de "organismo público" se ha desarrollado un completo concepto que trata de acoger a cualquier personificación, pública o privada, que satisfaga intereses generales, aunque también actúe en el tráfico mercantil. Sentencias esenciales han sido la de 20 de septiembre de 1988 (Gebrolders Beentjes/Países Bajos), la de 11 de julio de 1991 sobre la empresa pública portuguesa de Aeropuertos y Navegación aérea; de 26 de abril de 1994 sobre la administración de los Monopolios de Italia, la de 15 de enero de 1998, relativa a la imprenta estatal austriaca y una sociedad filial de la misma; también la de 17 de diciembre de 1998, sobre una sociedad mercantil dedicada al cuidado de los bosques nacionales; la de 27 de febrero de 2003 sobre varias empresas del Ayuntamiento de Viena; en fin, también se recoge esta delimitación en varias sentencias que condenaron al Reino de España como las de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 o la de 13 de enero de 2005. Son conocidos los principales hitos de esta progresiva reinterpretación, pues son muchos los trabajos que la han comentado, de ahí que resulte ocioso su resumen. En todo caso, sirva el mero recordatorio de los siguientes: J.Mª Baño León, "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas", *RAP* núm. 151, págs. 26 y sgs.; M. López Benítez, "Los poderes adjudicadores en el derecho comunitario y en la Ley de contratos de las Administraciones públicas" *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136 págs. 60 y sgs.; J.A. Moreno Molina, "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos", RAP núm. 151, págs. 319 y sgs.; E. Montoya Martín, "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de 'poder adjudicador' en las Directivas de contratación pública", *RanAP* núm. 41, págs. 121 y sgs.; J.M. Gimeno Feliú "La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública" *RAP* núm. 151 págs. 425 y ss. y "Las Directivas europeas sobre contratación pública: ámbito subjetivo y objetivo y sus relaciones con la Ley de contratos de las Administraciones públicas", *Noticias de la Unión Europea* núm. 205 págs. 61 y sgs., también del mismo autor *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Madrid, 2003, en especial, págs.43 y sgs.

El asunto, resumidamente, es el siguiente: las Administraciones, que disponen desde antiguo -como acaba de señalarse- de sociedades y demás intrumentos personificados a su servicio, han dispuesto de ellos según las decisiones pertinentes adoptadas en cada momento sin mayores problemas. Ocurre, sin embargo, que paralelamente ha crecido de forma desmesurada el derecho de la competencia, es decir, el conjunto de reglas que tratan de garantizarla en el mercado libre. Lo que se ha visto con normalidad a lo largo de muchos años, ahora se contempla bajo la lupa de esa nueva rama del ordenamiento. Lupa que es de gran aumento. Por ello la interrogación que se impone y se trata de desvelar en las próximas líneas es: ¿pueden las Administraciones echar mano sin más de sus entes instrumentales o han de someterse como cualquier particular a los dictados y a los múltiples recovecos del derecho de la competencia?

A la vista de esta pregunta, procede adelantar que ya algunos trabajos han analizado el régimen jurídico que debería presidir las relaciones entre la Administraciones y sus organismos y sociedades públicas[3]. Sin embargo, parece oportuno insistir en este momento en estas relaciones por dos poderosos motivos. El primero, porque conviene conocer la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que se está pronunciando de manera directa sobre las relaciones "domésticas" y no siempre adoptando el mismo criterio. El segundo, porque se está tramitando una nueva Ley en España que regulará la contratación del sector público y la propuesta que contiene no parece del todo adecuada para facilitar lo que serían las lógicas relaciones entre las Administraciones y sus organismos y sociedades.

Y ¿por qué han florecido estos conflictos con los contratos domésticos de las Administraciones? La legislación española de contratos siempre ha admitido que la propia Administración realizara las obras, suministros o servicios cuando contara con fábricas, arsenales..., en fin, siempre que tuviera medios propios suficientes. Es lo que la legislación del siglo XIX denominaba la ejecución "por administración", frente a "la contrata" realizada por un empresario privado[4]. Regulación que persiste, aunque algo anquilosada, en la vigente Ley de contratos[5]. Sin embargo, ante la generalizada imposición de que los contratos "públicos", a los que atienden las Directivas comunitarias, se sometieran a una pública concurrencia competitiva para seleccionar al contratista, empresarios privados han empezado a discutir y recurrir ante los Tribunales los negocios, encargos, encomiendas o adjudicaciones a favor de los organismos o sociedades públicas que acordaba su Administración matriz. Entienden esos empresarios que esos negocios, que implican cuantiosas prestaciones económicas, deberían satisfacer los procedimientos de selección pública y competitiva y, en consecuencia, que se debería abrir la puerta para que los empresarios privados pudieran optar a su adjudicación.

Así empezó a conocer el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de estos conflictos. En los primeros pronunciamientos, este Tribunal admitió que podía excluirse la aplicación de las Directivas de contratación pública en aquellos negocios que relacionaban directamente a las Administraciones públicas con sus sociedades. Sin embargo, al exigirse más precisiones, en posteriores y recientes sentencias, las afirmaciones de este Tribunal comunitario se han matizado e, incluso, ha introducido nuevos rigores que modulan esas lógicas relaciones de las Administraciones con sus organismos y sociedades. ¡Qué razón tenía Ihering al sostener que no se debía insistir sobre asuntos ya tratados! Pues, como en los sucesivos prensados de la uva, poco tiene que ver el primer zumo con los posteriores que, al final, pueden quedar ciertamente aguados[6]. Así, frente a las primeras afirmaciones del Tribunal, parecen algo arriesgadas las posteriores profundizaciones que pueden conducir a contradicciones o incoherencias.

---

[3] Sobre los contratos domésticos resultan recomendables los trabajos de F. Sosa Wagner, "El empleo de recursos propios por las Administraciones locales", *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al prof. S. Martín Retortillo*, Madrid, 2003, págs. 1309 y ss. y *La gestión de los servicios públicos locales*, cit. en especial págs. 167 y ss.; M. Rebollo Puig, "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *RAP* núm. 163, págs. 245 y ss.; A. Huergo, "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas", *RAP* núm. 154, págs.; J. Ortiz Mallol, "La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas", *RAP* núm. 163, págs. 245 y ss.

[4] Recuerda esta clásica legislación del siglo XIX, F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, 6ª ed. Madrid, 2004, págs 159 y ss.

[5] Me refiero a los artículos 152, 194 del Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, de 16 de junio de 2002; y 174 a 179, 194 del Reglamento estatal de contratos

[6] R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1891.

Tampoco ha contribuido a aportar claridad la última reforma normativa. Me refiero a la nueva redacción de las Directivas de contratación pública[7]. Y eso a pesar de que durante la tramitación del procedimiento para su elaboración y

aprobación, algunas instituciones y organismos reclamaron una mayor claridad de las definiciones y la necesidad de precisar el régimen de los contratos domésticos[8]. Es cierto que las enmiendas introducidas en la Directiva de contratos "públicos" permiten interpretar que existe alguna exclusión a la aplicación de las reglas de contratación pública. Enredado tras una compleja redacción que se acerca a un trabalenguas, se excluyen los contratos con un derecho exclusivo que realicen "poderes adjudicadores" con poderes adjudicadores o con agrupaciones de poderes adjudicadores (art. 18).

Mantiene pues esta Directiva la estricta exigencia de imponer el régimen de pública concurrencia en los contratos que celebren las Administraciones, sus organismos y sociedades, con la única excepción de que se trate de servicios que incluyan derechos exclusivos. Frente a esta única excepción relativa a las Administraciones, organismos y sociedades públicas, la Directiva permite a las sociedades privadas, que en ocasiones deben seguir sus dictados, excepcionarlo cuando se encuentran en un grupo de sociedades.
Adviértase la incoherencia pues, al regular el régimen jurídico al que quedan sujetos los empresarios privados, que son beneficiados por la adjudicación de una concesión de obra pública, la Directiva establece que deben cumplir las normas de publicidad cuando pretendan contratar obras cuya cuantía alcance los umbrales previstos. Sin embargo, se excluye si contratan con "empresas vinculadas", entendiendo por tales aquellas que pertenecen al mismo grupo de sociedades. En concreto, se delimitan estas empresas vinculadas como aquellas sobre las que, bien se ejerce una influencia dominante, bien ejercen una influencia dominante sobre el concesionario, o bien están ambas bajo la misma influencia dominante de otra empresa privada (art. 63). Es decir, se permite a las sociedades de un grupo privado excluir la aplicación de la Directiva, justo lo que se impide a las sociedades de un grupo público.

Mayor discriminación se percibe al examinar la Directiva que regula los procedimientos de contratación en determinados sectores económicos esenciales (agua, energía, transportes y servicios postales). La misma atiende a los contratos de los grupos societarios en el artículo 23, distinguiendo dos supuestos[9]. El primero, el que realizan las sociedades "asociadas" ("vinculadas" sería la traducción de las expresiones que aparece en los textos en otros idiomas)[10]. No se aplica tal Directiva a los contratos que celebre una entidad adjudicadora con sus asociadas, entendiendo por tales aquellas con las que consolida las cuentas o, si no tiene esa obligación, sobre las que ejerce de manera directa o indirecta una influencia dominante o están sometidas ambas a la influencia dominante de otras. Es decir, los contratos entre sociedades del mismo grupo, ya sea los que realice la matriz con una filial u otra descendiente, la filial o descendiente con la matriz o los que se realicen entre varias filiales u otras descendientes. En la última versión de los considerandos de la Directiva se anuncia la conveniencia de excluir los contratos que realiza una sociedad con otras de su grupo, al entender que se había constituido como instrumental, para facilitar los servicios, suministros y obras a las empresas del grupo y no comercializarlos en el mercado. Como criterio para advertir esa "instrumentalidad" ha precisado la norma la necesidad de que realmente la actividad de esa sociedad "asociada" se proyecte sobre el grupo. Se

---

[7] Directiva 18/2004, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios (que ha unificado y reformado las Directivas anteriores), así como a la Directiva 17/2004, de 31 de marzo, de coordinación de los contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

[8] En este sentido puede verse, por ejemplo, el Dictamen emitido por el Consejo Económico y Social, publicado en el Diario Oficial 2001/C 193, de 10 de julio de 2001, págs. 7 y ss. Aunque más ilustrativo resulta el Dictamen del Comité de Regiones (publicado en el Diario Oficial 2001/C 144, de 16 de mayo de 2001, págs. 23 y ss.). Más conocedores y sensibles al régimen de los derechos concesionales y los modos de prestar los servicios públicos, reclamaron una mejor regulación, máxime cuando existían documentos de trabajo elaborados por la propia Comisión europea con interpretaciones y reinterpretaciones sobre estos importantes aspectos. Los miembros de este Comité reiteraron la necesidad de excluir del ámbito de las Directivas "la contratación realizada por las entidades regionales y locales con sus propias entidades independientes", esto es, los contratos domésticos, así como los que surgen de la cooperación intermunicipal. Aspectos cuya posibilidad se había empezado a introducir tras importantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia. En concreto, citaba de manera explícita este Dictamen las sentencias recaídas los asuntos Arnhem (C - 360/96) y Teckal (C - 107/98).

[9] Ya la redacción anterior contenida en el artículo 13 de la Directiva 93/38 de servicios esenciales incluía estos dos supuestos, aunque sin tantas delimitaciones que ahora parece se intentan precisar.

[10] En concreto, las expresiones utilizadas en otros idiomas son: "Verbundenes Unternehmen", "affiliated undertaking", "entreprise liée" o "impresa collegata".

mantiene el criterio de que, al menos, el ochenta por ciento de su volumen de negocios en los tres últimos años proceda

de contratos con las sociedades del grupo. Y, en caso de que no hayan transcurrido tres años desde su constitución para acreditar este porcentaje, se ofrezca una "verosímil" proyección de actividades[11].

El segundo supuesto al que atiende esta Directiva resulta igualmente interesante. Excluye su aplicación a muchos contratos que suscriba una empresa "conjunta", definiendo ésta como aquella que está constituida exclusivamente por entidades adjudicadoras. Tres son las situaciones que permiten pues inaplicarla: 1) los contratos que adjudique la llamada empresa conjunta a las entidades que la integran; 2) los contratos que adjudique a la llamada empresa conjunta cualquiera de las entidades que la integran, siempre que la empresa conjunta se haya constituido por un periodo mínimo de tres años y la adjudicataria forme parte de la empresa conjunta durante ese mínimo tiempo; y 3) los contratos que adjudique la empresa conjunta a las empresas asociadas a las entidades adjudicadoras que integran la empresa conjunta, siempre que el volumen de negocio de esa empresa asociada alcance la citada cifra del 80% en los últimos tres años dentro del grupo al que pertenece o si no han transcurrido tres años, que sea "verosímil" según la proyección de actividad.

Esta redacción final fue objeto de cierta discusión y negociación. En el proyecto inicial sólo se admitía esta excepción en los contratos de servicios, considerando la Comisión que ampliarla a los contratos de obras y suministros era "inaceptable" y "pondría en entredicho el acervo comunitario" (sic)[12]. Sí se aceptó atender a las situaciones en las que no habían transcurrido los tres años para advertir el volumen de negocio y no se admitió reducir la trascendencia del volumen a sólo el 50%. Quizá porque ese porcentaje más reducido no permite advertir la "instrumentalidad de la sociedad".

Pues bien, estas excepciones no están en la Directiva de contratos. Benefician, por tanto, sólo a los grupos de sociedades privadas y no a los públicos estableciendo un régimen distinto en esta materia que pretende presentarse como general para todas las contrataciones, porque las instituciones comunitarias han afirmado que "hay que velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado" (considerando 10 de la Directiva 17/2004).

Sorprende este resultado final, de tanta diferencia de régimen entre dos regulaciones que atienden a materias tan relacionadas y que se tramitaron de manera simultánea. La Directiva de contratación pública no acoge aspectos tan importantes para la adecuada interpretación y aplicación de la misma, y que están regulados en la otra Directiva de sectores económicos, como la definición de empresa pública o una más adecuada atención a los contratos domésticos de las Administraciones y sus organismos y sociedades. La Directiva de contratos sólo admite la excepción cuando se trate de contratos entre poderes adjudicadores o agrupaciones de éstos (supuesto similar a la empresa conjunta) si se trata de contratos de servicios con derechos exclusivos. Quizá se trate de esperar y, así, dentro de diez años, la futura Directiva de contratación aluda sin mayor conflicto a los contratos entre las sociedades pertenecientes al mismo grupo. Aunque no parece que apelar a la paciencia sea una opción razonable.

Mientras tanto, el Tribunal de Justicia está precisando qué ha de entenderse por contrato doméstico y, en consecuencia, cuando no rigen las previsiones de publicidad y concurrencia. Lo que no ha solucionado la Directiva, se pretende paliar con las sucesivas precisiones que realiza conflicto a conflicto, sentencia a sentencia, el Tribunal de Justicia. A través de la cuña que supone la configuración de los contratos domésticos puede romperse la monolítica interpretación que impone la rigurosa aplicación de las reglas de publicidad y competencia a los contratos que pretenda realizar cualquier organismo público. Mediante la consideración de ese trabalenguas (excluir cuando exista un derecho exclusivo los contratos de un poder adjudicador con otro poder adjudicador o con una agrupación de poderes adjudicadores) será posible admitir que los negocios que celebren las Administraciones con sus organismos y sociedades públicas no hayan de enfrentarse a un procedimiento de pública concurrencia en competencia. Atendamos a sus últimas decisiones.

---

[11] Esta es la misma expresión que se utiliza en el texto en francés. Más suave resulta la interpretación italiana: que con base a sus proyectos "probablemente" realizará esa actividad. Y en inglés y alemán se utiliza la expresión que "sea creíble".

[12] Pueden leerse estas expresiones en la propuesta de Directiva que se publicó en el Diario oficial 2002 / 203 E, de 27 de agosto de 2002.

2. La doctrina del Tribunal comunitario.

Los negocios entre las Administraciones y sus organismos o sociedades habían aparecido en varias ocasiones como protagonistas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, en pocas se ha afrontado de manera directa la pregunta del régimen jurídico de las relaciones internas entre las sociedades públicas. La preocupación preferente del Tribunal y de las partes, que formularon alegaciones, estaba centrada entonces en determinar si esos organismos o las sociedades filiales estaban sujetas a los dictados de las Directivas de contratación; si esas sociedades tenían el carácter de "organismos públicos", porque su ámbito de negocio perseguía fines de interés general o se trataba de actividades mercantiles o industriales[13]. Es a partir de dos relevantes sentencias, que se han asentado como determinantes hitos, cuando se pone sobre la mesa el problema de los contratos domésticos: la sentencia de 10 de noviembre de 1998 (c 360-96, también conocida como BFI Holding), cuyo origen versó sobre los contratos que varios Ayuntamientos (Arnhem y Rheden) habían asignado a sociedades conjuntas. En este caso, el Tribunal respondió en términos generales y abstractos sobre la calificación de las sociedades conjuntas como "poderes adjudicadores", sin incidir en la posibilidad de estas adjudicaciones directas a las sociedades que se consideraban medios propios, aunque puede interpretarse que esta sentencia lo admitió de manera tácita; por otro, la sentencia de 18 de noviembre de 1999 (c 107-98) conocida comúnmente como sentencia "Teckal". Ante la impugnación que una empresa privada realizó del contrato entre un Ayuntamiento y una *Azienda consorziale,* el Tribunal admitió que es posible excluir la aplicación de las directivas de contratos públicos cuando se contrata con una entidad: "*en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan"*.

Sin embargo, en recientes pronunciamientos se han incorporado precisiones que hacen tambalearse esta doctrina. Sobre las mismas queremos llamar la atención.

Empecemos por resumir la más próxima. Se trata de la sentencia de 11 de mayo de 2006 (asunto C- 340/04). La semilla del conflicto había sido lanzada con la convocatoria pública realizada por el Ayuntamiento de Bustio Arsizio para adjudicar un contrato de suministro de combustible, así como el mantenimiento de las instalaciones de calefacción de los edificios municipales. Varias empresas habían presentado sus ofertas, pero el procedimiento se suspendió por el Ayuntamiento al conocer una sentencia del Consejo de Estado italiano en la que se reiteraba la jurisprudencia comunitaria conocida como "doctrina Teckal".

Amparado en esa doctrina, el Ayuntamiento decidió adjudicar de manera directa el mismo contrato a una sociedad holding (AGESP) en la que participa de manera casi absoluta (aproximadamente con el 98% de las acciones), perteneciendo el 2% restante a otros Ayuntamientos. Esta sociedad adjudicó el contrato a su filial, de la que poseía el cien por cien de las acciones, que a su vez adjudicó parte de esos contratos a distintas empresas privadas mediante procedimientos de urgencia. Ninguna de las que habían presentado ofertas en el procedimiento inicial.

Ante esta situación, las dos empresas que habían presentado sendas ofertas a ese concurso inicial, recurrieron ante los tribunales contenciosos la suspensión del procedimiento de licitación, así como la directa adjudicación del contrato por parte del Ayuntamiento a su sociedad holding. El Tribunal planteó una cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad europea que ha sido resuelta en esta sentencia de 11 de mayo de 2006.

Se preguntó al Tribunal comunitario si podía admitirse que un Ayuntamiento adjudicara de manera directa un contrato, sin cumplir por tanto con las previsiones de las directivas comunitarias, a una sociedad en la que participaba mayoritariamente, es decir, si concurrían en estos casos los requisitos que permiten no seguir los dictados de las Directivas.

---

[13] Así, por ejemplo, la sentencia de 15 de enero de 1998 (C 44/96), sobre el régimen aplicable a la Imprenta estatal austriaca, constituida como sociedad anónima, y a una sociedad filial de la misma; o la de 27 de febrero de 2003 (C-373/00), relativa a las relaciones y contratos de un holding de empresas del Ayuntamiento de Viena con una de sus sociedades dedicada a los servicios funerarios.

El Tribunal analizó por separado las dos exigencias. Con relación a la primera, el ejercicio de un control análogo al existente con los propios organismos, era obligado constatar que los estatutos de esa sociedad holding permitían la entrada de capital privado; pero este hecho, ni se había producido, ni se anunciaba. Por tanto, la sociedad holding era controlada totalmente por Administraciones públicas y su filial también. Sin embargo, el Tribunal comunitario no entendió que se cumpliera esta primera circunstancia de su jurisprudencia "Teckal" por dos razones. La primera, por las amplias facultades que se atribuían al consejo de administración, sin que existieran visos de un control o de una influencia dominante; la segunda, que ese control se diluía al descender otro escalón con la existencia de una filial. No parece por consiguiente admitirse el control en la relación que podríamos calificar familiarmente como de abuela a nieta.

También se explayó la sentencia en la interpretación del segundo requisito de la jurisprudencia "Teckal": la necesidad de que la mayor parte del volumen de negocio se realizara con la entidad dominante. Rechazó el Tribunal que pudieran aplicarse de manera analógica los criterios utilizados en la directiva de sectores económicos esenciales. A su juicio, al constituir una excepción la inaplicación de las Directivas de contratación no debía admitirse la analogía y, además, afirmó que el mismo legislador comunitario había "optado" por no incluir estos criterios en la Directiva de contratación.

A pesar de estas declaraciones, interesa saber que la sentencia afronta los parámetros que pueden tenerse en cuenta para valorar cuándo se realiza "una parte esencial" de la actividad con la Administración. En este sentido, destaca que han de valorarse las relaciones con todos los poderes adjudicadores, es decir, en estas sociedades en las que participan varios Ayuntamientos, con todos, no sólo con el que pretende la adjudicación de un contrato. Aspecto importante en las sociedades públicas de varias Administraciones porque la "instrumentalidad" de la misma debe considerarse en conjunto, no sólo con relación a la Administración u organismo que sea mayoritario o que realice un mayor número de encargos y contratos[14]. Además, subrayó el Tribunal que deben computarse también en ese "volumen de negocio" las relaciones que se traben con los usuarios de los servicios que derivan de estos contratos administrativos.

No obstante últimas precisiones discrepamos del resultado final de la sentencia que declaró que la directiva prohibía la adjudicación directa a una sociedad "nieta", al poseer los consejos de administración de la filial y la nieta amplias facultades de gestión autónoma y ello porque los Ayuntamientos pueden adjudicar directamente la gestión de sus servicios a sociedades íntegramente públicas y a sus nietas y demás descendientes del mismo modo que los holdings pueden encargar a sus filiales y demás descendientes, siempre que sean al cien por cien, prestaciones, obligaciones y contratos. La autonomía que se predica de la gestión del consejo de administración de estas sociedades forma parte del régimen general derivado de la normativa mercantil, dónde no es del todo adecuado afirmar que el consejo de administración debe seguir los mandatos e instrucciones del accionista, pues las competencias de las juntas y consejos están delimitadas.

En lo que debe insistirse, sin embargo, para evitar los fraudes de ley, es que esas filiales y demás sociedades descendientes apliquen las directivas de contratación. No entra el Tribunal comunitario en esta cuestión porque no fue formulada ni tampoco parece que en el recurso inicial ante el tribunal italiano se discutieran esos contratos urgentes que celebró la "nieta" con empresas privadas. Pero esa es la cuestión capital si se quiere preservar la eficacia de las Directivas. No debe admitirse que se utilicen las sociedades públicas ni sus descendientes como pantallas para luego eludir la aplicación de las directivas, siendo éstas las que eluden la publicidad y concurrencia troceando los contratos o declarando urgencias espurias.

La segunda sentencia a recordar tiene fecha de 11 de enero de 2005 (asunto c-26/03). Resuelve las cuestiones prejudiciales que se suscitan en un proceso que tiene como protagonista al Ayuntamiento alemán de Halle y a una de sus sociedades mixtas. El conflicto surgió porque este Ayuntamiento encargó a la mercantil Lochau la elaboración de un estudio para modificar el tratamiento y eliminación de los residuos urbanos y, tras el mismo, inició negociaciones para contratar con esta misma sociedad, sin realizar ningún procedimiento de competencia, un servicio público, en concreto, la eliminación de residuos. Lochau es una sociedad mixta, en la que un empresario privado tiene el 24,9% de las participaciones y el resto pertenecen a una sociedad municipal de responsabilidad limitada, cuyas participaciones son en su integridad de otra sociedad municipal, que a su vez pertenece también íntegramente al Ayuntamiento. En los asequibles términos familiares podría decirse que Lochau es una sociedad mixta "bisnieta" del Ayuntamiento, siendo tanto la sociedad "nieta", como la "filial" íntegramente municipales.

Pues bien, el Ayuntamiento pretendía contratar directamente con su bisnieta y, además, conseguir que otros Ayuntamientos se mancomunaran en el servicio de eliminación de residuos concentrando esta prestación en la bisnieta.

---

[14] Han defendido una opinión distinta J.M. Gimeno Feliú, *Contratos públicos...*, cit., pág. 81 y M.A. Bernal Blay, "Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra l) TRLCAP", *REDA* núm. 129, pág. 87.

Estos proyectos se vieron interrumpidos porque una empresa privada recurrió ante los Tribunales esta negociación. La sentencia estimó el recurso al entender que no podía hablarse de una "operación interna" municipal, al existir una participación privada y porque la sociedad Lochau ejercía también actividades de mercado. El Tribunal, que conoció del recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento de Halle, formuló varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia comunitario, algunas relacionadas con la posibilidad de admitir recursos sin existir ningún procedimiento de licitación y otras sobre la contratación directa del Ayuntamiento con esta sociedad mixta.

Dejando a un lado las precisiones sobre la tutela efectiva, aún sin existir procedimiento formal alguno de contratación, debemos adentrarnos en lo que es motivo ahora de comentario: la posible contratación doméstica, "in house".
El Tribunal comunitario declaró que debían aplicarse los procedimientos de contratación pública cuando una Administración pretendía negociar con una sociedad mixta en la que también participaba el capital privado. Centró la razón la sentencia en que la participación privada excluía que la Administración pudiera ejercer sobre esa sociedad un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios y organismos. La participación privada en la sociedad mixta suponía, además, la incorporación a los objetivos de la actividad empresarial de intereses privados, intereses muy distintos de los fines de interés general que persigue toda Administración.

Es decir, que en las relaciones que se traben entre las sociedades de una Administración pública hay que tener en cuenta, en primer lugar, como regla general, la aplicación de la Directiva comunitarias de contratación y, en segundo lugar, sólo si concurren entre las sociedades las dos circunstancias que inició la jurisprudencia de los contratos domésticos, podrán dejarse de lado los rigores del Derecho comunitario.

Junto a estos dos pronunciamientos, otras recientes sentencias, a pesar de las completas y acertadas consideraciones que se contienen en muchos escritos de conclusiones de la Abogacía general del Tribunal europeo, no están marcando un trayecto uniforme, sino que se advierten algunas sorprendentes oscilaciones. Conviene conocerlas por su gran trascendencia.

En conceto, con relación a la exigencia de que se ejerza sobre la sociedad "un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios" hay que conocer lo siguiente.

En principio, las sentencias del Tribunal comunitario no han reconocido -lo acabamos de ver- la existencia de ese control en las sociedades mixtas en las que participan empresarios privados. Así, la sentencia "Halle", pero también se ha insistido en esta afirmación en la sentencia de 10 de noviembre de 2005 (asunto c 29/04). Esta última resuelve el conflicto que se planteó contra diversas actuaciones que había realizado el Ayuntamiento austriaco de Mödling. Este Ayuntamiento había constituido una sociedad íntegramente pública a la que "cedió" la gestión del servicio de eliminación de residuos del Municipio y con la que firmó contratos de arrendamiento de varias instalaciones municipales. Pocos días después, el Ayuntamiento decidió transmitir el 49% por ciento de la participación a una sociedad privada y se modificaron los estatutos sociales para fijar las reglas sobre las mayorías necesarias para la adopción de algunos acuerdos y el régimen de administración, que recaería en dos gerentes, nombrados cada uno por cada accionista (el Ayuntamiento y el empresario privado) con poderes mancomunados. Otra empresa privada recurrió estas actuaciones municipales y en el proceso se plantearon varias cuestiones prejudiciales dirigidas al Tribunal Comunitario. Este órgano judicial, en su sentencia de 10 de noviembre de 2005, resolvió el recurso en el que declaró el incumplimiento de las Directivas de contratación. El hecho de que se hubieran cedido inicialmente los servicios públicos a la sociedad, cuando era íntegramente pública, no debía impedir que se considerara el incumplimiento del Derecho comunitario, porque la sucesión de acontecimientos revelaba ya la intención de incorporar a esa sociedad capital privado (las fechas de constitución de la sociedad, cesión del contrato, transmisión de las participaciones y modificaciones estatutarias eran prácticamente seguidas en el tiempo). Y eso es lo que no admiten las Directivas.

En la caracterización de cómo ha de manifestarse ese "control análogo al ejercido sobre los propios servicios" es donde el Tribunal, a mi juicio, ha oscilado. Ilustrativas consideraciones se pueden leer en algunos escritos de conclusiones de los Abogados generales[15], que aluden a las diferencias entre el control sobre los servicios y la "influencia dominante y control" que existe en otros sectores, como el de la competencia, donde es suficiente la posesión de la mayoría de las participaciones o de los votos en los órganos sociales para admitir ese control. Para calificar una relación como "doméstica", como "operación interna" del grupo societario, se exige un mayor "control".

[15] Son especialmente ilustrativas las conclusiones que firma la abogado general Dra. Kokott en el asunto Brixen, C- 458/03.

Un control que ha de ser, según esta jurisprudencia "análogo", es decir "no idéntico" al de los servicios que están insertos en la organización administrativa y responden, por ello, a las exigencias de una organización jerarquizada. La personificación en un organismo o sociedad introduce este matiz en el control. No existirán manifestaciones de jerarquía, pero sí de dirección de la gestión de la entidad, la posibilidad de encauzar su planificación, su estrategia empresarial, aprobar sus presupuestos, designar a sus consejeros, etc... Estos serán ejemplos significativos para admitir ese "control análogo". De ahí que no se comparta la decisión del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, en el asunto Brixen (c 458/03).

Los hechos se pueden deducir de los siguientes datos: el Ayuntamiento italiano de Brixen transformó una empresa "especial" (categoría del derecho italiano para determinadas sociedades municipales), que se dedicaba a la realización de distintas obras y servicios municipales, en una sociedad anónima. Entre las relaciones que mantenía el Ayuntamiento con esta sociedad, íntegramente municipal, dos dieron lugar a un conflicto que llegó a las instancias europeas. Se trataba de unos convenios en virtud de los cuales la sociedad explotaba unos aparcamientos municipales. El primero, estaba inmerso en la cesión de los derechos de uso del suelo y subsuelo, el encargo de una piscina municipal y la gestión del aparcamiento y, el segundo, la cesión de la explotación del aparcamiento a cambio de un canon durante los nueve años en que se permitía ese uso. Canon que estaba en relación con las tarifas que debían pagar los usuarios. Una empresa privada dedicada también al negocio de los aparcamientos impugnó estas relaciones y el Tribunal que conoció el asunto suscitó varias cuestiones prejudiciales. Junto al equívoco acerca de la naturaleza del convenio, si se trataba de un contrato de servicios o de una concesión de servicios, se preguntaba también si se había incumplido el derecho comunitario al cederse la explotación del aparcamiento sin haber realizado ninguna licitación pública.
El Tribunal comunitario, tras declarar que se trataba de una concesión de servicio de aparcamiento, afirmó que se había incumplido el derecho comunitario. No porque se infringieran las directivas de contratación, ya que estos contratos no estaban incluidos en su ámbito de aplicación, sino porque se quebrantaban principios de derecho comunitario, en concreto, las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, la igualdad de trato y no discriminación, así como los principios de libre mercado y competencia. Además, según el Tribunal, no podía aplicarse la jurisprudencia de los contratos domésticos porque no podía entenderse que sobre la sociedad anónima municipal el Ayuntamiento ejerciera un "control análogo" al que ejercía sobre sus propios servicios. Para el Tribunal, el hecho de tratarse de una sociedad anónima, a la que se reconocía autonomía en la gestión, que podía en el futuro incorporar capital privado y extender su ámbito de actividad fuera del término municipal, eran circunstancias relevantes para negar ese "control análogo".

Sin embargo, como había explicado la Abogado general, estas circunstancias no eran suficientemente expresivas de la falta de control por la Administración. La sociedad era íntegramente pública, la alegación de que podía entrar capital privado era un hecho discutido entre las partes que participaron en el proceso, que, además, no se había producido[16]. Y, los poderes "autónomos" que se reconocían al órgano de administración había que entenderlo dentro de la propia lógica y estructura tradicional del régimen societario. Bien razona la Abogado general al explicar que implicaría unas tremendas consecuencias para la Administración pública interpretar, como ha hecho el Tribunal, que el reconocimiento de esa "gestión autónoma" a los órganos de la sociedad impide aplicar la jurisprudencia de los contratos domésticos. Eso supondría la imposibilidad de reorganizar internamente los servicios administrativos, sabiendo las consecuencias de la personificación de los mismos; a la vez que se impondría la privatización de esos servicios públicos sin la necesaria reforma legal[17].

---

[16] En la actualidad sigue esta sociedad, según la información que he podido allegar a través de Internet, siendo íntegramente municipal.

[17] En términos del escrito de Conclusiones: "...si se exigiera que el titular de participaciones de Derecho público tenga frente a su contraparte las mismas posibilidades jurídicas de ejercer influencia que con respecto a sus propios servicios, casi nunca podría cumplirse el primer criterio Teckal en relación con las sociedades de capital organizadas conforme al Derecho privado. Así pues, antes de celebrar contratos con sus filiales organizadas como sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, aun siendo su único socio, las entidades adjudicadoras deberían observar siempre las exigencias de la normativa en materia de contratos públicos y adjudicar el cumplimiento de sus funciones, en la medida de lo posible, a los mejores postores privados. En estas circunstancias, la mera cesión de funciones a tales sociedades, y ello en ámbitos tan sensibles como por ejemplo el suministro de agua, supondría en última instancia el inicio forzoso de la privatización de estas funciones... Si se aplicasen las exigencias de la normativa en materia de contratos públicos a negocios jurídicos entre entidades adjudicadoras y sus filiales al 100 %, la forma jurídica de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada ya no podría seguir utilizándose al objeto de proceder a una reorganización puramente interna. A la entidad afectada sólo le quedaría, en esencia, elegir entre la privatización de sus funciones (54) y la ejecución interna de éstas a través de los servicios de la administración o de sociedades municipales incluidas en la estructura jerárquica administrativa y carentes de una autonomía digna de mención. En algunos casos, las filiales existentes podrían transformarse de nuevo, en un movimiento de retroceso, en empresas municipales" (apartados núms. 68 y 70).

Sorprende que el Tribunal rechazara la existencia de un "control análogo" siendo la Administración el único accionista de la sociedad. Y como único accionista es el Ayuntamiento el que tiene en su mano decidir los destinos, estrategias, planes y actuaciones de la sociedad. Eso es lo determinante y no que se le exija un control equivalente al de los servicios jerárquicamente dispuestos, bajo sus órdenes e instrucciones, con la posibilidad de revocar sus decisiones o resolver los recursos contra las mismas. El hecho de tratarse de servicios travestidos con el atuendo de una forma jurídica de derecho privado obliga a analizar cuáles son los mecanismos de "dirección" y "control" característicos en el ámbito mercantil. Y resulta paradójico afirmar que un accionista único no controla la sociedad.

En fin, como bien resumió la Abogado general "sólo cuando una empresa es realmente tan independiente (autónoma) que la entidad adjudicadora ya no esté en condiciones de desarrollar plenamente en ella sus objetivos de interés público, no cabe hablar de un control análogo al ejercicio sobre los servicios propios" .

Conflicto muy parecido en el que, sin embargo, el Tribunal comunitario adopta otro criterio es el que resuelve la sentencia de 6 de abril de 2006. En resumen, el Ayuntamiento de Bari desistió de continuar con una licitación pública para adjudicar el servicio de transporte en el municipio, al conocer la reforma legislativa italiana que introducía en la ley de organización de los entes locales, la posibilidad de adjudicar los servicios locales a sociedades íntegramente públicas si concurrían las circunstancias para aplicar la jurisprudencia de los contratos domésticos. Esta reforma legislativa hizo que el Ayuntamiento desistiera de la licitación y adjudicara el servicio a su sociedad municipal AMTAB Servicio SpA. Una asociación de empresarios del transporte impugnó la actuación municipal y, al conocer de las cuestiones prejudiciales suscitadas, el Tribunal comunitario no declaró el directo incumplimiento de las Directivas, como hizo en la anterior sentencia citada. Por el contrario, declaró que las libertades comunitarias y los principios del Tratado no impedían que un Ayuntamiento contratara directamente con una sociedad municipal íntegramente pública siempre que se dieran los criterios de los contratos domésticos, que debían ser analizados por el juez nacional.

Acerca de la segunda circunstancia que ha de concurrir para aplicar la jurisprudencia sobre los contratos "in house" también se han realizado algunas recientes precisiones. Recordemos que se exige que la sociedad tenga la mayor parte de volumen de negocio con la entidad contratante. Es decir, que la sociedad pública del grupo, la filial u otra descendiente, desarrolle su actividad dentro del propio grupo y de la entidad pública que domina el mismo.

Este es un requisito elemental. Para que el contrato sea doméstico, la actividad ha de quedar en casa. Si la sociedad interviene en el mercado, mantiene fructíferas relaciones económicas en el tráfico mercantil, está revelando su condición de empresaria y, por tanto, ha de reconocerse ese papel comercial y tratarla como al resto de las entidades. O mejor dicho, que el resto de las empresas comerciales puedan exigir el mismo trato que esa sociedad "pública" de clara vocación empresarial.

El problema está en determinar cuándo ha de entenderse que "gran parte de la actividad" o que "la mayor parte del volumen" se realiza con las Administraciones públicas[18]. El Tribunal de Justicia comunitario ha rechazado de manera contundente la aplicación analógica de los criterios establecidos en la Directiva que regula la contratación en los sectores económicos esenciales. Recordemos: que se acreditara que en los tres últimos años al menos el ochenta por ciento del volumen del negocio provenía del mismo grupo societario. A pesar de que aportaría cierta seguridad jurídica y, sobre todo, facilitaría la prueba, como ya he recordado supra, esa analogía ha sido rechazada con absoluta contundencia por el Tribunal de Justicia.

En todo caso, en la sentencia de mayo de 2006, que resolvió las cuestiones sobre los contratos adjudicados directamente por el Ayuntamiento de Busto Arsizio a su sociedad holding AGESP, en la que había una pequeña participación de otros Ayuntamientos, el Tribunal declaró que habían de tenerse en cuenta circunstancias tanto cuantitativas como cualitativas; que era procedente computar todos los negocios con todos los poderes adjudicadores,

---

[18] En algunos escritos de Conclusiones de los abogados generales en estos procesos se destaca la distinta traducción de este criterio. Así, por ejemplo, en las Conclusiones de la Abogado General Sra. Christine Stix-Hall, en el asunto Halle, c-26/03, recuerda las siguientes expresiones" las conclusiones del Abogado General Sr. Léger ofrecen la siguiente imagen: por un lado, el Abogado General se basa en la «quasi-exclusivité» de los servicios prestados, lo que en la versión alemana se tradujo como «sämtliche Dienstleistungen» (la totalidad de los servicios; traducido en la versión española como «cuasi exclusividad [...] de los servicios que presta»). (22) Por otro lado, se remite a la versión de la excepción establecida en la sentencia Teckal en la lengua de procedimiento, el italiano, y habla de «en grande partie», lo que en la versión alemana se ha traducido como «im Wesentlichen» (la parte fundamental; traducido en la versión española como «en gran parte»), (23) o de «la plus grande partie de leur activité» (en alemán, «den grössten Teil ihrer Tätigkeit», la mayor parte de su actividad; traducido en la versión española como «la mayor parte de su actividad»). (24) (apartado 91)

así como los negocios con los usuarios de los servicios que derivaban de contratos con los poderes adjudicadores.

Precisiones importantes porque de lo que se trata es de acreditar el carácter "instrumental" de la sociedad pública, no de que realice más o menos negocios con una de las Administraciones y organismos asociados.

También en la sentencia que resolvió los recursos contra la concesión del Ayuntamiento de Brixen realizada a su sociedad instrumental, el Tribunal declaró que no incidía en este criterio el hecho de que, según los estatutos sociales, pudiera la mercantil realizar actividades fuera del territorio municipal. Lo importante era la actividad efectivamente realizada.

3. La legislación española.

La vigente normativa española no atiende de manera explícita a los negocios y contratos que suscriben las sociedades públicas vinculadas, asociadas o agrupadas. Todavía no se han incorporado las nuevas previsiones de las Directivas de contratación. Sin embargo, no puede albergarse ninguna duda de que las mismas son directamente aplicables. Desde el vencimiento del plazo otorgado a los Estados miembros para la introducción de las Directivas, éstas son, como se sabe, derecho aplicable y eficaz, y pueden invocarse en los procedimientos judiciales y generar derechos de responsabilidad y obligaciones de indemnización. No obstante, a la espera de la incorporación de la reforma comunitaria conviene advertir cuál es el vigente derecho escrito español.

Es cierto que la Ley de contratos no se refiere de manera literal ni explícita a los contratos domésticos. Sin embargo, desde las primeras redacciones se ha excluido su aplicación y, en consecuencia la aplicación de las Directivas, en varios supuestos. La obsesiva "huida" de las normas administrativas invocando, como si de irresistible canto de sirenas se tratara, la rapidez y eficacia de los modos de comportamiento privados, sin someterse a los quizá cansinos procedimientos administrativos, ha justificado, desde la redacción originaria de la Ley, la formulación de un listado de negocios y contratos excluidos. Algunos de los cuales pueden permitir subsumir la figura de los contratos domésticos, así como las relaciones entre las sociedades de las Administraciones públicas. Y es que, además de mantenerse la clásica posibilidad de la ejecución de obras por la propia Administración con medios propios (arts. 152 y 153 LCAP) [19], así como la fabricación de bienes muebles también por la propia Administración (art. 194 LCAP), se mencionan otras posibilidades de negocios entre las Administraciones y sus organismos y sociedades.

Por un lado, los convenios de colaboración[20]. La redacción originaria de la Ley de contratos de 1995, manteniendo un criterio lógico que ya se recogía en la anterior Ley de 1963, estableció la exclusión de aquellos convenios de colaboración que celebraran entre sí las Administraciones públicas o se suscribieran con entidades públicas, así como los que se concertaran con personas sometidas al Derecho privado. En este último caso sí se precisaba que el objeto no estuviera comprendido en los contratos regulados por la Ley (letras *c)* y *d)* del art. 3.1). Esta misma redacción es la que se recogió inicialmente en el Texto refundido hasta su modificación por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, que introdujo en la letra *c)* relativa a los convenios interadministrativos y con las entidades públicas, la misma precisión de que no debían encubrir estos convenios los contratos regulados por las Directivas comunitarias. Y es que, tras reiteradas denuncias de la Comisión europea por entender esta Institución que estos convenios podían suponer una cómoda inaplicación de las Directivas, se sustanció el correspondiente recurso ante el Tribunal de Justicia que, en su sentencia de 13 de enero de 2005 (asunto c-84/03), confirmó el criterio de la Comisión y condenó al Reino de España por incumplimiento de las Directivas comunitarias.

En consecuencia, se podrán suscribir convenios de colaboración entre las Administraciones, organismos públicos o sociedades públicas siempre que el objeto del convenio no se integre por las características prestaciones que describen los contratos administrativos sujetos a las Directivas. Solo en estos casos podrán celebrarse negocios sin atender a los criterios de publicidad y concurrencia que inspiran la contratación pública.

---

[19] T. de la Quadra Salcedo, "La ejecución de obras por la Administración", *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Madrid, 1996, págs. 708 y ss.

[20] Realiza un análisis de los mismos J.L. Ávila Orive, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Madrid, 2002.

Por otro lado, las encomiendas de gestión. La obligada reforma de la legislación de contratos tras la citada sentencia condenatoria de 2005 se aprovechó para incorporar una nueva excepción a la sujeción a la Ley. Una nueva vía que permitiría inaplicar la Ley a las relaciones que suscribieran las Administraciones con sus organismos y sociedades. Se incluyó, asi, la nueva letra *l)* al artículo 3.1 que establece la exclusión del régimen de contratación pública a "las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública".

Varias consideraciones suscita este precepto. En primer lugar, el obsesivo interés del legislador por encontrar un "atajo" que permita eludir el régimen de contratación pública. No convencido de los dúctiles contornos de los convenios, que por su esencial maleabilidad pueden acoger muchos contenidos y prestaciones, invoca la figura de las "encomiendas de gestión" que, inicialmente, ha respondido a satisfacer otros fines: el encargo de actividades materiales y técnicas (art. 15 LPA)[21].

En segundo lugar, sólo se atiende a las encomiendas que se dirijan a entidades y sociedades de la propia Administración. Es decir, en principio, esta previsión sólo ampara las relaciones con organismos y sociedades propias, no las que dependan de otras Administraciones públicas. Además, y en tercer lugar, estos organismos y sociedades deben estar íntegramente controlados por la Administración. Ha de tratarse de entidades creadas y vinculadas exclusivamente a esa Administración pública o sociedades en las que participe de manera exclusiva una Administración, admitiendo que la íntegra participación puede ser directa o indirecta a través de otros organismos públicos.

La interpretación literal impide su utilización cuando una Administración quiera encomendar o encargar un negocio a una sociedad íntegramente pública, pero de la que sólo posee un porcentaje de acciones. Las sociedades públicas de varios socios son un instrumento de coordinación y gestión de competencias públicas cada vez más utilizado y en el que debería tener cabida la figura de los contratos "domésticos". Recuérdese la jurisprudencia comunitaria que hemos citado supra, en especial la sentencia de 11 de mayo de 2006 que surgió por los contratos adjudicados por el Ayuntamiento italiano de Bustio Arsizio.

En fin, y en cuarto lugar, será imprescindible que cuado una Administración utilice este instrumento de las encomiendas de gestión, el objeto de la encomienda no pueda subsumirse con claridad en ninguno de los objetos que caracterizan los contratos públicos sujetos a las Directivas, pues encontraría el mismo reproche por las instituciones comunitarias, como se explicó en la citada sentencia de 2005 que condenó a España por incumplimiento del Derecho comunitario. Existiría un nuevo fraude de las directivas denominar como encomienda de gestión un contrato de obra, suministro, servicios o asistencia, pues el *nomen iuris* que otorguen las partes al negocio no puede desplazar la auténtica causa jurídica del mismo, que atraerá el adecuado régimen aplicable y que no debe eludir la Administración. Por tanto, salvo que a través de esa encomienda de gestión se acumulen prestaciones de varios contratos, que permita su calificación como negocio complejo, debería la Administración cuidar de que la encomienda no encubriera típicos contratos como el mandato o el arrendamiento de servicios.

En conclusión, puede afirmarse que la vigente redacción de la Ley española no incorpora la figura de los contratos domésticos que es la que debe encauzar las relaciones negociales entre las Administraciones y sus sociedades. Esta carencia es lo que ha generalizado el hecho de que a través de leyes o convenios se hayan declarado como "medio propio e instrumental" a sociedades públicas. Desde las primeras leyes que recogen estas declaraciones (es cita obligada la Ley de las Islas Baleares de Hacienda pública y la Ley estatal de acompañamiento de 30 de diciembre de 1997 con relación a "Transformaciones Agrarias, S.A", TRAGSA, y sus filiales), muchas han sido las declaraciones que califican de medio propio e instrumental a las sociedades públicas[22]. Y lo que es más importante: incluso aunque la sociedad estuviera controlada por otra Administración, como ocurre con TRAGSA[23].

---

[21] Sirva el recordatorio de los comentarios que realizan a esta figura J. González Pérez y F. González Navarro, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, 3ª ed. 2003, pág. 761; y A.J. Sánchez Sáez, "La encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas", *RanAP* núm. 53, págs. 230 y ss.

[22] Así, la Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas Civiles, SA., SENASA (Ley de política económica de 27 de diciembre de 2001); la sociedad estatal Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima, SEGIPSA (disposición adicional décima de la Ley del patrimonio de las Administraciones públicas), o la Agencia del Boletín oficial del Estado (Ley 28/2006, de 10 de julio, de Agencias públicas);,). También han sido declaradas "medio propio e instrumental" todas las empresas públicas de las Islas Baleares (Ley de Hacienda pública de 22 de diciembre de 1997) o las sociedades públicas de Extremadura (Ley de Extremadura de sociedades públicas de 8 de julio de 2005). Existen, además, múltiples declaraciones singulares como: la Empresa cántabra para el desarrollo de las nuevas tecnologías en la Administración, S.L., "EMCANTA, SL" (art. 10 de la Ley de Cantabria de ordenación

Para que sean "medio propio" las sociedades deben ser públicas. No interesa tanto el porcentaje de participación, si lo posee en su integridad una Administración o participan varios organismos públicos. En ambos casos puede declararse que esa sociedad es un medio propio y que la relación es doméstica. Lo que no se admite es que sociedades mixtas sean declaradas medio propio de la Administración. Si existe capital privado, aunque sea una pequeña participación, desaparecen las razones que han justificado el régimen especial de los contratos domésticos. Esa sociedad mixta sí es ya algo distinto, un tercero. Aunque esté controlada por una Administración u organismo público, aunque esté en la órbita de un grupo público, la participación privada introduce un elemento que genera una personificación híbrida, mestiza, por lo que no puede decirse que sea de "pura raza pública". Esa mezcolanza es la que impone que las relaciones comerciales con la misma puedan perjudicar la libre competencia y deban someterse al tamiz de superar un procedimiento en concurrencia.

¿Y qué novedades introduce el nuevo proyecto de Ley de contratación del sector público?

El texto que se está tramitando en la actualidad mantiene la exclusión de su ámbito de las "encomiendas de gestión". Aunque se ha dibujado su delimitación con los trazos impuestos por la jurisprudencia de los contratos domésticos, esto es, el criterio de la naturaleza íntegramente pública de la entidad, sociedad o fundación que reciba la encomienda y, en segundo lugar, que se realice la "parte esencial" de la actividad con el ente o entes que la controlan. Además, se recuerda que los contratos que con posterioridad se realicen para materializar el objeto de la encomienda deberán satisfacer las exigencias legales (letra *n* del art. 4 del proyecto).

Con relación al régimen jurídico que deben seguir las entidades del sector público se incorpora la distinción derivada de la Directiva: los creados para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, y sean financiados, controlados o dirigidos por entidades públicas, deberán satisfacer las exigencias de la normativa comunitaria. Cuando estos requisitos no concurran, bastará con que cumplan los principios de "publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad y no discriminación", sigan las instrucciones de procedimiento y actuación remitidas por la Administración y realicen una mínima publicidad si la cuantía del contrato alcanza los cincuenta mil euros (arts. 173 y ss. del anteproyecto).

4. Algunos conflictos de interés.

La jurisprudencia española ha conocido algunos conflictos en cuyo seno existían relaciones incipientes y similares a los contratos domésticos y cuyo recordatorio no puede faltar en este estudio.

---

económica de 26 de diciembre de 2005); la sociedad Riegos del Canal de Navarra, S.A. (Ley foral de regadíos de 22 de noviembre de 2005); la sociedad Aramon, Montañas de Aragón, SA (Ley de Aragón que autoriza la disposición de valores de varias sociedades públicas aragonesas, de 16 de octubre de 2002), la Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, SA (Ley del Principado que autorizó su creación, de 24 de junio de 2002); la Sociedad de gestión pública de Extremadura, así como sus filiales (Ley de Extremadura de sociedades públicas de 8 de julio de 2005); la sociedad Valenciana de aprovechamiento energético de residuos , S.A, "VAERSA" o el Instituto valenciano de la vivienda, S.A., "INVISA" (Ley de la Comunidad Valenciana de ordenación económica de 27 de diciembre de 2004); los Servicios de Información Territorial de las Islas Baleares, S.A. (Ley de las Islas Baleares de ordenación económica de 23 de diciembre de 2004); la sociedad de La Rioja denominada Entidad de Control, Certificación y Servicios Agroalimentarios, SA -ECCYSA (Ley de La Rioja de ordenación económica de 19 de diciembre de 2003); en Andalucía, la sociedad "Empresa de Gestión Medioambiental, SA, EGMASA" (Ley de Andalucía de ordenación económica de 28 de diciembre de 1999); en Madrid, la empresa pública «GEDESMA, Gestión y Desarrollo del Medio Ambiente de Madrid, SA» (Ley de medidas fiscales y administrativas de 28 de diciembre de 1998), etc...

[23] Fue la Ley de las Islas Baleares que reguló su Hacienda pública, de 22 de diciembre de 1997, la que primero declaró a TRAGSA y a sus filiales medio propio e instrumental; declaración que repiten la Ley de Cantabria de medidas fiscales y administrativas de 27 de diciembre de 1999 y la Ley de Extremadura que aprobó los presupuestos de esta Comunidad Autónoma en 2005 (disposición adicional novena de la Ley de 27 de diciembre de 2005). Pero en otras ocasiones se ha utilizado el más modesto instrumento del convenio interadministrativo para adoptar esta importante declaración, así puede verse el "Convenio de colaboración entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para regular el marco de utilización de medio propio instrumental empresa de Transformación Agraria, SA" que se publicó como Resolución de 31 de mayo de 1999 en el Boletín oficial de la Región de Murcia el 14 de junio de 1999.

Muy importante es la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio 2003 (ponente magistrado González Rivas). El origen del conflicto fue el convenio que suscribieron varias entidades públicas catalanas y sociedades íntegramente públicas: el

Consejo Metropolitano de la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos, la Entidad Metropolitana de Transporte, la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, el Consejo Comarcal del Barcelonés, la mercantil Sociedad Urbanística de Rehabilitación y Gestión, cuyo único accionista es el Consejo Comarcal del Barcelonés, la Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios, cuyo único accionista es el Ayuntamiento de Barcelona, la sociedad Transportes de Barcelona, cuyo único accionista es la Entidad Metropolitana del Transporte, el Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona, Fundación del Ayuntamiento de Barcelona y Barcelona Regional Agencia Metropolitana de Desarrollo Urbanístico e Infraestructuras, sociedad cuyos accionistas son varias Administraciones y entidades públicas[24]. El convenio tenía por objeto establecer un "marco de referencia" para colaborar en el análisis y realización de estudios y proyectos técnicos dentro del ámbito de la planificación y construcción de infraestructuras supramunicipales en el territorio metropolitano y ello con apoyo en los principios de coordinación y asistencia entre las distintas Administraciones públicas para la mejor consecución del interés público.

La Generalidad de Cataluña impugnó el convenio al entender que se trataba en realidad de un contrato de asistencia y que no se había sometido a la regulación entonces vigente. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña así lo calificó. Sin embargo, el Tribunal Supremo casó esa sentencia de instancia en este interesante pronunciamiento.

Tras recordar en primer término, la jurisprudencia sobre los convenios administrativos, el Tribunal declaró que el convenio de la discordia era "un negocio bilateral formalizado entre las Administraciones locales, de una parte y de otra, por sociedades gestoras de determinados servicios que tienen atribuidos por las Administraciones que las han creado y que son entidades pertenecientes a su propia organización, para ejercer sus competencias o prestar los servicios de manera conjunta, formando una sociedad común de gestión en la que participan todos ellos como accionistas." Su naturaleza era, a juicio del Tribunal, no la de un contrato de asistencia, sino la de un contrato de gestión de servicios públicos. Gestión de servicios que podía instrumentarse de manera concertada por varias Administraciones públicas y organismos o sociedades íntegramente públicas para conseguir una mayor coordinación y eficacia en la satisfacción y realización de intereses públicos comunes.

La razonada fundamentación del Tribunal va desmenuzando de manera sucesiva aspectos de notable interés: la práctica convencional entre las Administraciones y organismos públicos, más adecuada y versátil que la formalización de propios negocios contractuales; la relevante capacidad de organización de las Administraciones locales para ordenar su administración interna y atender los intereses locales; las técnicas de los consorcios y convenios cooperativos; las potestades locales para crear, organizar o modificar la gestión de sus servicios públicos; el régimen de las empresas públicas; la naturaleza y causa de los contratos de asistencia, frente a la naturaleza y causa del convenio suscrito; la inaplicación de la legislación de contratos a los convenios interadministrativos o con sociedades íntegramente públicas como permitía la entonces vigente ley de contratos ... Y se desgranan estos razonamientos atendiendo de manera adecuada a todos los preceptos que incidían en estas complejas cuestiones: la Carta europea de autonomía local, la legislación básica española, la ley de régimen municipal catalana, la normativa europea sobre la transparencia de las relaciones financieras de las empresas públicas; el estatuto de la empresa pública catalana, un conjunto abigarrado de normas, preceptos y disposiciones, que regulan las actuaciones de las Administraciones, organismos y sociedades públicas y que la sentencia encaja de manera armónica.

Muy ilustrativa es esta relevante sentencia. A destacar son algunas de sus afirmaciones. En concreto, se afirma que:"frente a la tesis de la sentencia recurrida, estamos ante un convenio de cooperación interadministrativa de carácter económico, técnico o administrativo entre entidades locales, incluso en términos amplios, sin otros límites que los derivados el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración ... Pero no cabe, mediante la técnica del convenio, la transferencia de competencias de las entidades locales que resultan indisponibles." De ahí que resulte perfectamente legítimo acudir a una fórmula cooperativa y asociativa para gestionar intereses comunes. En palabras de la sentencia: "Por tanto, no cabe duda de que para «la gestión conjunta de medios instrumentales de los servicios» de las entidades locales caben las diversas fórmulas asociativas" que tiene, como continúa explicando la misma sentencia, dos palmarias justificaciones: una, la concurrencia de los intereses y competencias públicas, difícilmente separables en muchos ámbitos que hacen necesarias técnicas de cooperación y coordinación y, otra, la cada vez más compleja atención y gravosa prestación de los servicios públicos."

---

[24] En concreto, son accionistas de Barcelona Regional el Ayuntamiento de Barcelona (17,65%), el Consejo Comarcal Barcelonés (11,76%), la Entidad Metropolitana de Transportes (11,76%), la Empresa Metropolitana de Sanejament (11,76%), el Consorcio de la Zona Franca (11,76%), el Puerto de Barcelona (11,76%), AENA (11,76%), RENFE (5,88%) y MERCABARNA (5,88%).

En fin, califica la sentencia a la sociedad Barcelona Regional y a otras sociedades públicas como un "medio instrumental" de esas Administraciones locales y declara que el convenio "tiene por finalidad unificar una parte de la gestión, investigación técnica y realización de proyectos y estudios por razón de los aspectos comunes existentes entre los servicios que las sociedades fundadoras tienen encargadas por las Administraciones."

Otras sentencias resultan también llamativas. Así, las que han resuelto los conflictos suscitados por la utilización por un Ayuntamiento de la sociedad mixta de otro para la prestación de servicios públicos. No se estaba en presencia en estos casos de una auténtica relación doméstica, pero su conocimiento permite considerar otras opciones ante los problemas que suscitan los Ayuntamientos y, lo que es más importante, no desconocer que existen disimuladas tensiones en la expansión y toma de posiciones significativas en las prestación de servicios públicos de grandes grupos empresariales. Sobre este último aspecto volveremos.

Los hechos que dan origen a los procesos tienen el mismo comienzo. El Ayuntamiento de Torrent constituyó, tras la celebración del adecuado concurso para elegir un socio privado, una sociedad mixta con el fin de prestar el servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado. Así surgió Aigües de L'Horta, SA. La participación municipal era mayoritaria (el 51% de las acciones), correspondiendo el resto de las acciones al gran Grupo Agbar[25]. Con posterioridad, y con apoyo en distintos convenios que suscribieron con el Ayuntamiento de Torrent otras Corporaciones municipales, se pretendió que la citada sociedad mixta prestara en esos municipios también el servicio de gestión integral del agua.

Los acuerdos plenarios y los convenios fueron impugnados por la sociedad Aguas de Valencia[26]. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana declaró la nulidad de esas actuaciones en varias sentencias, que han sido confirmadas por el Tribunal Supremo al rechazar los recursos de casación interpuestos[27]. En resumen, los razonados fundamentos de las sentencias destacaron que, a través de esos convenios interadministrativos, los Ayuntamientos establecían realmente una gestión indirecta del servicio público de abastecimiento de agua y se facilitaba a una sociedad mixta, en la que ni participaban ni habían tenido intervención alguna estos Ayuntamientos, que prestara el servicio público, y ello sin haber tramitado ningún procedimiento público de competencia ni concurrencia.

Es cierto que, en el momento de suscribirse esos convenios, la redacción literal de la Ley de contratos de las Administraciones públicas había introducido cierta confusión sobre el régimen jurídico de las sociedades en las que la participación pública era mayoritaria, pues se citaban en el artículo 155 de la Ley para excluirlas del régimen de contratación de la gestión de servicios públicos. Pero ésto no significaba que su constitución o su negociación estuviera al margen de los principios de contratación pública, ni del régimen de prestación de los servicios locales que establecía el clásico Reglamento de servicios[28].

Detallados son los análisis que realizan las sentencias citadas para delimitar de manera separada las complejas relaciones jurídicas que confluyen: la distinción entre la gestión directa e indirecta de los servicios locales (pues los Ayuntamientos defendían que a través del convenio ellos gestionaban de manera directa el servicio); la diferente condición de la sociedad mixta cuando actúa en el término municipal del Ayuntamiento que tiene participaciones accionariales y cuando lo hace fuera de ese término municipal, donde esa sociedad mixta tiene ya la misma condición que un tercero empresario; el régimen de la contratación de las Administraciones públicas, con ilustrativas explicaciones sobre la aplicación de los principios de derecho comunitario, el régimen de las directivas y los principios de transparencia y concurrencia. Todo ello configura una sólida fundamentación para concluir en la ilegalidad de los convenios intermunicipales, pues a través de los mismos se quebrantaban los principios más básicos de la contratación administrativa y del régimen de prestación de servicios municipales. Se facilitaba que fuera un tercero (empresa mixta de otro ayuntamiento con capital privado) el que prestara un servicio público sin haber superado ningún procedimiento de pública concurrencia.

---

[25] Como es conocido, este importante Grupo empresarial está controlado por el Grupo Suez y La Caixa y dirige más de doscientas empresas, dedicadas a la gestión integral del agua, recaudación de tributos, salud, transporte, inspección y certificaciones, etc...

[26] El Grupo Aguas de Valencia es otro gran grupo empresarial de este sector, que participa en las sociedades mixtas con las Administraciones públicas para atender la gestión del ciclo integral del agua.

[27] En concreto, se trata de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad de Valencia de 3 de julio y 18 de septiembre de 2002 y 19 de mayo de 2004. Las fechas de las sentencias del Supremo son 22 de abril de 2005 y 27 de abril de 2006.

[28] Estos aspectos fueron explicados por F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales* en la tercera edición, 1997, págs. 189 y ss..

De la ilustrativa fundamentación de las sentencias quisiera resaltar dos ideas, pues ponen de manifiesto cómo las aparentes situaciones que se presentan pueden tener tras de sí otras realidades que no deben ignorarse.

Y es que, al analizar la sociedad mixta, calificada como sociedad mayoritaria del Ayuntamiento de Torrent para así invocar la exclusión de esta sociedad del régimen de contratación y defender que se trataba de un modo de gestión directa de servicios públicos, la magistrada desvela cómo no existe un control real del Ayuntamiento sobre esa sociedad. Que su mayoritaria participación del 51% de las acciones no implica una auténtica dirección de la sociedad y ello, por la sencilla razón de que, según los estatutos sociales, muchos e importantes acuerdos necesitaban mayorías cualificadas. Acertada consideración que tiene importantes consecuencias jurídicas.

Además, aún no siendo un problema directo en el proceso, la magistrada sugiere otra interesante idea. La sociedad mixta había modificado su objeto social y sus estatutos para poder prestar los servicios de abastecimiento de agua fuera del término municipal de Torrent, lo que podría suponer que se habían modificado las cláusulas administrativas que habían servido de base al concurso público para elegir al accionista privado[29]. Es cierto. No se discutía este asunto, pero es digna de mención esta modificación del objeto negocial de una sociedad mixta que supone una gran alteración del concurso inicial y, en consecuencia, de las condiciones en las que habían participado otros licitadores.

Otra atinada consideración que formula la juez, se refiere a las distintas posibilidades que tienen los Ayuntamientos para acodar la gestión conjunta de servicios públicos. Posibilidades que no conculcan el Ordenamiento como esos convenios que facilitan a una sociedad mercantil, no sólo con capital privado, sino que no está absolutamente controlada por el poder municipal, la prestación de un servicio público sin superar ningún procedimiento público en competencia. Nada hubiera impedido que los Ayuntamientos hubieran firmado un convenio para la gestión conjunta y directa del servicio de abastecimiento de aguas a través de un consorcio público o una mancomunidad. Pero hay más posibilidades porque el muestrario de figuras administrativas es variado como sabemos: podía haberse creado una sociedad íntegramente pública entre los Ayuntamientos o haber ampliado el capital en Aigües L´Horta para dar entrada en ese capital a nuevos Ayuntamientos y que éstos y pudieran encargar esos servicios en virtud de la doctrina de los contratos “in house”. Muchas eran, pues, las distintas opciones. Claro que las mismas no admiten la existencia de capital privado dedicado a los negocios de la gestión del agua. Cuando hay participación privada siempre hay que garantizar un procedimiento público en competencia.

Una última consideración sugiere este conflicto. No está en el debate, ni en las argumentaciones de las partes, ni en las fundamentaciones de los Tribunales, pero es frecuente que detrás del escenario visible en el que actúan los aparentes actores, hay otros protagonistas y directores con más influencia en el desarrollo de la trama. Y lo que hay detrás de este conflicto es la toma de posición y expansión de los grandes grupos internacionales de un sector tan sensible como es el del suministro de agua. Quienes ofrecen el capital para constituir sociedades mixtas, aparentemente con participación mayoritaria pública, quienes quieren luego utilizar cómodos y flexibles convenios administrativos, son grandes grupos empresariales. Hay que saber identificar los intereses que se esconden tras estos litigios y estas disputas jurídicas. Pues bien, constatada la presencia de tales poderosos interes privados es importante proclamar la importancia del respeto a los formales instrumentos de la publicidad y concurrencia para que la atención a servicios indispensables para los ciudadanos se realice de manera transparente (ya que de agua hablamos).

En fin, son estas relaciones “domésticas” entre las Administraciones y sus sociedades un núcleo de problemas y cuestiones todavía abiertas. Estamos, en el momento de concluir este trabajo, en un momento emocionante pues está a

[29] “Cuestión ésta última absolutamente primordial para clarificar la interpretación que debe darse al art. 155.2 LCAP a los puros efectos litigiosos. Resulta absurdo e ilógico que unas Directivas dictadas para garantizar la transparencia administrativa como uno de los valores inherentes a la libertad de concurrencia pueda ser invocada justamente para eludirla así como que se pretenda una interpretación irracional del conjunto de normas locales expuestas en los párrafos precedentes. La ampliación del objeto societario de la empresa mixta como paso previo a la suscripción del Convenio interadministrativo para prestar el servicio de agua potable y alcantarillado en otro municipio, comporta una auténtica desnaturalización del objeto inicial de la empresa para la que, recordemos de nuevo, se llevó a cabo un concurso público para seleccionar al socio privado que, en unión del Ayuntamiento de Torrente, constituirá una empresa mixta para gestionar el servicio público del agua en el término municipal de Torrente. Si la publicidad y la concurrencia fueron garantizadas al constituirse la empresa mixta, dichos principios deben ser también respetados en cualquier modificación ulterior encaminada a la ampliación de la gestión de un servicio público. Se trata de evitar el establecimiento de facto de una posición de dominio en la actividad a favor de la empresa adjudicataria inicial mediante la publicidad y concurrencia exigida por el ordenamiento.” (STS de 22 de abril de 2005, ponente Sra. Pico Lorenzo)

punto de fallarse por el Tribunal de Luxemburgo el conflicto que tiene como epicentro a TRAGSA y que, por tanto, de

manera tan determinante afectará a España. Se cuenta incluso ya con las conclusiones del Abogado general pero es preferible dejar el asunto en el "suspense" propio de las cintas cinematográficas, a la espera del desenlace final.

Pero no queremos concluir sin anotar que, detrás de una cuestión aparentemente técnica, nos topamos con otra de auténtica dimensión política, al esconder nada menos que la comprensión misma de la Administración contemporánea, ámbito donde se enfrentan dos concepciones en buena medida antitéticas: o bien se patrocina una Administración que sea capaz de dotarse de instrumentos con los que satisfacer necesidades colectivas en ámbitos diversos y trascendentes o, por el contrario, se patrocina una Administración que se ha de limitar prácticamente a fijar, a través de sus normas, las reglas del juego económico y social y a garantizar la libertad de los empresarios y el respeto de la competencia entre ellos.

Es decir, una Administración manca. Pero que, de forma milagrosa, conservaría un muñón, a estirar y encoger según conveniencia, destinado a falsear esas mismas reglas cuando la ocasión propicia se presentara, ante la complacencia de todos. Si en el altar de las más puras esencias liberales sacrificamos esos "recursos propios" de que las actuales Administraciones disponen como consecuencia de un proceso histórico conocido ¿hasta dónde llegamos? ¿cuál es el límite? ¿sacrificamos también a los ingenieros y a los abogados o a los economistas que están al servicio de las Administraciones porque hay muchos profesionales en el mercado dispuestos a prestar estos servicios? ¿suprimimos los institutos especializados de investigación y alta tecnología o los laboratorios de análisis de productos para el consumo humano...? ¿dónde se pone el hito en relación con las obras? ¿aventamos hasta la última brigada de obreros de que dispongan los Ayuntamientos? ¿dónde nos paramos cuando se trata de la atención a las grandes e idénticas necesidades colectivas en una sociedad de desiguales? Obsérvese que todas las citadas (y otras que podrían venir a cuento) son actividades perfectamente atendibles por los particulares al hallarse fuera de lo que la doctrina clásica francesa llamó "funciones" asociadas a la soberanía.

Se verá que tan disparatado es entronizar con beatería al mercado como a un servicio público ajeno a sus reglas, tan absurdo es adorar a una Administración avasalladora y tentacular como a una Administración macilenta, porque todo ello, mercado, libertad, servicio, Administración fuerte, son componentes imprescindibles de una única organización social que, por lo mismo, han de convivir en adecuada armonía y mutuo aliento. Lo contrario es dogmatismo de converso a una nueva revelación y de los dogmáticos, como de las Academias y de las epidemias, ¡líbranos, Señor!

ALGUNS ASPECTES RELATIUS A L'ABAST DE LA INTERVENCIÓ MUNICIPAL EN LA CONCESSIÓ I DENEGACIÓ DE LES LLICÈNCIES URBANÍSTIQUES.

Marcel·lí Pons i Duat.
Secretari
Ajuntament de Canet de Mar

Els articles 179 i 180 del Text refós de la Llei d'urbanisme, aprovat per Decret Legislatiu 1/2005, de 26 de juliol[1] (TRLUC), subjecten a llicència urbanística prèvia, en els termes establerts per la pròpia llei, pel planejament urbanístic i per les ordenances municipals, tots els actes de transformació o utilització del sòl o del subsòl, d'edificació, de construcció o d'enderroc d'obres, bo i declarant que la competència i el procediment per a atorgament i denegació d'aquestes llicències s'ajusten al que estableix la legislació de règim local. Per la seva banda, els articles 71 a 97 del Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, aprovat per Decret 179/1995, de 13 de juny (ROAS) concreten les pautes competencials i procedimentals adequades a l'exercici d'aquesta potestat. La intervenció municipal en aquesta matèria és, doncs, reglada, i en els aspectes competencial i procedimental no planteja seriosos dubtes ni problemes.

No succeeix el mateix respecte de l'abast substantiu d'aquesta potestat, puix que la intervenció municipal haurà d'estendre's preceptivament a la resolució de determinacions i exigències establertes per la normativa sectorial que poc o res tenen a veure amb la potestat urbanística pròpiament dita. Sense anar més lluny, la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, atribueix als municipis competències urbanístiques transversals que abasten tant el planejament (plans locals d'habitatge), com la gestió (recepció de cessions obligatòries i gratuïtes) com, en fi, la intervenció i la disciplina (inspecció tècnica dels habitatges). Les normes sectorials, en efecte, poden arribar a fer molt feixuga la intervenció municipal, sobretot quan acaba assumint la responsabilitat de la seva declaració, activa o omissiva, en aspectes tan allunyats a l'urbanisme com la competència professional del projectista. D'altra banda, la naturalesa reglada d'aquesta potestat també troba els seus límits en les denominades normes d'aplicació directa. A ambdues manifestacions ens referirem tot seguit.

La STS de 22 de gener de 2004 (ponent: J.M. Bandrés Sánchez Cruzat) anul·là la d'instància, dictada por l'Audiència Nacional, el 19.12.00, que desestimà el recurs contenciós administratiu interposat contra una Ordre del Ministeri de Foment de 1999 i una Instrucció de la Secretaria General de Comunicacions del 2000. Sense entrar en el fons de la *ratio decidendi* de l'anterior anul·lació, que ara no fa al cas, el Tribunal Suprem considerà que la intervenció administrativa s'havia de pronunciar *prima facie* respecte de les competències professionals dels tècnics redactors dels corresponents projectes, el que no sempre és fàcil, donat l'ampli ventall d'especialitats que existeix en una matèria, les competències professionals, en la que a la tradicional batalla competencial d'arquitectes i enginyers, entre si i entre els de titulació superior i mitja, cap ara afegir uns nous contendents en pugna, els enginyers de telecomunicacions, tècnics i superiors.

És sabut que els Ajuntaments ostenten la potestat administrativa de revisar la competència del tècnic autor del projecte que se sotmet a autorització municipal[2], ja es tracti d'una sol·licitud de llicència urbanística o d'activitat. La doctrina és unànime en aquest sentit[3] i el Tribunal Suprem, en les seves Sentències de 2 d'abril de 1998 (RJ 2792, ponent: J.M. Sanz Bayón), de 21 de juliol de 1997 (RJ 6046, ponent: J. Rodríguez-Zapata Pérez) i de 18 de juny de 1992 (RJ 5304, ponent: F.J. Delgado Barrio) entre altres, palesa que dels articles 9.1.1º i 21.2.c) del Reglament de Serveis de les

[1] Modificat per Decret Llei 1/2007, de 16 d'octubre, de mesures urgents en matèria urbanística.

[2] Potestat, diem, i no facultat, puix que participa de totes les notes característiques de les potestats en general, entre elles, por descomptat, la seva irrenunciabilitat.

[3] Entre altres, poden consultar-se els treballs següents: CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. Derecho de la construcción y la vivienda, 4ª ed., Dilex, S.L. Madrid, 2003; pp. 430-431. LLISET BORRELL, F. i LÓPEZ PELLICER, J.A. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 2ª edición, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid, 2002; p. 59. CHOLBI CACHÁ, F.A. El procedimiento de concesión de las licencias de urbanismo, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid, 2002; pp. 166-173. DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M. Derecho de la construcción (aspectos administrativos, civiles y penales). Comares. Granada, 2000; pp. 169-170. AA.VV. SALA SÁNCHEZ, P. (Coordinador) Derecho de la edificación. Bosch, S.A. Barcelona, 2000; p. 84. GARCÍA APARICIO, J. Notas sobre las atribuciones profesionales de los autores de los proyectos técnicos y su control municipal, Revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 9, de 15 de mayo de 1997; pp. 1319 y siguientes. LLIDO SILVESTRE, J. La jurisprudencia sobre atribuciones de redacción de proyectos tras la Ley 12/1986, El Consultor núm. 13 de 15 de juliol de 1993; pp. 1775 i següents.

Corporacions Locals de 1955 (RSCL)[4] s'infereix que l'Administració té el deure d'examinar la competència del tècnic que signa el projecte. La jurisprudència[5], en fi, té declarat:

a) que el visat d'un col·legi professional no pot substituir el judici que ha d'emetre l'Administració en relació a la titulació del projectista, no sent conforme a dret traslladar als professionals o als seus col·legis la decisió sobre la competència dels tècnics redactors;

b) que raons d'interès públic impedeixen una inhibició de l'Administració en aquesta matèria, de manera que la resolució d'un expedient administratiu que exigeixi projecte haurà d'entrar en la valoració d'aquest, no només pel que fa a la seva idoneïtat objectiva, sinó també en relació amb la capacitat del projectista;

c) que la verificació de la titulació professional del projectista s'ha de dur a terme per l'òrgan competent per concedir o denegar la llicència o autorització;

d) que les ordenances municipals poden regular, sense perjudici, per descomptat, del principi de jerarquia normativa, no solament la necessària intervenció del tècnic competent (STS de 23 de febrer de 1988 -RJ 7968, ponent: O. González González) sinó també altres aspectes relacionats amb el domini públic o amb el visat del projecte pel col·legi professional corresponent, com declara la interessant STS de 24 de gener de 2000 (RJ 331, ponent: R. Fernández Montalvo);

e) que els dubtes que puguin plantejar-se es resoldran en el sentit de la recerca de la major seguretat i, per tant, de l'exigència de la titulació pròpia dels estudis superiors (STS de 30 de març de 2000; RJ 4917, ponent: J.M. Sanz Bayón)[6].

Més complexa és la qüestió relativa a les conseqüències jurídiques que es poden derivar d'un erroni pronunciament municipal que declari la incompetència del tècnic projectista, és a dir, d'una mala qualificació de les seves competències professionals, sobre la base del projecte sotmès a autorització, o fins i tot de l'omissió de pronunciament respecte d'aquesta qualificació, quan posteriorment es constati la seva incompetència. No s'oblidi que la sentència de l'Audiència Nacional casada, en argument *obiter dicta*, remetia fins i tot als plans d'estudis de determinades titulacions[7]. El que duu a preguntar-nos si és que l'Administració ha d'examinar, en cas de dubte, abans de concedir o de denegar l'autorització, els plans d'estudis de les diferents especialitats. Per la seva banda, la STS que comentem declara en el seu F. J. 7º que

> *...admitida oficialmente la competencia genérica de los ingenieros industriales y los ingenieros técnicos industriales para intervenir en proyectos relativos a la "materia de telecomunicaciones", también puede considerárseles en principio "técnicos titulados competentes en materia de telecomunicaciones" y, a la vista del contenido de ambas disposiciones reglamentarias, habilitados legalmente para realizar los proyectos técnicos que una y otro regulan.*
>
> *Si esta idoneidad de principio se traduce o no, en cada supuesto, en capacidad profesional suficiente para redactar un determinado proyecto singular, será cuestión a decidir en función de otros factores y, eventualmente, en el seno de cada eventual litigio, pero ello en nada empece a la admisión del criterio general (los Ingenieros Industriales pueden ostentar determinadas competencias "en materia de telecomunicaciones").*

És a dir, que no sempre serà diàfana la competència professional del projectista, no només perquè el projecte pot abastar matèries frontereres amb altres especialitats, sinó també perquè, en ocasions, poden els projectes ser multidisciplinars. La jurisprudència, conscient d'això, no deixa d'insistir en la generalitat i escassa precisió tècnica i

---

[4] A Catalunya, el ROAS exigeix la presentació del corresponent projecte subscrit por un tècnic competent, tant per a la realització de determinades obres d'edificació, reforma, reparació o rehabilitació (article 75.2) com per a l'obtenció de la llicència d'instal·lacions o d'establiments destinats a l'exercici d'activitats classificades, quan així ho disposi la normativa específica aplicable (article 75.3) com, en fi, quan ho exigeixi la normativa urbanística o específica aplicable (article 75.4).

[5] SSTS de 2 d'abril de 1998 (RJ 2792, ponent J.M. Sanz Bayón), de 26 de setembre de 1997 (RJ 6885, ponent: R. Fernández Montalvo), de 21 de juliol de 1997 (RJ 6046, ponent: J. Rodríguez-Zapata Pérez), de 5 de juliol de 1994 (RJ 5533, ponent: P. Esteban Alamo), de 27 de maig de 1994 (RJ 4154, ponent F.J. Delgado Barrio), de 20 de maig de 1993 (RJ 3452, ponent: M. Baena del Alcázar), de 27 d'octubre de 1992 (RJ 8107, ponent: J.M. Reyes Monterreal), de 18 de juny de 1992 (RJ 5304, ponent: F.J. Delgado Barrio), de 7 de novembre de 1991 (FJ 8803, ponent: J. Barrio Iglesias) i de 10 d'octubre de 1990 (RJ 8125, ponent: P. Esteban Alamo), entre moltes altres.

[6] En el mateix sentit pot consultar-se la STS de 5 de juny de 1993 (RJ 4515, ponent: P. Esteban Alamo).

[7] En el mateix sentit, la STS de 22 de març de 2002 (RJ 2924, ponent: J.M. Sanz Bayón).

terminològica dels conceptes legals, sense regles precises de delimitació[8], al que cal afegir el principi d'accessorietat com a criteri determinant de la competència dels diferents professionals tècnics projectistes, l'aplicació del qual no sempre és senzilla[9].

En el primer cas, el de la incompetència tècnica declarada per l'Ajuntament i ulteriorment anul·lada per la jurisdicció, sembla clar que del funcionament anormal de l'Administració naixerà una obligació al rescabalament pels danys i perjudicis ocasionats. CHOLBI CACHÁ[10] es recolza en la STS de 30 de juliol de 1992 (RJ 6215, ponent: J. Barri Iglesias), en la qual es declara aquesta responsabilitat municipal derivada de la denegació d'una llicència per falta de titulació del projectista arquitecte tècnic, quan posteriorment el Tribunal Suprem va corregir el pronunciament municipal i va declarar la seva competència, per concloure que existeix una responsabilitat objectiva a la qual haurà de plantar cara l'Administració.

En el segon, és a dir, quan l'Administració ha omès una declaració d'incompetència i aquesta és ulteriorment declarada per la jurisdicció, entenem que la resposta ha de ser molt més matisada, com a conseqüència d'entrar en joc una certa concurrència causal, inexistent en el primer cas.

Des d'un punt de vista sistemàtic i més enllà del tractament unitari de l'institut de la responsabilitat objectiva que, com és sabut, s'ordena com un dret de configuració legal -i, per tant, no de configuració judicial- podrien formular-se uns criteris assertius que possibilitessin superar, si se'ns permet, una certa inseguretat jurídica derivada del caràcter encara excessivament contingent d'aspectes tan importants com el nivell d'exigència de la relació de causalitat. La pròpia jurisprudència és conscient que en no poques ocasions no disposa d'una solució definida (STS de 17 de març de 1993 - RJ 2037) i la Ponència Especial d'Estudis del Consell d'Estat (Ponent David Blanquer) assenyala la necessitat d'elaborar una llei específica en aquesta matèria que desenvolupi l'article 106.2 de la Constitució. Per la seva banda, a Catalunya, la Comissió Jurídica Assessora, en la memòria de 1996 ja va apuntar la possibilitat d'una diversa regulació de la responsabilitat objectiva segons els diferents sectors de l'actuació administrativa.

Per més que la competència del tècnic projectista es consideri per la doctrina i la jurisprudència una condició de l'autorització, considerem que l'error de l'Administració el relega en benefici d'aquest. En el primer cas disposa l'article 88.1 ROAS[11] que les autoritzacions i llicències queden resoltes i sense efecte quan el beneficiari incompleixi les condicions imposades per causes que li siguin imputables i, en el segon, disposa l'article 88.2 ROAS que podran ser anul·lades les llicències quan resultessin atorgades errònia ment[12].

Com ja va palesar ALBI[13] la condició de l'autorització és equiparable a una *conditio iuris* o condició impròpia, ja que no prové de la voluntat de les parts sinó d'un mandat legal. Ara bé, obviant el fet que la *conditio iuris*, en l'àmbit civil que és on es formula, es vincula sempre a un contracte, que faltarà en les autoritzacions en tant que actes administratius, val a dir que la *conditio iuris* és suspensiva mentre que en el supòsit de l'article 88.1 ROAS el negoci jurídic ja s'ha perfeccionat i sobrevé ineficaç al produir-se la condició resolutòria.

Així les coses, el cert és que l'Administració incorre en un error quan concedeix una autorització sobre la base d'un projecte redactat per tècnic incompetent, i és també cert, com s'ha vist, que el visat dels col·legis professionals no enerva aquest error, però no és menys cert que en no poques ocasions la intervenció del professional i del seu col·legi, aquest darrer vetllant sobretot pels interessos dels seus col·legiats, contribueixen decisivament a la producció de l'error municipal, supòsits, tots ells, en els quals la concurrència causal impedirà un pronunciament judicial de condemna a l'Administració com a única responsable. Aquesta i no una altra és la *ràtio decidendi* d'algun pronunciament jurisdiccional[14] exculpatori de l'Administració, per la raó que el projecte tenia tota l'aparença d'haver estat redactat per tècnic competent.

---

[8] STS de 3 de juliol de 2002 (RJ 6442, ponent: J.M. Sanz Bayón).
[9] STS de 3 de febrer de 2000 (RJ 336, ponent: P.J. Yagüe Gil).
[10] CHOLBI CACHÁ, F.A. El procedimiento... op. cit. pp. 172 y ss.
[11] En els mateixos termes, l'article 16 RSCL.
[12] Tot i així compartim el criteri de CHOLBI CACHÁ, F.A. El procedimiento... op. cit. pp. 174-175 segons el qual la incompetència del tècnic projectista no ha de donar lloc a la declaració de nul·litat de la llicència concedida, donat que el defecte és esmenable o convalidable.
[13] ALBI, F. Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales. Aguilar. Madrid – 1960. pp. 680 i ss.
[14] SAP de Palència de 15 d'abril de 1999 (AC 718), citada per CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. *Derecho de... op. cit.* p. 431.

En un altre ordre de coses hem dit que ens referiríem, també, a com afecta a una institució essencialment reglada la concurrència de les denominades normes d'aplicació directa. Les normes d'aplicació directa que tot seguit veurem fan entrar en joc dues institucions concurrents, les vinculacions i limitacions singulars, com a supòsit indemnitzatori legalment previst, i la normativa sectorial relativa al patrimoni arquitectònic.

Les vinculacions singulars no tenen res a veure amb la successió de normes (de plans) en el temps[15]. Conforme a l'article 35.b) R.D.Leg. 2/2008, de 20 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei del sòl (LS/08), donen lloc en tot cas a dret d'indemnització les lesions en els béns i drets que resultin de les vinculacions i limitacions singulars que excedeixin dels deures legalment establerts respecte de construccions i edificacions, o comportin una restricció de l'edificabilitat o l'ús que no sigui susceptible de distribució equitativa[16]. En ambdós casos la norma es refereix a un règim urbanístic singular i excepcional respecte de l'aplicable als altres immobles de l'entorn, que és el que farà néixer un dret a la indemnització[17].

Precisament per no trobar-nos davant d'un supòsit de successió de normes en el temps la jurisprudència considera que el fet de no impugnar el planejament anterior, que donava el mateix ús a un immoble, no incideix directament en la ulterior petició d'indemnització per vinculació singular. El fet que fos tolerada aquesta vinculació no vol dir que no existís; en qualsevol cas, amb l'aprovació del nou pla reneix[18].

Tingui's en compte, a més, que en opinió de la doctrina[19], al no establir la Llei cap termini per a l'exercici de l'acció de responsabilitat, cal estar al d'un any de l'article 142.5 Llei 30/1992, de 26 de novembre, reguladora del règim jurídic de les Administracions Públiques i del procediment administratiu comú, termini que haurà de comptar-se des de la imposició de la vinculació, el que al seu torn suscita dubtes respecte a l'inici del còmput o *dies a quo*, ja que és pràctica comuna que el planejament general inclogui un llistat de finques i propietats protegides, també denominat precatàleg, les quals, si bé són objecte de protecció des de l'aprovació d'aquest planejament, precisen d'un ulterior pla especial del catàleg, al qual es remet el primer; aquests instruments de detall seran els que definiran amb exactitud les limitacions singulars, si les hagués. No ha d'estranyar-nos, doncs, que la jurisprudència[20] reputi extemporània per prematura la pretensió indemnitzatòria formulada abans de l'aprovació dels instruments de desenvolupament, per més que l'Ajuntament hagués incomplert els terminis previstos en el planejament general, inactivitat municipal que podrà donar lloc a una responsabilitat patrimonial derivada de l'incompliment d'aquests terminis, però que no servirà per fundar en aquesta falta de diligència la pretensió indemnitzatòria de l'article 35.b) LS/08.

Quan s'analitza el precepte des de l'òptica del patrimoni arquitectònic s'observa que els dos supòsits de la norma, un amb vista a la conservació d'edificis, i l'altre amb vista a la restricció d'aprofitaments urbanístics, són sovint interdependents, ja que en no poques ocasions concorreran simultàniament, sent difícil destriar si és la conservació de l'edifici la causa que produeix la restricció de l'aprofitament o, pel contrari, si aquesta restricció no s'explicaria sense uns excepcionals deures de conservació. D'altra banda, quan

---

[15] STS de 4.4.2003 (Ar. 2949, ponent: M.V. Garzón Herrero). La STS de 31.1.1995 (Ar. 457, ponent: M. de Oro-Pulido y López) és molt explícita quan declara en el seu fonament de dret quart: ... *el apelante estima la restricción singular en la disminución del aprovechamiento según el PGOU de 1985, en relación con el PGOU de 1968, es decir, en un supuesto de sucesión de normas en el tiempo y, por tanto, residenciable en el apartado anterior -87.2-, en cuanto regulador de la indemnización por cambio anticipado de la ordenación urbanística. Sin duda, la no inclusión del Plan General entre los tipos de Planes cuya alteración puede dar lugar al derecho a indemnización, ha llevado al recurrente a desviar su petición hacia el apartado tercero de dicho artículo, en lugar de hacerlo al amparo del apartado anterior, mas los presupuestos desencadenantes de cada tipo de responsabilidad, en cuanto configurados por la Ley, vinculan a todos. No se trata, pues, de un sacrificio especial que no puede ser compensado por la equitativa distribución de beneficios y cargas del planeamiento, sino de una alteración del aprovechamiento urbanístico por cambio de planeamiento, que podría tener encaje en el apartado 2 del mismo artículo si no fuera porque se trata de suelo urbano ordenado por Plan General y, por tanto, excluido de las previsiones indemnizatorias de dicho artículo.*

[16] En els mateixos termes s'expressava l'article 43 LS/98 i s'expressa l'article 87.3 LS/76 limitava el supòsit indemnitzatori per vinculació singular a las restriccions de l'aprofitament no susceptibles d'equidistribució. L'altre supòsit, el de les vinculacions en ordre a la conservació d'edificis, es va introduir per l'article 88 de la LLei 8/1990, de 25 de juliol, sobre reforma del règim urbanístic i valoracions del sòl, passant a ser el 239.1 del R.D.Leg. 1/1992, de 26 de juny, pel que es va aprovar el Text refós de la Llei sobre el règim del sòl i ordenació urbana (LS/92); l'article 87.3 LS/76 passà a ser el 239.2 LS/92. Aquest darrer article no resultà afectat per la STC 61/1997, de 20 de març, sinó que fou expressament derogat por la Disposició derogatòria única, apartat 1 de la LS/98 que, com acabem de dir, declarà el mateix en el seu article 43.

[17] STS de 4.4.2003 (Ar. 2949, ponent: M.V. Garzón Herrero).

[18] SSTS de 5.12.1995 (Ar. 2002/656, ponent: P. Esteban Alamo), de 26.2.1992 (Ar. 3016) i STSJ de Madrid de 27.6.2002 (Ar. 1125).

[19] MARTIN REBOLLO, L. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico. Universidad de Cantabria. 1993, pàgina 72.

[20] SSTS de 6.7.1995 (Ar. 5527, ponent: F.J. Hernando Santiago) de 3.10.1988 (Ar. 7422, ponent: J. Barrio Iglesias) i de 26.1.1988 (Ar. 432, ponent: F. González Navarro), entre altres.

el dret positiu (article 87.3 LS/76) referia totes les vinculacions singulars a l'únic supòsit de restricció de l'aprofitament, la doctrina[21], no només no va dubtar en considerar que el precepte també incloïa el supòsit d'imposició de deures o càrregues pel planejament, sinó que, a més, va concloure que la vinculació singular, *latu sensu*, podia derivar-se, tant de l'ordenació urbanística, com de la legislació sectorial, en funció dels interessos públics en presència, entre ells, per descomptat, la conservació del patrimoni històric artístic.

I si bé és cert que la jurisprudència en alguna ocasió[22] ha considerat que la limitació singular de l'article 87.3 LS/76 es circumscrivia exclusivament als supòsits derivats de l'ordenament urbanístic i no als d'altres normes jurídiques com les reguladores de la protecció del patrimoni històric artístic, no és menys cert que el pronunciament va recaure en un supòsit de fet en el qual el planejament no contemplava, ja que es desconeixia, l'existència d'un jaciment arqueològic en el subsòl.

En la matèria que ara ens ocupa -protecció del patrimoni arquitectònic- ens inclinem per un concepte ampli de vinculació que englobi tot supòsit en el qual s'imposi positivament un deure singular, o negativament, una limitació de la mateixa naturalesa, la intensitat de la qual sobrepassi el límit dels sacrificis (càrregues) urbanísticament exigibles als propietaris i que la seva equidistribució resulti impossible; de fet, la impossibilitat d'equidistribuir és la condició de possibilitat sense la qual no podrà parlar-se en cap cas de vinculació singular, i la concurrència de la qual farà néixer el dret a la indemnització, un dret que la doctrina identifica amb una singular reparcel·lació econòmica a càrrec dels pressupostos de la comunitat municipal.

El terme equidistribució ha d'entendre's també en un sentit ampli, com sinònim de compensació, ja que pot concórrer de molt diverses maneres; així, la jurisprudència excepcionarà el dret a la indemnització per vinculació singular, o el reduirà substancialment, quan la limitació dels usos admesos permeti la seva compensació a través de l'atribució d'un aprofitament urbanístic superior, i fins i tot a l'inrevés[23], des del moment que l'aprofitament urbanístic no depèn només de la volumetria, sinó també dels usos permesos i, per tant, una menor volumetria amb autorització de tots o diversos usos pot representar major aprofitament urbanístic que una major volumetria però amb limitació d'usos.

En aquest sentit ampli cap analitzar la vinculació singular des d'una doble dimensió, en tant que l'obligació de conservar o, si escau, la restricció de l'aprofitament urbanístic:

a) sobrepassi els límits normals de conservació.

b) s'imposi per una norma d'aplicació directa.

L'Estat, en ús de les seves competències constitucionals, va aprovar ben aviat la Llei 16/1985, de 25 de juny, del Patrimoni Històric Espanyol (LPHE) que va ser objecte de tres recursos d'insconstitucionalitat (Catalunya, Galícia i País Basc) els quals es van ventilar en la STC 17/1991, de 31 de gener. Sense entrar ara en els detalls del sistema de distribució de competències que consagren la LPHE i l'al·ludida STC, si que direm que ambdues disposicions legislatives, positiva i negativa, parteixen d'una concurrència competencial entre l'Estat i les CCAA en matèria de cultura de la que en queden exclosos els ajuntaments, a diferència de l'urbanisme, que es configura per l'article 14.2 TRLUC com una competència essencialment municipal, d'igual faisó que a l'article 214 LS/76, segons el qual la competència urbanística dels Ajuntaments comprendrà totes les facultats que, sent d'índole local, no haguessin estat expressament atribuïdes per la llei a altres Organismes.

En canvi, en matèria de patrimoni històric artístic la intervenció dels Ajuntaments és residual, puix que la LPHE, en el seu article 7 els atribueix únicament funcions de cooperació en la conservació i custòdia del patrimoni històric comprès en el seu terme municipal, ja sigui:

---

[21] PAREJO ALFONSO, L. Régimen urbanístico... op. cit., pàgina 73.

[22] STS de 25 de juny de 2003 (Ar. 4460, ponent: P.J. Yagüe Gil); es tracta d'un supòsit de restes arqueològiques (cimentació de l'Amfiteatre d'Astigi) l'existència del qual no constava en el planejament y que, precisament, surten a la llum com a conseqüència de l'inici d'unes obres per a l'execució de les quals l'actor havia obtingut la preceptiva llicència municipal. En un sentit similar, la STS de 31.1.1997 (Ar. 275, ponent: J.M. Sieira Miguez) declara que les ordenacions a què es refereix l'article 87.3 LS/76 han de ser urbanístiques i no de qualsevol altra naturalesa, donat que en aquesta ocasió el que s'impugna és una resolució autonòmica que regula les característiques que han de reunir totes les instal·lacions hoteleres en funció del nombre de places que es pretenen habilitar.

[23] SSTS de 8.6.1999 (Ar. 5532, ponent: R. Enríquez Sancho), de 18.12.1996 (Ar. 9525, ponent: P.J. Yagüe Gil), de 6.7.1995 (Ar. 5527, ponent: F.J. Hernando Santiago), de 26.2.1992 (Ar. 3016, ponent: P. Esteban Alamo), i de 11.2.1985 (Ar. 1019, ponent: P. Martín Martín).

a) adoptant mesures per a evitar la seva deterioració, pèrdua o destrucció.

b) notificant qualsevol amenaça, dany o pertorbació.

c) exercint les altres funcions atribuïdes expressament per la Llei.

Com assenyala ABAD LICERAS[24] els Ajuntaments es configuren per la legislació sobre patrimoni històric com mers col·laboradors o cooperadors de les Administracions competents, citant aquest autor la STS de 25.1.2000 (Ar. 662), en el fonament de dret III de la qual es declara *que los Ayuntamientos no tienen facultades decisorias, aunque sí están obligados a poner en conocimiento del órgano competente cualquier amenaza, daño o perturbación sobre los bienes a que se refiere la LPHE e incluso a adoptar medidas cautelares, pero no obviamente a decidir, ni menos a utilizar las potestades que en materia de concesión de licencias tienen, para sustituir al órgano designado por la ley, en materia de ejecución, conservación y custodia del patrimonio histórico-artístico.*

Ara bé, no sempre els àmbits competencials són tan límpids com per permetre als poders públics municipals actuar-los de manera diferenciada, fins el punt que la jurisprudència que ha hagut de dirimir l'un i l'altre no és ni de bon tros remota. Un primer punt de contacte -o de tensió, si es prefereix- és el que es produeix entorn a la declaració de ruïna d'edificis inclosos en el patrimoni històric artístic. Acabem de veure que l'article 35.b) LS/08 declara que l'obligació de conservar esdevé vinculació singular quan excedeix dels deures legalment establerts; aquest límit avui l'estableixen els articles 9.1. LS/08 i 189 TRLUC. D'acord amb el primer d'ells,

> El dret de propietat dels terrenys, les instal·lacions, construccions i edificacions comprèn, qualsevulla que sigui la situació en què es trobin, el deure de conservar-los en les condicions legals per servir de suport a usos que no siguin incompatibles amb l'ordenació territorial i urbanística i, en tot cas, en les de seguretat, salubritat, accessibilitat i ornat legalment exigibles; així com realitzar els treballs de millora i rehabilitació fins on arribi el deure legal de conservació. Aquest deure constituirà el límit de les obres que hagin d'executar-se a costa dels propietaris, quan l'Administració les ordeni per motius turístics o culturals, corrent a càrrec dels fons d'aquesta les obres que el depassin per obtenir millores d'interès general.

Com declara la STS de 21.3.1989 (Ar. 2400), és la comunitat, en aquest darrer cas, la que ha de carregar amb el cost d'aquesta necessitat de conservació, emprant els mitjans precisos, sense descartar el procediment expropiatori, però en cap cas repercutir la totalitat d'aquest cost en el propietari de l'immoble individualment considerat.

Cal que ens preguntem, doncs, on es situa el límit entre un i altre deure de conservació, concloent que l'obligació del propietari consistirà en suportar únicament la conservació que pugui realitzar-se per mitjans normals; és a dir que les càrregues que imposen la conservació dels edificis no donen lloc a indemnització si es mantenen dintre dels límits de la normalitat[25] i, quan aquest deure vagi més enllà dels supòsits de la declaració de ruïna, i en concret de la denominada ruïna econòmica, tal com ve definida a l'article 190.2.b) TRLUC serà la comunitat la que carregarà amb la resta[26].

La jurisprudència, sense ser sempre tan explícita respecte de la remissió a l'institut de la ruïna econòmica, ha considerat en més d'una ocasió[27] que la inclusió de la finca en el catàleg comporta la possibilitat de gaudir del conjunt dels beneficis derivats de la seva catalogació, i que el problema dels majors costos de conservació, que per als propietaris suposa la catalogació de les seves finques, es compensa amb les ajudes i subvencions que el propi pla especial prevegi per als seus béns catalogats, juntament amb l'obligació imposada en l'estudi econòmic financer de consignar un percentatge del pressupost ordinari de cada anualitat per contribuir a aquestes despeses, quan excedeixin dels deures normals de conservació que als propietaris els corresponguin.

Per altra banda, són constants els pronunciaments jurisprudencials[28] que declaren que l'estat de ruïna d'un bé d'interès cultural (BIC) -o catalogació anàloga donada per la legislació autonòmica aplicable- és possible únicament com a expressió d'una situació de fet, però es modula de tal forma que en cap cas no pot procedir-se a la seva demolició sense

---

[24] ABAD LICERAS, J.M. A*dministraciones Locales y Patrimonio Histórico.* Ed. Montecorvo, S.A. Madrid, 2003, pp. 26 i ss.

[25] STS de 6.7.1995 (Ar. 5527, ponent: F.J. Hernando Santiago).

[26] MARTÍN REBOLLO, L. *La responsabilidad... op. cit.* Pàgina 71. En el mateix sentit MERELO ABELA, J.M. *La reforma del régimen urbanístico y* valoraciones *del suelo.* BCL, Madrid, 1982. Pp. 163 i ss.

[27] SSTS de 21.6.2001 (Ar. 6105, ponent: M.V. Garzón Herrero) i de 18.12.1996 (Ar. 9525, ponent: P.J. Yagüe Gil).

[28] STS de 24.6.2002 (Ar. 7267, ponent: J. Rodríguez-Zapata Pérez). En el mateix sentit les SSTS de 8.2.2000 (Ar. 1942), de 19.7.1999 (Ar. 6315), de 21.2.1992 (Ar. 1997), de 20.11.1991 (Ar. 9154), de 23.9.1988 (Ar. 7242) i de 8.7.1987 (Ar. 5868) entre moltes altres.

autorització de l'Administració autonòmica, que generalment serà la competent en matèria de patrimoni històric. No obstant això, la declaració de ruïna[29] podrà servir de títol al propietari per fer valer el fet jurídic que les obres necessàries de consolidació a realitzar excedeixen en el seu import i que per això està justificada l'obtenció de subvencions o ajudes previstes a l'article 36 LPHE, i això perquè dels articles 36, 37 i 24 LPHE en resulta que:

a) els béns integrants del patrimoni històric espanyol han de ser conservats, mantinguts i custodiats pels seus propietaris o, si escau, pels titulars de drets reals o posseïdors, podent l'Administració competent, previ requeriment als interessats, ordenar la seva execució subsidiària en cas d'incompliment.

b) l'Administració competent podrà impedir un enderrocament i suspendre qualsevol classe d'obra o intervenció en un BIC o altre edifici en el qual concorri un interès artístic, històric, paleontològic, arqueològic, etnogràfic, científic o tècnic, així com en els llocs naturals, jardins i parcs que tinguin valor artístic, històric o antropològic.

c) si a pesar del que s'ha dit arribés a incoar-se expedient de ruïna d'algun immoble afectat per expedient de declaració de BIC, l'Administració competent estarà legitimada per intervenir com interessada, havent-li de notificar les resolucions que en aquest s'adoptin.

d) en cap cas podrà procedir-se a la demolició de l'immoble sense prèvia autorització de l'Administració competent, que no la concedirà sense l'informe favorable de, almenys, dues institucions consultives de l'article 3.

e) si existís urgència i perill imminent, l'autoritat municipal haurà d'ordenar les mesures necessàries per a evitar danys a les persones. Les obres que per raó de força major haguessin de realitzar-se no donaran lloc a actes de demolició que no siguin estrictament necessaris per a la conservació de l'immoble i requeriran en tot cas autorització de l'Administració competent, preveure, a més i si escau, la reposició dels elements retirats.

La jurisprudència invocada es basa en els articles anteriors per concloure que la protecció del patrimoni cultural ni tan sols no requereix una concreta declaració de BIC -o l'equivalent autonòmica- quan es tracti de protegir edificis amb l'expedient de declaració incoat o enclavats dintre de recintes declarats com conjunts històric artístics[30]. Observi's, respecte a això, que conforme a l'article 14.2 LPHE els béns immobles integrats en aquest patrimoni poden ser declarats monuments, jardins, conjunts y llocs històrics, així com zones arqueològiques, tots ells com a BIC. En el cas de conjunts y llocs històrics es tractarà d'una declaració general circumscrita a un perímetre. Doncs bé, en tots els casos, davant del dubte, declara aquesta jurisprudència, la voluntat constitucional està molt més a prop de la conservació dels béns que puguin integrar el patrimoni històric, cultural i artístic que de la seva destrucció o demolició.

Encara més, quan les anteriors normes protectores del patrimoni històric resultin por si mateixes insuficients, la jurisprudència no dubtarà en acudir a les denominades normes d'aplicació directa, com a últim recurs a una merescuda protecció. Ens referim a l'article 10.2 LS/08, segons el qual

> Les instal·lacions, construccions i edificacions hauran d'adaptar-se, en allò bàsic, a l'ambient en el que estiguessin situades i, a aquest efecte, en els llocs de paisatge obert i natural, sigui rural o marítim, o en les perspectives que ofereixin els conjunts urbans de característiques històric artístiques, típiques o tradicionals, i en les immediacions de les carreteres i camins de trajecte pintoresc, no es permetrà que la situació, massa, altura dels edificis, murs i tancaments, o la instal·lació d'altres elements, limiti el camp visual per contemplar les belleses naturals, trenqui l'harmonia del paisatge o desfiguri la seva pròpia perspectiva.

Tot i la casuística de l'article que s'acaba de transcriure, entenem que continua podent-se integrar, amb caràcter supletori, amb el 73.a) LS/76 i, sobretot, amb els apartats 1 i 2 de l'article 98 del Reglament de Planejament Urbanístic RPU), que donem per reproduït.

---

[29] Amb caràcter supletori la declaració de ruïna ve regulada a l'article 183 LS/76 y als articles 12 a 28 del Reglament de Disciplina Urbanística, aprovat por RD 2187/1978, de 23 de juny (RDU).

[30] SSTS de 20.7.1998 (Ar. 6907), de 3.2.1997 (Ar. 1466), de 18.11.1996 (Ar. 8648), de 6.6.1996 (Ar. 4781), de 23.10.1995 (Ar. 7766) i de 21.3.1989 (Ar. 2400) entre altres.

La característica principal d'aquestes normes d'aplicació directa és que prevalen sobre qualsevol instrument urbanístic d'ordenació del territori, ja que:

a) d'acord amb l'article 98.3 RPU, són normes d'inexcusable observància que s'apliquen en tot cas, tant en defecte de planejament com en el supòsit d'existència d'aquest i contradicció amb ell[31]. D'altra banda, no precisen de desenvolupament, de tal manera que qualsevol acte administratiu (llicència, permís, etc.) que estigués en manifesta contradicció amb elles, encara que s'ajustés al planejament vigent, seria anul·lable[32]. Ara bé, en la mesura que les normes d'aplicació directa comporten una important limitació a la naturalesa reglada de les llicències urbanístiques, la seva aplicació cal que sigui feta amb molta cautela, puix que altrament, com diu la STSJ de Catalunya de 5.10.07 (EDJ 261109) equivaldria a la pràctica a

... la inviabilidad de cualquier plan o norma urbanística, por atentatorios contra esa norma de aplicación directa. Y, por más atención que se ponga en las bien escasas razones expuestas por la Administración, únicamente se muestra a través de ellas unos criterios en forma alguna incontestables y permanentes en todo caso (...), criterios demostrativos de un parecer que no puede prevalecer sin más, pues los indicados preceptos sólo pueden hacer referencia a supuestos relevantemente más graves, desmesurados e impropios a los fines que en ellos se persiguen, pues, en otro caso, vincularían prohibitiva y sistemáticamente cualquier iniciativa de planeamiento que pretendiese viabilizarlos.

b) inclouen conceptes jurídics indeterminats, d'indubtable naturalesa reglada, encara que en la seva apreciació s'introdueixi amb freqüència un marge de discrecionalitat, per raó de la dificultat que caracteritza l'espai d'incertesa que intervé entre les zones de certesa positiva i negativa[33].

c) s'apliquen amb independència del que disposin les normes sobre patrimoni històric artístic, tot i que les engloben, no sent necessària una declaració prèvia de conjunt històric artístic ni que l'edifici en el que concorrin els valors que la norma tracta de protegir es trobi inclòs en els corresponents catàlegs[34].

d) es tracta d'una limitació del *ius aedificandi* no absoluta, sinó relativa, puix que només imposen una càrrega modal, permetent l'edificació, però complint determinades condicions que permetin l'harmonització de la nova construcció amb el conjunt.

e) són normes de naturalesa urbanística que el municipi pot aplicar -i denegar la llicència- fins i tot en el cas que l'Administració autonòmica, en la seva condició de gestora de l'interès històric artístic, hagués autoritzat l'actuació; de manera que l'autorització autonòmica constitueix condició de possibilitat per a l'atorgament de la llicència municipal, però a l'Administració local únicament la vincula la denegació de l'autorització, podent, per tant, en cas d'autorització, denegar la llicència d'obres si l'interessat no s'acomoda a les normes d'aplicació directa[35].

Reprenent el fil de les vinculacions singulars podem concloure dient que la jurisprudència no ha estat mesquina a l'hora de declarar la concurrència d'aquest supòsit indemnitzatori; en alguna ocasió, encara que en argument *obiter dicta*, ha insinuat[36] que l'ús del terreny com a jardí privat es venia realitzant per la propietat des de la construcció de l'immoble, cent anys enrere, havent-se limitat el planejament a recollir la realitat existent amb caràcter previ a la seva redacció. No obstant això, salvant les excepcions comentades, normalment acabarà declarant haver lloc a la indemnització; per això no ens ha d'estranyar que, darrerament, algun pronunciament jurisdiccional hagi declarat la improcedència d'una catalogació negada per l'Administració i requerida per la propietat[37]. Si se'ns permet acabar amb un comentari menys jurídic que sociològic, direm que potser això es degui al fet que la propietat considerava la catalogació més un benefici que una càrrega.

---

[31] SSTS de 21.11.2000 (Ar. 10267), de 12.4.1996 (Ar. 3259), de 10.4.1996 (Ar. 2940), de 16.6.1993 (Ar. 4884), de 8.11.1990 (Ar. 8820), de 24.10.1990 (Ar. 8329), entre moltes altres.
[32] STS de 16.6.1993 (Ar. 4884).
[33] SSTS de 21.11.2000 (Ar. 10267), de 12.4.1996 (Ar. 3259), de 8.11.1990 (Ar. 8820) y de 31.12.1988 (Ar. 10293).
[34] SSTS de 16.6.1993 (Ar. 4884), de 31.3.1989 (Ar. 2444) de 6.7.1982 (Ar. 5344) y de 30.6.1982 (Ar. 5246).
[35] STS de 21.1.1992 (Ar. 760, ponente: J. Barrio Iglesias).
[36] STS de 21.6.2001 (Ar. 6105, ponente: M.V. Garzón Herrero).
[37] STSJ de Canarias, Las Palmas, de 16.6.2004 (RJCA 517).

Texto Refundido de la Ley de Suelo

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2008, DE 20 DE JUNIO (BOE 26.06.2008)

EXTRICTA LABOR DE REFUNDICIÓN, ACLARACIÓN Y ARMONIZACIÓN

- Estructura y contenidos sobre la base argumental y articulada de la Ley 8/2007.
- Exposición de Motivos de la propia Ley 8/2007.
- Incorporación sistemática de los 41 preceptos aún vigentes del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.
- Creación de un nuevo Título, el VI, para agrupar cuestiones relativas al denominado “Régimen Jurídico”.

AÑO Y MEDIO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE SUELO 8/2007

Del 1 de julio de 2007 al 19 de diciembre de 2008

Principales objetivos de la Ley de Suelo

1. Ampliar la transparencia del sector y la participación de los ciudadanos en la toma y en el control de las decisiones urbanísticas.
2. Asentar las políticas urbanas sobre las bases de un desarrollo urbano sostenible.
3. Asegurar una mayor oferta efectiva de suelo para viviendas protegidas.
4. Aumentar la eficiencia de los mercados de suelo, desincentivando la especulación con este bien, como manda la Constitución.

1. Participación ciudadana y transparencia.

- Nuevo catálogo de condiciones básicas de la igualdad en los derechos y en los deberes de los ciudadanos en su relación con el medio ambiente urbano y rural. Incorporación automática en las Leyes autonómicas de adaptación.
- Reconocimiento de la libre empresa en la actividad de ejecución de las actuaciones urbanizadoras. Impacto muy desigual sobre la base de la reconocida preferencia a favor de la propiedad del suelo en manos de los legisladores autonómicos.
- Resumen ejecutivo que delimite el ámbito del cambio a introducir en la ordenación y sus principales contenidos, así como su sometimiento a información pública. Desarrollo legal/reglamentario autonómico.
- Necesaria publicación de los convenios urbanísticos y nulidad de pleno derecho de los que impongan más cargas que las legales en perjuicio de los propietarios. Aplicación automática desde la Ley estatal.

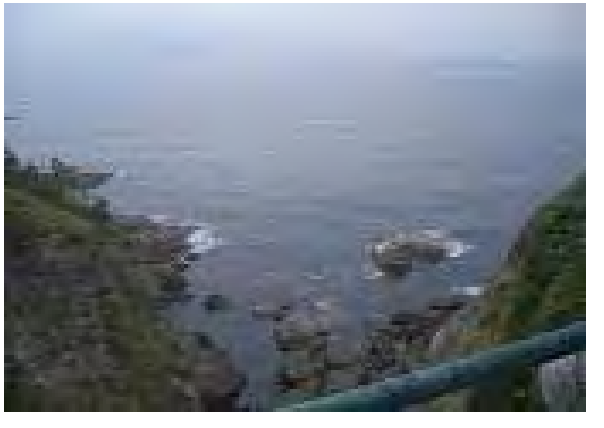
2. El principio de sostenibilidad (I)

- El cambio del modelo liberalizador: El destino a fines de nueva urbanización sólo del suelo idóneo, necesario y suficiente para atender a las demandas sociales y productivas y la necesaria preservación del resto. En realidad, impacto parcial en la legislación autonómica.
- Fomento de la reurbanización y adecuada dotación de las ciudades ya existentes (actuaciones de dotación). Experiencias desiguales.
- La sostenibilidad ambiental y económica de las nuevas urbanizaciones. EAE (determinación autonómica), Memoria Económica (desarrollo reglamentario).

2. El principio de sostenibilidad (II).

- Los desarrollos urbanos contendrán un informe de sostenibilidad ambiental que incluirá un mapa de riesgos naturales. Publicada Guía Metodológica para su elaboración

- Entre los informes sectoriales imprescindibles: El de la Admon. Hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos y los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, para garantizar su capacidad de servicio. En la práctica, nada nuevo.



2. El principio de sostenibilidad (III).

- La legislación sobre ordenación territorial y urbanística establecerá en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación del municipio o del ámbito territorial superior en que se integre, por trascender del concreto ámbito de la actuación los efectos significativos que genera la misma en el medio ambiente. Plazo vencido. Situación desigual por CC.AA.

3. Acceso a la vivienda.

- Reserva mínima del 30 % para vivienda protegida en el suelo residencial. Adaptación mayoritaria, pero con muchas especialidades, por tipo de actuación y por clase de municipio.

- Destino preferente y efectivo a vivienda protegida de los patrimonios públicos de suelo. Exclusión de la subasta o licitación al alza por encima de valor máximo de repercusión (principio ya exigido en la mayoría de las CC.AA.).

3. (Junto con) Participación de la comunidad en las plusvalías.

- Dentro de la horquilla general de entre el 5 % como mínimo y el 15 % como máximo. La mayor parte de las CC.AA. siguen manteniendo el 10%. Excepciones por tipo de actuación en Aragón y Cataluña. País Vasco, el 15%.

- Rescate de plusvalías urbanísticas, incluso en el suelo urbano consolidado, por medio de las nuevas actuaciones de dotación. Adaptación generalizada.

4. Aumento de la eficiencia, desincentivando la especulación.

- Nuevo régimen de valoración del suelo, en función de sus dos situaciones básicas: rural y urbanizado.
- Derecho a ser indemnizado cuando se impida el ejercicio de la facultad de participación en las actuaciones de urbanización o se alteren sus condiciones, o cuando deba tenerse en cuenta la iniciativa acometida y el riesgo soportado.
- Muchas dudas. Necesidad de un desarrollo reglamentario (¿primer semestre del año 2009?).
- Modificación de la Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo para aclarar la DT Tercera (OEH 564/2008, 28 de febrero).

Otros aspectos novedosos de interés en la Ley de Suelo

- ¿Desaparición de la técnica clasificatoria?
- La nueva tipología de actuaciones de transformación urbanística y las categorías de suelos.
- Las situaciones de ilegalidad en las que ya se ha producido la prescripción.

La técnica clasificatoria de suelo (I)

- Estará en los Planes Urbanísticos, como siempre, en función de las determinaciones obligatorias recogidas en la legislación urbanística y territorial de las CC.AA.
- Las situaciones básicas del suelo sólo producen efectos en relación con lo dispuesto en la Ley estatal.
- No obstante, a efectos de la legislación estatal, estarán en todo caso en situación de suelo rural:

  a) los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural y aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves.

  b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente.

La técnica clasificatoria de suelo (II)

- En el mismo sentido, a los efectos de la Ley estatal sólo se reconocerá la situación de suelo urbanizado cuando éste se integre de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población, entendiéndose que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento.

- Existen peculiaridades autonómicas que gozan de reconocimiento expreso: los núcleos tradicionales legalmente asentados en el medio rural.

LAS ACTUACIONES DE TRANSFORMACIÓN URBANÍSTICA.

Se contemplan dos tipos:

- **ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN**

1) De nueva urbanización: paso de un suelo en situación rural a situación de urbanizado, creando parcelas aptas para la edificación, dotaciones, infraestructuras, etc. Suelo urbanizable, pero también urbano no consolidado.

2) De reforma o renovación de la urbanización: "reurbanizar" un suelo urbanizado por insuficiencia o deficiencia de la urbanización existente. Suelo urbano no consolidado y también ya consolidado.

- **ACTUACIONES DE DOTACIÓN:** incrementar las dotaciones públicas de un suelo urbanizado, reajustando su proporción a la mayor edificabilidad o densidad asignada en la ordenación urbanística. Suelo urbano consolidado.

EL TRATAMIENTO DE LAS SITUACIONES DE ILEGALIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN.

- En la situación básica de suelo urbanizado. *"El integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población"*.
- En las valoraciones. Se tasarán conjuntamente el suelo y la edificación existente cuando ésta *"se ajuste a la legalidad".*
- En las indemnizaciones. Situación de fuera de ordenación: se indemnizará la imposibilidad del uso y disfrute lícito de la construcción o edificación durante su vida útil.
- DT Quinta: *"Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular"*.

TAREAS AÚN PENDIENTES

Del Estado y de las Comunidades Autónomas

EL REGLAMENTO DE DESARROLLO DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SUELO

- **Elaboración** durante el primer semestre de 2009. ¿Aprobación?
- **Posibles contenidos**:

  - Valoraciones.

  - Nuevas exigencias documentales de los Planes: mapa de riesgos, memoria de sostenibilidad, resumen ejecutivo, informes “determinantes”.

  - Aclaraciones específicas para Ceuta y Melilla.

  - Supuestos de nulidad de los convenios urbanísticos.

  - La nueva figura del complejo inmobiliario y la segregación del suelo, vuelo y subsuelo por medio del planeamiento.

  -Declaración de obra nueva y licencia de primera ocupación.

  - Tratamiento de las infracciones prescritas, etc.

LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA AUTONÓMICA

- **Adaptación global**: Cataluña (D-Ley 1/2007) Aragón (L 1/2008) y Castilla y León (L 4/2008)

- **Adaptación parcial**: Baleares, Cantabria (L 7/2007), País Vasco (D 105/2008), Galicia (L 6/2008) y Valencia (D-L 1/2008)

- **Instrucciones o Circulares** interpretativas: Murcia (08).

FIN DE LA PRESENTACIÓN

Barcelona, 19 de diciembre de 2008

4a sessió

16/01/09

Novetats legislatives sobre activitats ambientals.
Joaquim Tornos i Mas, advocat i catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

La directiva de serveis de la Comunitat Europea i la seva aplicació material.
Miquel Salazar Canalda, secretari general del Departament d'Economia i Finances de la Generalitat de Catalunya.

La inexecució de les sentències de l'ordre jurisdiccional contenciós-administratiu.
Especial referència a l'adopció d'acords per l'Administració contraris a la sentència.
Dr. Alfredo Galán Galán, professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

El dret de reallotjament dels afectats per actuacions urbanístiques.
Carles Xiol Rios, advocat.

La responsabilitat penal dels administradors públics. Criteris d'atribució.
José María Pijuan Canadell, president de la Secció 10a de l'Audiència Provincial de Barcelona.

NOVETATS LEGISLATIVES SOBRE ACTIVITATS AMBIENTALS

Joaquín Tornos Mas.
Catedràtic de dret administratiu.
Universitat de Barcelona

I.- L'AVANTPROJECTE DE LLEI DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS.

A. Objetivos principales de la nueva ley.

a. La nueva ley es una ley ambiental. Tratamiento diferenciado de las materias de seguridad y salud de las personas e incendios.

b. Simplificación.

- Relación con la directiva servicios 123/2006.
- Integración de la normativa sobre impacto ambiental que afecta a actividades.

c. Respeto a las competencias locales.

B. Los nuevos tres anexos y sus diferentes subdivisiones. La nueva formulación del régimen de autorización, licencia y comunicación.

- La licencia municipal y su procedimiento.
- Los establecimientos de pública concurrencia.
- La comunicación.

C. El control inicial.

D. El nuevo régimen de las revisiones.

E. El desarrollo de la ley.

II.- LA DIRECTIVA 2008/98/CE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2008 SOBRE RESIDUOS.

En particular, el nuevo régimen de autorizaciones. Las exenciones a la necesidad de autorización.

INFORME GENERAL SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE IDENTIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE LA NORMATIVA

Este informe se refiere a la **evaluación de la normativa** y pretende, con ánimo informativo, que los Ministerios tomen conciencia del contenido e importancia del ejercicio de evaluación como parte del proceso de transposición de la Directiva de Servicios. Para ello, en primer lugar se presentan unas consideraciones generales sobre el conjunto de la evaluación. En segundo lugar, se recogen los aspectos principales que inciden directamente en este ejercicio.

I. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL

- La Directiva de Servicios (DS), dispone que antes del 28 de diciembre de 2009, los Estados miembros (EEMM) deberán presentar a la Comisión los siguientes informes:

  - Un **Informe de Evaluación (artículo 39.1)**, sobre:
    - **Regímenes de autorización**. (art. 9).
    - **Requisitos sujetos a evaluación**. (art. 15)
    - **Actividades multidisciplinares**. (art. 25.3)

  - Un **Informe de Evaluación sobre los requisitos para la libre prestación de servicios (artículo 39.5),** explicando los **motivos** por los que se considera que estos requisitos cumplen con los criterios establecidos en el **artículo 16**.

  La Comisión recibirá sobre cada punto un único informe[1] por país, referido a todos los niveles de la Administración.

- **La Comisión**, consciente de las dificultades que va a suponer el proceso de transposición, **tiene previsto publicar próximamente una Guía de Evaluación** en la que se recogerán los criterios generales de evaluación que, con independencia de los márgenes de interpretación que la propia DS concede a los países, podrán ser aplicados.

- No obstante, se ha puesto en evidencia la **necesidad de iniciar el proceso de evaluación lo antes posible**.

[1] Aún no está decidido si los dos informes de evaluación podrán ser presentados en uno solo o si será necesaria la presentación de dos informes.

- Así, a tenor de las sugerencias y recomendaciones que se han realizado en las consultas y reuniones mantenidas con la Comisión, cabe formular las siguientes **consideraciones de carácter general**:

  - **Es necesario estructurar el proceso** de evaluación de la legislación nacional **en dos fases**:

    - Una primera, de **identificación de la legislación potencialmente afectada por la DS**. Esta fase debe realizarse con ánimo exhaustivo para que la propia evaluación pueda tener lugar. Para ello, no basta con incluir sólo la legislación que de forma clara se refiere a "los servicios", sino que es necesario realizar una **revisión detallada que incluya a toda la normativa que pudiera verse afectada**.

    - Una segunda, de **revisión** de si la normativa resulta efectivamente afectada y, en ese caso, de su compatibilidad con la misma.

  - Se recomienda contar con la **colaboración de los agentes privados** (empresarios, Cámaras de Comercio, asociaciones empresariales, etc.), tanto en la fase de identificación de la normativa afectada, como, en su caso, en la de revisión.

II. ORIENTACIONES SOBRE LOS INFORMES DE EVALUACIÓN

A continuación, con finalidad informativa, se presentan los principales elementos que inciden en los informes de evaluación previstos en la Directiva de Servicios.

1. Informe de Evaluación (artículo 39.1)

Los EE.MM. tienen la obligación de presentar un **Informe de Evaluación de todos los regímenes de autorización que decidan mantener, así como los motivos** que los justifican para que no sean discriminatorios, sean necesarios y resulten proporcionales. Para que resulten justificables, los regímenes que se mantengan deben cumplir los requisitos establecidos en los **artículos 9 a 15 y 25 de la DS**.

En consecuencia, la evaluación debe seguir los siguientes **pasos**:

- **Identificar la normativa** de cualquier orden que incluya un régimen de autorización para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios. A este respecto:

  - La identificación de los regímenes de autorización debe hacerse a **todos los niveles de la Administración**: central, autonómica y local.

  - La identificación de la normativa que incluye los regímenes de autorización o los requisitos que se verían afectados por la DS debe

de ser **clara y manejable**, para lo que será preciso presentarla en un formato homogéneo (**fichas**).

- Para el proceso de identificación deberá tenerse en cuenta el ámbito de aplicación de la DS así como las exclusiones y excepciones, si bien resulta aconsejable que, en la primera fase, en caso de duda, se incluyan en el proceso de análisis.

- El concepto de **régimen de autorización debe interpretarse en sentido amplio**, ya que incluye los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, así como la obligación para poder ejercer una actividad de inscribirse en un colegio profesional, un registro, una lista oficial, una base de datos o de obtener un carné profesional. Asimismo, la autorización puede ser el resultado, no solo de una decisión implícita como puede ser el silencio administrativo, sino del hecho de que el interesado deba esperar un acuse de recibo o una declaración para iniciar la actividad o para ejercerla legalmente.

- **Evaluar si los regímenes de autorización identificados se ajustan a los criterios generales de la DS (artículo 9)** para poder ser mantenidos en vigor, es decir:

  - Sea **no discriminatorio**.

  - Esté **justificado por razones imperiosas de interés general**. En este sentido, objetivos como la salud pública, protección de los consumidores, sanidad animal y protección del medio urbano constituyen también razones imperiosas de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización, así como otras restricciones, siempre que se respete el cumplimiento de los tres requisitos de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

  - Sea **proporcional**; es decir, que el objetivo que se persigue no se pueda alcanzar a través de una medida menos restrictiva. En este sentido, la DS establece como principio general el de sustituir los regímenes de autorización previa por sistemas de notificación previa y supervisión, vigilancia o inspección posterior.

- **Evaluar si, caso de resultar justificables, cumplen los criterios de los artículos 10 a 13 de la DS:**

  - Según el **artículo 10, "Condiciones de la autorización"**, los criterios que se establezcan para justificar la autorización deben de ser claros para evitar la arbitrariedad y discrecionalidad, y en particular:

    - No discriminatorios
    - Justificados por razones imperiosas de interés general
    - Proporcionales

- Claros, inequívocos, transparentes y accesibles
- Objetivos
- Publicados con antelación

Además, la autorización debe de hacerse para **todo el territorio nacional** y para cualquier agencia o sucursal, sin que se precise de nuevas autorizaciones para estos, salvo que existan razones imperiosas de interés general.

Las denegaciones tendrán que ser **motivadas** y que puedan ser impugnadas por vía judicial.

– Según el **artículo 11, "Duración de la autorización"**, la autorización debe concederse por **tiempo indefinido**, excepto en los siguientes supuestos:

  - Renovación automática o que esté supeditada al cumplimiento de requisitos
  - Se conceda por razón de interés general

– Según el **artículo 12, "Selección entre varios candidatos"**, si el número de autorizaciones disponibles para una sola actividad es limitado, los candidatos se elegirán con criterios de **imparcialidad** y **transparencia** y la autorización se concederá por una duración limitada sin renovación automática

– Según el **artículo 13, "Procedimiento de autorización",** los procedimientos y trámites de autorización deben de ser **claros**, **objetivos**, **públicos** y **proporcionales**. Asimismo, se debe comunicar al solicitante los extremos relativos a su solicitud en lo que se refiere a plazo de resolución y las vías de impugnación.

- **Identificar y eliminar los requisitos que la DS declara prohibidos para el acceso a una actividad en su artículo 14.** Cabe recordar que dicho artículo declara expresamente prohibido establecer para el acceso o ejercicio de una actividad, los siguientes requisitos:

  a) Requisitos discriminatorios concernientes a la nacionalidad o sede social si se trata de personas jurídicas.

  b) Prohibición de estar establecido en varios EE.MM. o inscrito en los registros, colegios o asociaciones profesionales de varios estados.

  c) Exigir que el establecimiento principal esté ubicado en el territorio nacional o limitar la libertad para elegir el tipo de establecimiento.

  d) Condiciones de reciprocidad con el estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento.

e) Establecimiento de pruebas económicas consistentes en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado.

f) Intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de la autorización, con excepción de los colegios profesionales y de los organismos que actúen como autoridad competente.

g) Exigir un aval financiero o seguro para el ejercicio de la actividad a través de un organismo establecido en el estado de destino.

h) Requisitos de inscripción previa durante un periodo de tiempo determinado en el territorio nacional.

- **Identificar, evaluar y suprimir o justificar los requisitos que la DS declara sujetos a evaluación en su artículo 15**. En efecto, la DS prevé que en el Informe de Evaluación, los EE.MM. deben informar sobre:

  - Los **requisitos que han suprimido o simplificado como consecuencia de la evaluación a la que los han sometido**.

  - Los requisitos que tienen previstos mantener del **artículo 15.2.** y los motivos por los que consideran que reúnen las condiciones contempladas en el **artículo 15.3.** (no discriminación, necesidad y proporcionalidad).

    La Comisión ha señalado que **la relación de requisitos** del artículo 15.2, **es excluyente**, lo que significa que sólo la relación referida es la que está sujeta a evaluación. Cabe recordar que el artículo 15.2 recoge la siguiente lista de requisitos:

    - Límites cuantitativos que obedezcan a razones demográficas o de ordenación geográfica o territorial.

    - Adopción de una determinada forma jurídica particular (sociedad cooperativa, de capital, etc.), disponer un capital mínimo o una cualificación profesional específica.

    - Prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo Estado.

    - Obligación de tener un número mínimo de empleados

    - Obligación de establecer tarifas máximas y/o mínimas.

    - Posesión de capital de una sociedad.

    - Obligación de que el prestador realice otros servicios al margen del suyo propio.

- En relación con las **actividades multidisciplinares**, la DS prevé en su **artículo 25** que los EE.MM. evitarán que los prestadores de servicios se vean sujetos a requisitos que les obliguen a ejercer exclusivamente una actividad o limiten el ejercicio conjunto de varias actividades, excepto en los siguientes supuestos:

  - Que ejerzan una profesión regulada, esté justificado para garantizar el cumplimiento de requisitos deontológico y sean necesarios para garantizar su independencia o imparcialidad.

  - Que presten servicios de certificación, acreditación, control técnico, pruebas o ensayos, o cuando sea necesario para garantizar su independencia o imparcialidad.

  Por tanto, **los EE.MM. deben indicar en el Informe de Evaluación**:

  - La **relación de actividades** de servicios que están sujetas a estas restricciones.
  - El **contenido** de dichas restricciones.
  - Los **motivos** por los que se justifican las restricciones.

2. Informe de Evaluación sobre los requisitos para la libre prestación de servicios (artículo 39.5)

- Debe evaluarse que no se supedita la libre prestación de servicios requisitos a **requisitos** que no respeten los tres **principios** siguientes:

  - **No discriminación** por razón de nacionalidad o sede social
  - **Necesidad**, es decir, el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.
  - **Proporcionalidad**. No debe de ir más allá de lo necesario para conseguirlo.

- En particular, debe evaluarse que no se restringe la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro estado miembro, mediante la imposición de los **requisitos previstos en el artículo 16.2.**

  Cabe recordar que este artículo recoge expresamente los requisitos siguientes:

  - Obligación de que esté establecido en el territorio nacional
  - Obligación de que obtenga una autorización concedida por las autoridades nacionales, salvo los casos previstos en la presente DS.
  - Prohibición de que disponga en el territorio nacional de cierto tipo de infraestructura, oficinas o gabinetes.

- Aplicación de un régimen contractual particular que impida la prestación del servicio de una forma independiente.
- Obligación de que posea un documento de identidad especifico para el ejercicio de la actividad, expedido por las autoridades competentes.
- Requisitos sobre el uso de equipos y material, salvo aquellos que sean necesarios para la seguridad y salud en el trabajo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que **la relación de requisitos establecidos en el artículo 16.2. no es exhaustiva ni limitativa**,

Ello significa que no podrán imponerse las exigencias establecidas en dicho artículo, ni tampoco las que pueda aplicar por su cuenta cualquier estado miembro al margen de las referidas, si no cumplen con los criterios generales de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, o que estén justificadas por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.

En consecuencia, la evaluación, no sólo tendrá que hacerse sobre el conjunto de requisitos contemplados en el artículo 16.2. sino que **deberá tener en cuenta todos los requisitos que sean impuestos a los prestadores de servicios establecidos en otros EE.MM**.

- En cualquier caso, en la evaluación hay que tener en cuenta las excepciones y salvedades contenidas en el **artículo 17** de la DS.

ORIENTACIONES SOBRE LA EVALUACIÓN DE LA NORMATIVA POTENCIALMENTE AFECTADA POR LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

I ANTECEDENTES

En general, para cualquier transposición de Directiva, los EEMM deben identificar su normativa afectada, evaluar si es o no compatible con lo que dispone la Directiva y modificarla, o introducir nueva normativa, para incorporar a su derecho interno las disposiciones de dicha Directiva.

La transposición de la Directiva de Servicios (DS) exige igualmente la identificación y evaluación de la normativa, y su posterior modificación, pero también la **presentación de un informe que recoja los resultados de la identificación y la evaluación**[2].

Como continuación a la nota general sobre el procedimiento de evaluación distribuida en junio y a la nota más específica sobre la identificación de la normativa afectada por la DS (o primera fase de la evaluación), se incluyen en la presente nota unas orientaciones dirigidas a **abrir un debate** sobre cómo proceder en la segunda fase de la evaluación.

II CONSIDERACIONES GENERALES

- Cada Estado miembro debe presentar un **único Informe de Evaluación** a la Comisión en diciembre de 2009 **referido a todas las AAPP[3].**

- Este informe será la base para la **evaluación mutua entre EEMM**. En efecto, todos los informes serán puestos a disposición de la Comisión y del resto de los EEMM. Se abrirá a partir de entonces un período para presentar observaciones sobre los informes presentados.

- Dicho informe debe recoger los resultados de la evaluación que cada EM efectúe sobre la compatibilidad de su normativa con los artículos 9,15, 16-2 y 25.

[2] Además de la puesta en marcha de una serie de procedimientos: ventanilla única, procedimientos electrónicos y cooperación administrativa entre EEMM.

[3] No está decidido si los EEMM presentarán un único informe o dos (uno referido a los art. 9, 15 y 25 y otro al 16). En cualquier caso, el o los informes que presenten cada EM deberán abarcar todas las administraciones

- Actualmente, el Grupo de Expertos de los EEMM que se reúne en Bruselas bajo la coordinación de la **Comisión Europea está consensuando un modelo de informe** con objeto de que cada EM presente de manera homogénea el resultado de la evaluación. Este informe, que ha adquirido la forma de un cuestionario, estará **listo a finales de octubre o en noviembre**.

- Ahora bien, **este informe no recoge los resultados de todas las evaluaciones que deben practicarse** a cualquier requisito establecido al acceso o establecimiento de una actividad de servicios. Así, por ejemplo, sí se recoge si un régimen de autorización está justificado por una determinada razón imperiosa de interés general pero no se recoge si la autorización concedida está limitada temporalmente o si la autorización permite al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional.

- Algunos países se han adelantado al cuestionario promovido por la Comisión y han elaborado un cuestionario que cubre tanto los artículos sobre cuyo cumplimiento habrá que informar como otros artículos que se consideran de particular importancia.

- En la medida en que **hasta que no se realice la evaluación no podrá determinarse qué normativa puede mantenerse por ser compatible con la Directiva y cuál debe ser modificada**, el inicio del proceso de evaluación no debe demorarse para dejar **tiempo suficiente** para, a continuación, **tramitar las modificaciones o nuevas normativas necesarias**. Esto afecta en particular a las modificaciones que requieran tramitarse por normas de mayor rango, tanto estatales como autonómicas. Parece por tanto recomendable **priorizar la evaluación de las normas con rango de Ley** con objeto de determinar pronto si es necesaria su modificación.

- Se considera que tanto la identificación como, sobre todo, la evaluación y posterior adaptación deben hacerse con **criterios consistentes** tanto entre distintos sectores como entre distintas AAPP. Parece por tanto recomendable:

  ⇒ establecer algún mecanismo de colaboración y puesta en común de criterios con CCAA y CCLL;

  ⇒ que se eleven periódicamente a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos informes de seguimiento y que ésta sancione el Informe Preliminar;

  ⇒ Que se prevea un periodo suficiente para el análisis de las propuestas iniciales de cada uno de los afectados.

- Parece conveniente la participación del **sector privado** a lo largo de todo el proceso.

III PROPUESTA DE PROGRAMA DE TRABAJO

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el **programa de trabajo de la fase de evaluación se articularía siguiendo los siguientes principios**:

1. Fase de identificación

En la **primera fase**, en la que nos encontramos, todas las administraciones identificarán la normativa potencialmente afectada por la DS. Para facilitar esta labor, se ha distribuido una nota con orientaciones para la identificación. Es esencial partir de una base lo más amplia posible. Lógicamente, el listado de normas potencialmente afectadas por la Directiva experimentará cambios a lo largo del proceso, con inclusiones y exclusiones por lo que podrán elaborarse distintos borradores del listado de normas. Se presentará a CDGAE un **primer borrador** de dicha lista en **noviembre 2007.**

Varios ministerios han distribuido ya un listado preliminar de su normativa potencialmente afectada. Algunos ministerios han indicado también de manera no exhaustiva normativas que son responsabilidad de las Administraciones Autonómicas y Locales.

En los cuadros de esta normativa, las fechas y plazos de modificación no aparecen siempre determinados de forma precisa ya que esta primera fase consiste sólo en detectar la normativa potencialmente afectada sin prejuzgar si se requerirá un cambio normativo.

2. Fase de evaluación

Los principales **instrumentos** que se utilizarán para llevar a cabo la evaluación de la normativa serán **dos cuestionarios**:

- <u>Cuestionario de la Comisión</u>:

  Hacia finales de octubre de 2007, cabe esperar que ya esté disponible el modelo de informe o cuestionario que deben remitir todos los EEMM a la Comisión el 28 de diciembre de 2009 y que se refiere a los artículos 9, 15, 16 y 25.

  Este cuestionario será distribuido a todos los ministerios, CCAA y CCLL para su cumplimentación. La **evaluación podría por tanto iniciarse en el mes de diciembre de 2007**.

- <u>Cuestionario del Grupo de Trabajo</u>

  En paralelo, el Grupo de Trabajo para la Transposición de la DS elaborará un cuestionario con el objetivo de **facilitar el cumplimiento de las obligaciones de evaluación y, en su caso, de modificación de acuerdo con el resto de disposiciones** de la DS (en particular las

incluidas en los artículos 10,11,12,13 y 14). Dicho cuestionario estará listo al mismo tiempo que el modelo de informe que se apruebe en Bruselas y ambos serán distribuidos a todas las administraciones al mismo tiempo.

En la medida en que este cuestionario o informe no viene impuesto por la DS y por tanto no será entregado a la Comisión Europea, su utilización tendrá como objeto único **facilitar el proceso de evaluación y su uso por parte de las CCAA y municipios será voluntario.**

La **evaluación se organizará por sectores** (por ejemplo, distribución comercial, medio ambiente, turismo ...). El Ministerio responsable de cada área promoverá la coordinación sectorial a través de conferencias sectoriales o de cualquier otro instrumento como mesas de Directores Generales, en las que participarán las Comunidades y Ciudades Autónomas y representantes de las CCLL. La propuesta de las conferencias sectoriales a realizar, y/o el instrumento alternativo elegido, será elevada a la CDGAE coincidiendo con la presentación del listado de normativa potencialmente afectada (noviembre 2007).

Cada Ministerio y cada Comunidad y Ciudad Autónoma elaborará su informe de evaluación y lo presentará al MEH para su elevación a CDGAE. En dicho informe se identificará la normativa que debe eliminarse, modificarse o justificarse para resultar compatible con lo dispuesto en la DS.

Se dará prioridad a la evaluación de las normas con rango de Ley con objeto de disponer de un **informe preliminar de evaluación de normas con rango de ley** que se elevaría a la CDGAE en octubre 2008. Tras su consideración, la **CDGAE aprobaría el informe de evaluación de normas con rango de Ley en enero de 2009**. De esta forma, habría suficiente tiempo para llevar a cabo todos los trámites necesarios para la entrada en vigor de nueva normativa o de modificaciones parciales.

La evaluación del **resto de normas** podría demorarse más tiempo. Así, el informe preliminar de evaluación podría elevarse a CDGAE en enero 2009 y quedar **aprobado por CDGAE en mayo de 2009**.

Periódicamente los ministerios informarán al Ministerio de Economía y Hacienda (MEH) de los avances en las reuniones sectoriales con objeto de que éste fomente la utilización de criterios homogéneos y consistentes con las orientaciones a nivel comunitario en las distintas áreas.

Además, para asegurar la utilización de **criterios homogéneos** en la evaluación es deseable que haya un intenso intercambio de pareceres **entre las distintas AAPP**. Por ello, se plantea la posibilidad de celebrar, a lo largo del periodo de elaboración de los informes de evaluación, varias **conferencias generales** que reúnan a los departamentos ministeriales afectados, las CCAA y las CCLL. Estas conferencias servirían de hitos intermedios en el largo proceso de evaluación y darían impulso a la realización de los informes.

Estas conferencias generales se enmarcan en el sistema de coordinación que en la reunión del 19 de junio con las CCAA y la FEMP se consideró más oportuno. Así, por el momento, la coordinación horizontal se produciría en el seno de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE) aunque se procurará que asista también, en su caso, un representante de la Consejería coordinadora, con independencia de que, una vez conocidas las Consejerías coordinadoras en cada C.A., se analice la conveniencia de articular esta coordinación horizontal en otro ámbito. La FEMP, al igual que otros representantes municipales, será invitada a participar en este esquema.

Estas conferencias generales podrían ser **temáticas**. Así, por ejemplo, la primera de ellas podría referirse a las cuestiones más básicas, como los requisitos prohibidos, el concepto de razón imperiosa de interés general o el ámbito de aplicación. La segunda podría referirse a la aplicación del principio general de sustitución de los regímenes de autorización que no son necesarios o resultan desproporcionados, así como a las restricciones a la libre prestación. Finalmente, una tercera podría abordar la adaptación y justificación de los regímenes que se plantee mantener.

La fase de evaluación finalizaría, por tanto, en enero de 2009 para las normas con rango de Ley y en mayo de 2009 para las normas con rango inferior con la aprobación por parte de la CDGAE de los informes de evaluación respectivos. A partir de estas fechas, se iniciará la fase de modificación de la normativa.

IV PROPUESTA DE CALENDARIO TENTATIVO

FECHA / PERÍODO	Actuación
Enero 2007	**Inicio fase de identificación**
Septiembre 2007	Presentación de la guía de transposición de la Comisión Europea
Noviembre 2007	Presentación del modelo de informe de evaluación y del cuestionario
Noviembre 2007	Elevación a la CDGAE de las relaciones preliminares de normativa potencialmente afectada y propuesta de conferencias sectoriales.
Diciembre 2007	**Inicio fase de evaluación**
Enero 2008	Inicio coordinaciones sectoriales promovidas por distintos ministerios
Octubre 2008	Presentación a CDGAE de informe preliminar de evaluación de normas con rango de Ley
Enero 2009	Aprobación por CDGAE del **Informe Preliminar** de Evaluación de normas con rango de Ley sobre qué se considera justificable y qué debe modificarse
Enero 2009	Presentación a CDGAE de informe preliminar de evaluación de normas sin rango de Ley
Mayo 2009	Aprobación por CDGAE del **Informe Preliminar** de Evaluación de normas sin rango de Ley sobre qué se considera justificable y qué debe modificarse
Diciembre 09	Envío del **Informe de Evaluación** a la Comisión Europea: qué se justifica y qué se ha modificado

DIRECTIVA DE SERVEIS DE MERCAT INTERIOR

L'objectiu de la Directiva de Serveis de Mercat Interior 2006/123/CE, de dotze de desembre del 2006 és l'assoliment d'un autèntic mercat únic de serveis a la Unió Europea tal com es va fer amb les mercaderies i amb les persones anteriorment. Es parteix de la base de que el principal obstacle a la lliure prestació de serveis en el territori de la Unió és l'ordenament jurídic dels estats membres i, per aquest motiu, l'esmentada disposició prescriu l'obligatorietat de que els estats membres revisin totes les nomes de qualsevol rang i, en cas que sigui necessari, eliminar totes les barreres que continguin.

Les Directives són normes de la UE que tenen com a destinataris els estats membres que n'han de fer la transposició, és a dir la incorporació a l'ordenament jurídic intern a través de la promulgació d'una disposició que serà la que s'aplicarà directament als ciutadans i a les empreses. En el cas de la Directiva ens trobem que llur transposició és molt més complexa i laboriosa atès que obliga a fer una revisió exhaustiva de l'ordenament jurídic de cada estat, disposició per disposició, i identificar les potencialment afectades per eliminar tot allò que sigui contrari a la lliure prestació de serveis.

En aquesta tasca ingent totes les administracions hi estan implicades, a nivell de l'Estat, el Ministeri d'Economia y Hacienda és l'encarregat de coordinar el procés de transposició. A Catalunya, el Govern va prendre el 10 d'octubre del 2007 l'acord de crear un grup de treball interdepartamental dirigit pel Departament d'Economia i Finances.

La DSMI és el resultat d'un llarg procés que es remunta al Consell Europeu celebrat a Lisboa el 24 de març del 2000 on s'acorden un conjunt de reformes econòmiques amb l'objectiu de convertir Europa en l'economia més dinàmica i competitiva del món. La Directiva, anomenada Bolkestein, que és el cognom del comissari de l'època de mercat interior, va patir entre l'any 2004 i el 2006 un intens debat fins a la seva aprovació on determinats grups d'influència i partits polítics propugnaven la limitació de l'abast de la norma a fi i efecte de mantenir les normatives proteccionistes dels estats.
L'eliminació de les barreres a què obliga la Directiva beneficia a una àmplia gamma de serveis, destinats a empreses i a particulars, i que

tenen en comú el fet de que es realitzen a canvi d'una contraprestació econòmica. Tanmateix la norma preveu determinades excepcions, fonamentalment referides a matèries que ja estan regulades en el mateix acord de Lisboa, com és el cas del transport, o d'altres normes comunitàries en el supòsits dels serveis financers o audiovisuals.

A l'article 2 de la DSMI s'estableix que no s'aplicarà a :

1.- Serveis no econòmics d'interès general.

2.- Serveis financers (estan exclosos totalment atès que es troben regulats per directives especifiques).

3.- Serveis i xarxes de comunicació electròniques.

4.- Serveis en l'àmbit del transport (la seva exclusió és total atès que a l'article 51 del Tracta de Lisboa remet la seva regulació a normes específiques).

5.- Serveis de les empreses de treball temporal (exclusió total ja que es preveu una regulació específica en el futur).

6.- Serveis sanitaris i farmacèutics (exclusió total per a professions regulades que podran ser objectes d'una futura directiva, sí que entra en parafarmàcia i medicina alternativa).

7.- Serveis audiovisuals (exclusió total, atès que hi ha diverses directives sobre aquest sector).

8.- Jocs d''atzar dineraris (l'exclusió és total, tanmateix tenim varies sentències que limiten el marge dels estats).

9.- Activitats vinculades a l'exercici d'autoritat pública.

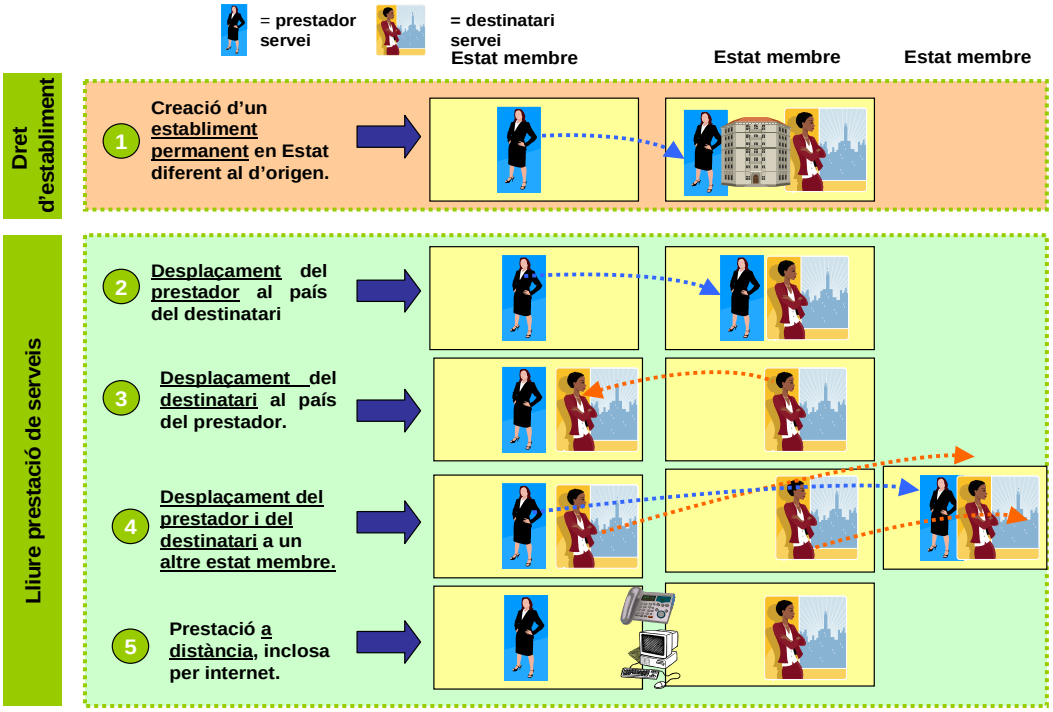
10.- Serveis socials

11.- Serveis de seguretat privada

12.- Serveis prestats per notaris i agents judicials

13.- Fiscalitat.

Estem davant d'un procés d'abast comunitari que permetrà que les empreses més competitives puguin accedir a un mercat de més de 400 milions de persones, així podran venir empreses d'altres estats membres a Catalunya i a Espanya que fins ara no havien pogut actuar per les limitacions de l'ordenament jurídic, però també s'obre un gran espai d'actuació per les autòctones. La directiva s'aplicarà tant al dret d'establiment, que significa establir-se o instal·lar-se amb caràcter permanent en un estat membre, com a la lliure prestació de serveis sense establiment. La directiva s'aplicarà en cas de la creació d'un establiment permanent en un Estat diferent al d'origen i en cas de lliure prestació de serveis per desplaçament del prestador al país del destinatari, per desplaçament del destinataris al país del prestador, per desplaçament del prestador i del destinatari a un altre estat membre i per la prestació a distància inclosa per internet.



Per complir els seus objectius, la directiva persegueix en tot el seu redactat l'eliminació de barreres atès que els obstacles es poden trobar en tot tipus de regulació i, fins i tot, derivar-se d'actuacions administratives. El concepte de regulació és molt ampli i abasta tant la normativa dels poders públics (estatals, autonòmics i locals) com les normes emanades de determinades entitats com ara els col·legis professionals, les associacions, els organismes professionals o les federacions esportives entre d'altres.

Cal fer especial esment al tractament que la directiva fa de les autoritzacions amb l'objectiu de fer-les desaparèixer o substituir-les per instruments més àgils com per exemple una comunicació prèvia o una declaració responsable de la persona o empresa interessada.
Només es podran mantenir les autoritzacions en casos excepcionals, sempre que no siguin discriminatòries, que responguin a una raó imperiosa d'interès general i que siguin proporcionals als objectius que persegueix la norma.

La directiva també preveu la simplificació administrativa a través de l'establiment de procediments més comprensibles i evitar el llenguatge ambigu on prima el principi de claredat i transparència. Les normes han de ser objectives entenent que s'ha de limitar el marge de discrecionalitat. Estan prohibides qualsevol tipus de discriminacions. Es contempla que els costos de la tramitació hauran de ser raonables i, en el supòsit de que no hi hagi resolució expressa, el silenci serà sempre positiu. Preveu l'establiment de la finestra única per poder realitzar tots els tràmits relacionats amb una activitat de serveis, excepte en determinats casos en què és necessària la comprovació presencial, aquesta tramitació ha de poder fer-se per via electrònica.

Per altra part també hem de destacar que una de les preocupacions durant la tramitació de la Directiva va ser la protecció de les persones consumidores que podran tenir accés en condicions no discriminatòries als serveis oferts per qualsevol prestador de la Unió. Per evitar que la persona consumidora quedi desprotegida, la Directiva contempla unes directrius sobre política de qualitat, que es resumeixen en tres aspectes fonamentals: una rigorosa obligació d'informació sobre la prestació, la necessitat de que en determinades activitats es compti amb una assegurança professional i, per últim, recomana que es contemplin mesures de caràcter voluntari per garantir la qualitat dels serveis. Estableix un dret a la informació per a destinatàries dels serveis i accés a les bases de dades i registrespúblics que fan referència als prestadors i als serveis,així com a les autoritat competents per tramitar i resoldre qüestions relacionades amb l'exercici d'activitats de serveis.

També contempla la necessitat d'establiment d'una xarxa europea de cooperació Interadministrativa com a requisit indispensable per crear un veritable mercat europeu amb l'objectiu de que els estats membres puguin intercanviar informació sobre els prestadors, prestar-se assistència recíproca i realitzar les actuacions que calguin per garantir la supervisió dels prestadors i els seus serveis. Aquest procés ja s'ha

encetat però a fi de que sigui efectiva la cooperació administrativa, caldrà crear un sistema electrònic d'intercanvi d'informació.

El calendari de transposició s'ha establert en dues parts, la primera a partir del 28 de desembre del 2006 que va entrar en vigor la disposició esmentada amb dues conseqüències efectives pels estats membres: la prohibició expressa de promulgar legislació contrària a la Directiva i de que les normes vigents no es poden aplicar infringint-la clarament. La segona part del procés va des de la data esmentada fins al 28 de desembre del any en curs, on els estats membre han d'haver presentat a la Comissió els informes que exigeix la Directiva per valorar la seva aplicació, han d'haver eliminat o modificat en totes les normes afectades tots els obstacles prohibits o no compatibles amb la Directiva i, per últim, les mesures de coordinació entre autoritat, d'informació i de simplificació, han de ser vigents i efectives, i la finestra única ha de ser operativa.

Al conjunt d'Espanya s'han detectat en el decurs dels processos d'avaluació 6.924 casos en els que diferents disposicions contravenen la DSMI, aquests fan referència a lleis, decrets i altres disposicions de rang menor. L'Administració de l'Estat ha redactat i enviat al Parlament espanyol una llei que és una traducció pràcticament literal de la directiva per donar cobertura dins de l'ordenament vigent al procés de transposició. Amb el nom de **" Anteproyecto de ley sobre libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios",** el Govern espanyol farà la transposició a través d'una llei paraigües o de caràcter horitzontal, tot i que altres estats membres de la Unió com Alemanya, França, Regne Unit , Portugal o Luxemburg, han optat per evitar aquest tipus de tècnica, Espanya a l'igual que Holanda, Àustria, Bèlgica, Dinamarca, Itàlia, Xipre, Malta, Hongria, Bulgària o Romania, entre d'altres han optat per aquesta via pels següents motius: la DSMI disposa d'un conjunt de principis que han de guiar la regulació de les activitats de serveis en el moment de l'entrada en vigor i posteriorment, cal dictar regles de coordinació entre les diferents administracions i autoritats competents amb vocació de permanència i, aquí és cabdal pel que fa a les entitats locals, el propi contingut horitzontal de la norma ha aconsellat prendre aquesta opció i, per últim, aquesta disposició servirà de reserva contra disposicions que en el procés de l'avaluació no s'hagin detectat.

La Llei “Horitzontal” es presentada pel Govern de l’Estat com l’eina adequada per assolir els objectius previstos, suprimir les barreres que restringeixen l’accés i l’exercici d’activitat de serveis, consolidar un marc regulatori transparent i favorable a l’activitat econòmica i impulsar la modernització de les administracions públiques.

El Govern de l’Estat ha formulat l’estratègia de transposició de la DSMI com la gran oportunitat per dinamitzar el sector de serveis espanyol sobre la base de que un marc normatiu adequat redundarà en el nivell de competitivitat de les nostres empreses. Alguns sectors s’han apressat a denunciar la falta de protecció en que aquesta llei deixarà sectors nacionals respecte als d’altres països comunitaris la resposta de l’Administració de l’Estat ha estat que l’experiència ens diu que totes les liberalitzacions portades a terme en el decurs dels darrers trenta anys a Espanya ha millorat la competitivitat de la nostra economia, no l’ha fet més feble, sinó al contrari, l’ha enfortit. També argumenta que una millor transposició permetrà que determinades empreses d’altres estats membres s’instal·lin a Espanya amb una atracció conseqüent d’inversió directa.

Deixa molt clara l’esmentada disposició que en cap cas afecta al dret laboral que s’exclou de forma específica com també l’hipotètic cas de “dumping social “ que ja es va debatre a Europa .

L’avantprojecte de llei deixa clar que cada Administració serà responsable del compliment de la DSMI en el seus àmbits de competències i per aquest motiu aquesta llei, penso que és rellevant per les entitats locals i, en aquest sentit, cada administració és responsable de garantir una complerta i rigorosa aplicació. Dit això, no cal oblidar que l’Estat Espanyol haurà de passar comptes davant de la Comissió i davant de la resta d’estats membres i que la Comissió Europea podrà obrir procediments d’infracció en el cas d’incompliment de les disposicions previstes a la DSMI.

A tall de síntesi, la llei posa èmfasi en els cinc principis bàsics que contempla la directiva:

La llibertat d’establiment .- Inclou el principi general d’acord amb el que l’accés a una activitat de serveis i llur exercici no estan subjectes a un règim d’autorització. Només podran mantenir-se aquest règims quan no siguin discriminatoris, siguin necessaris i proporcionats. Les autoritzacions tindran validesa indefinida i efecte a tot el territori

espanyol. Incorpora elements de transparència, simplicitat i garanteix que queden cobertes les activitats de serveis que es regulin en el futur.

La lliure prestació de serveis.- Només podrà supeditar-se l'accés de prestadors establerts en altres estats membres a una activitat de serveis o el seu exercici temporal en el territori espanyol a compliment de requisits que no siguin discriminatoris per raó de nacionalitat, estiguin justificats per raons d'ordre públic, de seguretat, de salut o de protecció del medi ambient y siguin proporcionats. A més a més de garantir la lliure prestació, també es preveu garantir el lliure accés dels receptors als serveis sigui quin sigui l'estat del prestador.

Simplificació administrativa.- A més de garantir el dret dels prestadors de poder realitzar a través de la finestreta única electrònica tots els procediments i tràmits necessaris per l'accés i exercici d'una activitat de serveis, obliga a les Administracions públiques a eliminar els procediments i tràmits que no siguin necessaris i substituir-los per alternatives que siguin menys oneroses pels prestadors, i acceptar els documents d'altres estats membres dels que s'entengui que un requisit exigit ja està complert.

Qualitat dels serveis.- Existeix a la llei un requeriment inequívoc de millorar els serveis que es fomentarà com a mesura de millora de la competitivitat de l'economia espanyola.

Cooperació administrativa.- La llei preveu l'obligació de que les diferents administracions actuants a la Unió Europea cooperin i en destaca la consulta d'altres estat membres dels registres en els que estan inscrits els prestadors de serveis.

A més a més de l' esmentada llei, el Govern espanyol té previst presentar en el decurs de l'any una llei "ÒMNIBUS" que pretén recollir totes les modificacions de la normativa sectorial estatal amb rang de llei i les posteriors modificacions reglamentàries.

Pel que fa a la resta de normativa caldrà que cada Comunitat Autònoma modifiqui amb la tècnica que cregui més oportú les lleis i els decrets que estiguin afectats, i les Entitats locals hauran d'adaptar llurs Ordenances a la llei sobre el lliure accés i exercici de les activitats de serveis.

A Catalunya està previst que el Govern de la Generalitat presenti al parlament una única llei de caràcter tranversal que modifiqui el conjunt de legislació afectada, tanmateix hi ha altres vies que s'han avaluat i que

es podrien aplicar com la que contempla l'article 63 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya que preveu la delegació legislativa. Posteriorment el Consell de Govern haurà d'aprovar una decret que modifiqui totes les disposicions que s'hagin detectat contravenen la DSMI.

Pel que fa a les Entitats Locals hem d'entendre que un cop sigui vigent la llei estatal cada entitat haurà d'avaluar les seves ordenances vigents a la llum de la nova disposició i veure la seva vigència o necessitat de modificació que es podrà fer en el Ple d'ordenances que es realitzen habitualment el mes de novembre.

Per últim voldria constatar que els informes d'avaluació de la legislació catalana pel que fa a normativa en matèria de règim local s'han identificat com a potencialment afectades per la Directiva les següents disposicions.

1.- Decret 179/1995 Regla D'Obres , Activitats i Serveis. Es troben nou casos , limitació d'autoritzacions reglamentades, règim jurídic general de llicències, posada en funcionament d'instal·lacions i activitat, llicència de modificacions d'us i instal·lacions elèctriques i de gas.

2.- Decret 336/1988 Reglament de patrimoni de les Entitats Locals. S'han identificat dos casos, autoritzacions i concessions demanials i aprofitament de bens comunals.

3.- Decret 2 /2003 Text Refós de La Llei Municipal de Règim Local. Es detecten dues situacions , la intervenció d'activitats dels ciutadans i el procediment d'autorització reglamentada.

En aquest moment es troben amb la resta de casos identificats en procés d'avaluació a fi i efecte de proposar si s'escau la modificació que adapti aquestes situacions a la Directiva de Serveis de Mercat Interior.

ANNEXOS

ÍNDEX

1. Presentació DSMI

2. Calendari de la transposició

3. Número de casos identificats

4. Avantprojecte de llei

5. Informe general sobre el procediment d'identificació i avaluació

6. Orientacions sobre l'avaluació de la normativa potencialment afectada

DIRECTIVA DE SERVEIS EN EL MERCAT INTERIOR

CF – 26/06/08

1

DIRECTIVA DE SERVEIS EN EL MERCAT INTERIOR

- **Introducció**
- **Què és la directiva?**
- **En quins supòsits s'aplica?**
- **Mesures que preveu**
- **Calendari**

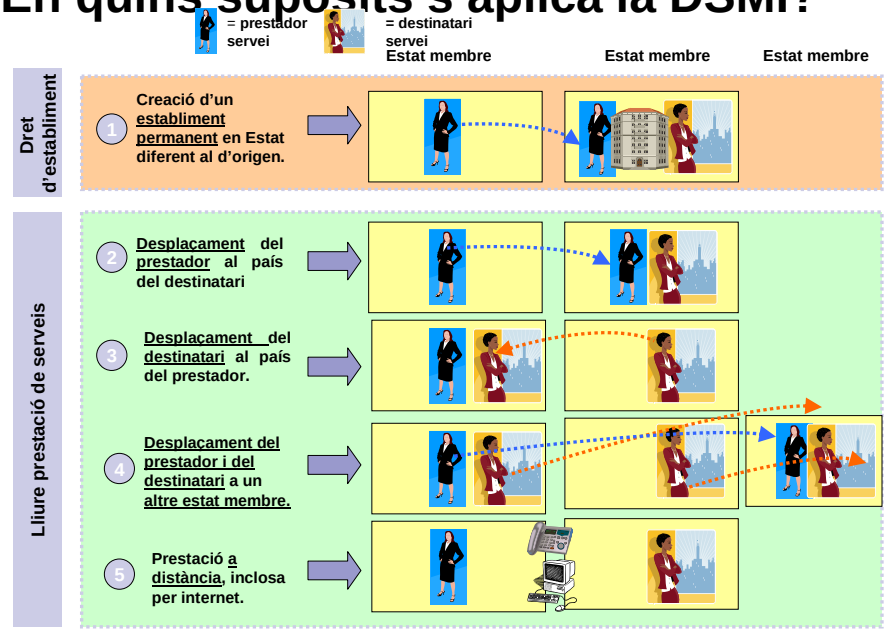
INTRODUCCIÓ

- **Objectiu de la DSMI: la consecució d'un mercat únic de serveis**
- **La DSMI presenta diferències rellevants en relació a la resta de directives**
- **Totes les administracions hi estan implicades**

QUÈ ÉS LA DIRECTIVA

- La Directiva de serveis en el mercat interior és el resultat d'un llarg procés
- Té caràcter transversal, i afecta una àmplia gamma de serveis. Excepcions
- Es tracta d'un procés a nivell comunitari, que pot beneficiar l'economia catalana
- La Directiva s'aplica tant al dret d'establiment com a la lliure prestació de serveis sense establiment

En quins supòsits s'aplica la DSMI?



QUINES MESURES PREVEU (1)

L'ELIMINACIÓ DE BARRERES

- ✓ **Els obstacles poden ser trobar-se en tot tipus de regulació**
- ✓ **El règim d'autoritzacions és un dels principals obstacles existents**
- ✓ **Alternatives. S'han de buscar fórmules menys limitadores que les autoritzacions**

QUINES MESURES PREVEU (2)

LA SIMPLIFICACIÓ ADMINISTRATIVA

- ✓ **Claredat i transparència**
- ✓ **Menors càrregues. Algunes xifres**
- ✓ **Objectivitat i imparcialitat**
- ✓ **Silenci positiu**
- ✓ **Finestreta única electrònica**

QUINES MESURES PREVEU (3)

LA QUALITAT DELS SERVEIS

- ✓ **Obligació d'informació a les persones destinatàries**
- ✓ **Assegurança professional**
- ✓ **Mesures voluntàries**

QUINES MESURES PREVEU (4)

LA COOPERACIÓ ENTRE AUTORITATS ADMINISTRATIVES

- ✓ **Creació d'una xarxa d'autoritats. Test de tots els Estats Membres**
- ✓ **Intercanvi d'informació sobre els prestadors**
- ✓ **Possibilitat de sol·licitar certes actuacions (per exemple, inspeccions) a autoritats d'un altre estat membre**

CALENDARI DE TRANSPOSICIÓ DE LA DSMI (1)

1. Prohibició de nova regulació contrària a la Directiva
2. Les normes ja existents identificades com a potencialment afectades ja no es poden aplicar de forma contrària a la Directiva

1. Els estats membres han d'haver presentat a la Comissió els informes que exigeix la Directiva per valorar la seva aplicació
2. Els estats membres han d'haver eliminat o modificat, en totes les normes afectades, tots els obstacles prohibits o no compatibles amb la Directiva
3. Les mesures de coordinació entre autoritats, d'informació i de simplificació han de ser vigents i efectives. I la finestreta única operativa

CALENDARI DE TRANSPOSICIÓ DE LA DSMI (2)

- La transposiciò per part de les administracions locals.
  - Mètode diferenciat
  - Objectiu > 100%
- La "finestreta única"
  - Objectius realistes

CALENDARIO TENTATIVO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

	2007				2008				2009			
	TRIMESTRES				TRIMESTRES				TRIMESTRES			
	1º	2º	3º	4º	1º	2º	3º	4º	1º	2º	3º	4º
Ley paraguas		Creación Grupo de Trabajo para la elaboración del borrador		Finalizado primer borrador	Enero: Consultas a organismos y asociaciones empresariales Marzo: borrador anteproyecto de ley		Aprobación anteproyecto de ley					Aprobación de la Ley
Evaluación	**Inicio fase identificación**		Septiembre: Designación interlocutor único de cada Ministerio, Comunidad y Ciudad con Estatuto de Autónomía	Noviembre: - Elevación a CDGAE de lista preliminar de normativa afectada y de propuesta de coordinación sectorial - presentación modelo de informe y cuestionario - primera conferencia general sobre evaluación. Diciembre: -**inicio fase evaluación** -Designación interlocutor único por cada sector de CCAA	Enero Inicio reuniones sectoriales coordinadas por distintos ministerios Marzo: segunda conferencia general sobre evaluación	Junio: tercera conferencia general sobre evaluación		Octubre: presentación a CDGAE informe preliminar de evaluación de normas con rango de Ley	Enero - Aprobación por CDGAE del informe preliminar de evaluación de normas con rango de Ley - Presentación a CDGAE del Informe preliminar de evaluación de normas sin rango de Ley	mayo Aprobación por CDGAE de informe preliminar de evaluación de normas sin rango de Ley		Diciembre: envío Informe de evaluación a la Comisión Europea

CALENDARIO TENTATIVO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

	2007				2008				2009			
	TRIMESTRES				TRIMESTRES				TRIMESTRES			
	1º	2º	3º	4º	1º	2º	3º	4º	1º	2º	3º	4º
Ventanilla única		Inicio de identificación de procedimientos que potencialmente deberán poder realizarse a través de la ventanilla única	Septiembre: Inicio unificación redes 060 Empresas y PAIT	Noviembre Presentación informe a Grupo de Trabajo sobre avances Último trimestre: Inicio reuniones técnicas con CCAA y FEMP	Enero: Inicio de creación de un sistema de información	Junio: Creación de un portal de ventanilla única virtual (hasta enero 09)			Febrero: Inicio informatización de los trámites de las tres Administraciones afectados por DS			Fin de la informatización de todos los trámites
Cooperación entre EEMM				octubre: Aprobación por CDGAE ministerio(s) responsable(s) y programa de trabajo								
Formación/Difusión			***Septiembre:*** Inicio de Información sobre transposición DS en portal MEH	***Octubre*** Jornada técnica con todos ministerios ***Noviembre*** Inicio jornadas técnicas en CCAA								

NÚMERO DE CASOS IDENTIFICADOS POR ÁREA Y ADMINISTRACIÓN

	ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	ASUNTOS SOCIALES	COMERCIO	CONSUMO	CULTURA	DEFENSA	DEPORTE	ECONOMÍA Y HACIENDA	EDUCACIÓN	ENERGÍA	INDUSTRIA	INTERIOR	JUSTICIA	MEDIO AMBIENTE	SALUD	SERVICIOS DE AGRICULTURA	SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES	SUELO Y URBANISMO	TRANSPORTES	TURISMO	VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN		EMPLEO
AGE	29		11	4	12	3	14	64	56	120	11	52	7	52	20	67	2	5	37	20	36	**642**	20
ANDALUCÍA		27	45	10	10		3	26	11	9	32	34	2	182	60	121			26	20	10	**638**	10
ARAGÓN	7	16	29	4	21		13	1	7	5	4			52	43	50		6	9	15	4	**293**	7
ASTURIAS		10	37	2	6		2		1	9	1	3		181	22	73	5		3	9	6	**373**	3
BALEARES	3	22	32	1			8	1			25	18		25	25	64			5	82	3	**323**	9
CANARIAS	3	14	17	4				3	9	17	14	2		50	17	38			1	71		**265**	5
CANTABRIA		11	20	1	1		1	16	5	7	10	2		4	11	31				21	1	**148**	6
CASTILLA LA MANCHA		21	32	1	6		9	4	17	40	41		1	216	18	18	2			8	7	**444**	3
CASTILLA Y LEON		13	25	5			1	2	1	2	8	4		163	7	30		2	16	8	8	**298**	3
CATALUÑA	14	11	47	15	11		2	3	4	7	25	4	3	90	108	106		11	9	17	4	**499**	8
CEUTA																						**0**	
EXTREMADURA		9	22	1				5				5		17		53		67		7	56	**248**	6
GALICIA	2	32	30	4	18		26	13	111			7		92	49	68		2	17		45	**524**	8
LA RIOJA	8	17	34	2			2	3		4	2	5		96	3	19	1			15	5	**222**	6
MADRID	10	10	86	9	14		20	25	9	3	11			106	18	48		2	23	15	27	**456**	20
MELILLA			10		2					3	15	6		13	2	3				11	17	**82**	
MURCIA	2	2	32	2	26			7		4	5	1		108	11	56	1			10		**273**	6
NAVARRA	7		23	4				2	7	8	13	9		50	25	14		2		10	1	**175**	
PAIS VASCO		15	21	6	17			2	4			7		39	10	43		12	13	25	32	**249**	3
VALENCIA		14	44	3			2	1	7	7	26	8	2	37	10	67	4	4	4	12	7	**262**	3
ADMINISTRACIÓN LOCAL	6	11	47		6		7	205	3	2		26		33	12	1	10	101	20		20	**510**	
	91	**255**	**644**	**78**	**150**	**3**	**110**	**383**	**252**	**247**	**243**	**193**	**15**	**1606**	**471**	**970**	**25**	**214**	**183**	**376**	**289**	**6924**	**126**

Punts clau de la Directiva de Serveis

Direcció General de Defensa de la Competència (DGDC)
i
Cristina Pellisé, Catedràtica d'Escola Universitària
de Dret Internacional Privat de la Universitat de Barcelona

Amb la participació i col·laboració de persones del DEF i
de la Secretaria per a la Unió Europea

28 de juny de 2007

Índex

1 Motivació i objectius del document

2 La Directiva de serveis

3 Premisses a tenir present en interpretar la Directiva

4 Obligacions per als Estats membres

5 Exclusions i excepcions de la Directiva de serveis

6 Calendari de transposició de la Directiva de serveis

Motivació i objectius del document

L'objectiu d'aquest document és fer més entenedora la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior (a partir d'ara, Directiva de serveis) i facilitar-ne la lectura. Amb aquesta finalitat, en el document es donen unes pautes perquè es pugui conèixer la norma, saber quin és el seu origen, què es pretén amb ella, quin és el context jurídic en què s'emmarca i quines són les fases en què es preveu el seu desplegament.

• Aquest document és complementari de la *Nota sobre la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell de 12 de desembre de 2006*, relativa als serveis en el mercat interior, de data 15 de maig de 2007, elaborada per la Secretaria per a la Unió Europea

• El document pretén clarificar la Directiva però, en cap cas, fer-ne una valoració. El document simplement intenta facilitar la lectura d'un text, de caràcter eminentment jurídic, sobretot, tenint en compte que la regulació de la lliure prestació de serveis està al servei de la competitivitat de l'economia. S'ha considerat que incrementar les possibilitats de fer-ne una lectura compartida podia ser un instrument d'utilitat per a una interpretació i implementació harmòniques, coherents i adequades per part de tots els departaments de la Generalitat.

• El document consta de cinc parts. En la primera, s' explica breument el contingut bàsic i la gènesi de la directiva. En la segona, es mencionen algunes premisses que cal tenir en compte en la seva interpretació. A continuació, es fan explícites les obligacions que se'n deriven per als estats membres i les actuacions concretes que aquests han de dur a terme per acomplir el seu mandat. En el quart apartat es detallen les exclusions i excepcions de la Directiva de serveis, és a dir, els sectors que queden al marge, tot explicant els motius. En un cinquè i últim apartat s'inclou el calendari de transposició amb les dates límit per a les diferents obligacions que assenyala.

Agenda

1 Motivació i objectius del document

2 La Directiva de serveis

3 Premisses a tenir present en interpretar la Directiva

4 Obligacions per als Estats membres

5 Exclusions i excepcions de la Directiva de serveis

6 Calendari de transposició de la Directiva de serveis

La Directiva de serveis (1/3)

La Directiva de serveis pretén afavorir l'exercici efectiu del dret d'establiment i de la lliure prestació de serveis entre els estats membres i té unes implicacions de gran transcendència a curt, mig i llarg termini per a l'economia de Catalunya.

• La Directiva de serveis:

• Recorda els obstacles prohibits a fi i efecte que els estats els facin desaparèixer mitjançant les modificacions normatives oportunes.

• Fixa determinats aspectes de la figura de l'autorització per minimitzar-ne els seus efectes obstaculitzadors.

• Obliga els estats a demostrar que concorren determinades condicions per mantenir certs obstacles no discriminatoris.

• Limita la possibilitat d'emparar-se en l'excepció d'interès general i

• Estableix nous mecanismes d'informació i tramitació per als prestadors i destinataris dels serveis i preveu la creació d'una xarxa de cooperació administrativa interestatal i comunitària.

• Cal tenir present que les actuacions que es portaran a terme a resultes de la Directiva poden beneficiar, no només els prestadors comunitaris, sinó també els prestadors catalans en les seves actuacions a Catalunya i fora de Catalunya. Per tant, la **Directiva ens dona l'oportunitat de treballar en la línia de la reducció de les càrregues administratives**, que no aporten valor i que condicionen l'activitat empresarial, i **obtenir una major eficiència econòmica general**.

La Directiva de Serveis (2/3)

La Directiva de serveis és el resultat d'un procés que es remunta al Consell Europeu celebrat a Lisboa el 24 de març de 2000, on es van proposar una sèrie de reformes econòmiques per convertir la Unió Europea, d'ençà al 2010, en l'economia del coneixement més competitiva i dinàmica del món. Per aconseguir-ho, els caps d'estat i de govern van invitar la Comissió i els estats membres a endegar una estratègia que aspirés a suprimir els obstacles per a la lliure circulació de serveis.

Procés d'elaboració de la Directiva

- El punt de partida de la directiva actual és l'anomenada "directiva Bolkenstein", de 13 de gener de 2004, un ambiciós projecte presentat pel comissari Frits Bolkestein amb la finalitat d'eliminar la segmentació existent en el mercat de serveis, segmentació deguda a una sèrie d'obstacles de caràcter proteccionista que impedeixen la creació d'un vertader mercat interior de serveis.

- La proposta de Bolkestein era simple: establir un marc general que s'apliqués, llevat comptades excepcions, a tots els serveis, en ares a liberalitzar progressivament el mercat i permetre l'entrada d'operadors d'altres països comunitaris.

- Ara bé, la gran contestació social que va rebre a tota Europa, de la qual en són reflex fidel els debats en el Parlament Europeu va retallar el projecte original, i va donar com a fruit un text de consens entre les institucions.

- Tal i com ha posat de relleu la Secretaria per a la Unió Europea, les esmenes introduïdes pel Parlament Europeu van en tres direccions: (i) la Directiva no modifica les condicions laborals ni els règims de seguretat social existents en els estats membres, (ii) s'amplia considerablement el nombre d'excepcions a l'àmbit d'aplicació de la norma i (iii) a diferència del projecte original, s'abandona el "principi de país d'origen" [1] en la lliure prestació de serveis.

(1) Segons aquest principi, el prestador pot operar a tota la comunitat sempre que compleixi els requisits que li exigeix el seu país d'origen.

La Directiva de Serveis (3/3)

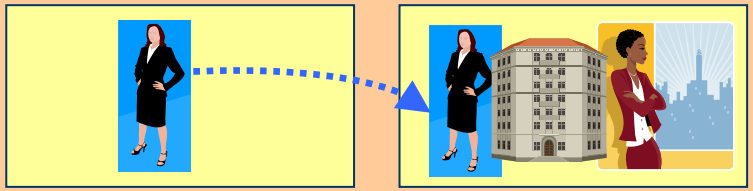
= prestador servei

= destinatari servei

Estat membre | Estat membre | Estat membre

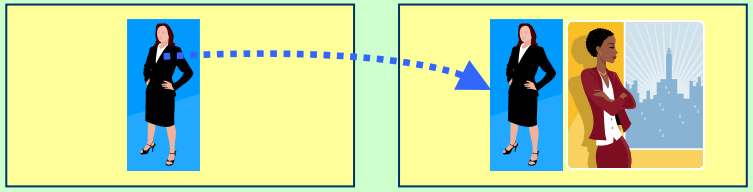
Dret d'establiment

1. Creació d'un **establiment permanent** en Estat diferent al d'origen.

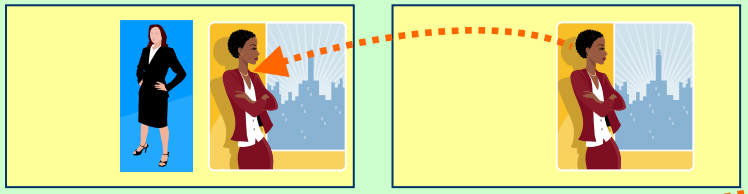


Lliure prestació de serveis

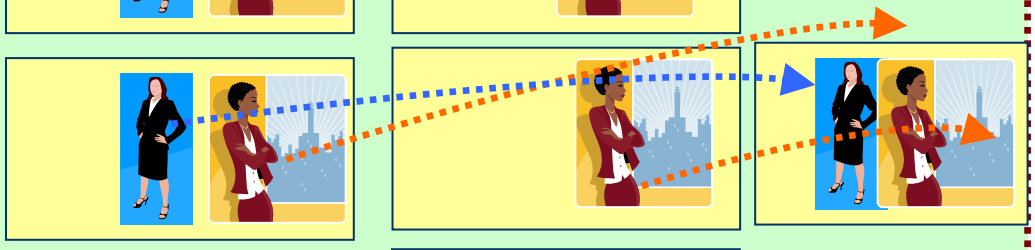
2. **Desplaçament** del **prestador** al país del destinatari



3. **Desplaçament** del **destinatari** al país del prestador.



4. **Desplaçament del prestador i del destinatari** a un **altre estat membre.**



5. Prestació **a distància**, inclosa per internet.

Agenda

1. Motivació i objectius del document
2. La Directiva de serveis
3. Premisses a tenir present en interpretar la Directiva
4. Obligacions per als Estats membres
5. Exclusions i excepcions de la Directiva de serveis
6. Calendari de transposició de la Directiva de serveis

Premisses a tenir present en interpretar la Directiva (1/5)

En la interpretació de la Directiva de serveis cal tenir en compte una sèrie de premisses:

1 **La Directiva de serveis es basa en les llibertats de circulació establertes en el Tractat de Roma**

- **La Directiva de serveis s'afegeix a les obligacions que ja estableix el Tractat de Roma**[2] pel que fa a la prohibició dels obstacles per raó de la nacionalitat o de la residència, tant en les situacions de dret d'establiment com en les de lliure prestació de serveis.

- **Els prestadors i destinataris dels serveis poden exigir davant dels tribunals la no aplicació d'aquests obstacles.**

2 **Les sentències del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees són de compliment obligat**

- El **Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees** ha dictat nombroses sentències en les que concreta l'abast de la prohibició dels obstacles a la prestació de serveis que estableix el Tractat de Roma.

- També ha admès la possibilitat d'excepcions per motius concrets, sempre que concorrin determinades condicions de necessitat i proporcionalitat. Aquestes **sentències són de compliment obligat per a tots els estats** de la Unió Europea**.**

- Com que la **Directiva de serveis parteix de les disposicions del Tractat de Roma relatives a la prohibició dels obstacles a la lliure prestació de serveis**, la interpretació de tots els conceptes que fa servir la Directiva de serveis s'ha de fer respectant les sentències passades i futures del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees en aquesta matèria.

(2) En endavant, amb aquesta expressió, ens referim al seus articles 43 a 55.

Premisses a tenir present en interpretar la Directiva (2/5)

3

Ja fa anys que és obligatori eliminar els obstacles i no es poden crear de nous

• Els obstacles que prohibeix la Directiva de serveis **ja fa anys que és obligatori suprimir-los** en aplicació del Tractat de Roma**.**

• Per això, **ni els legisladors ni les administracions poden crear-ne de nous, amb independència de què encara que no hagi vençut el termini de transposició de la Directiva de serveis.** La Comissió europea pot, en qualsevol moment, iniciar un procediment d'incompliment contra l'estat que apliqui els obstacles, i els particulars podrien exigir a aquest estat el rescabalament dels danys causats.

4

Els obstacles poden estar presents a normes, pràctiques administratives o regulacions col·lectives

• La prohibició dels obstacles establerta en la Directiva de serveis es refereix als **obstacles continguts en normes** nacionals, regionals o locals, o a obstacles que es derivin d'actuacions administratives, incloses les declaracions.

• Aquesta prohibició també cobreix els obstacles establerts en normes d'una altra naturalesa que regulen de forma col·lectiva la prestació de serveis, com ara, les normes dels **col·legis professionals o les normes col·lectives de les associacions, d'organismes professionals o de federacions esportives**, adoptades en l'exercici de la seva autonomia jurídica.

• Així mateix, estan coberts els obstacles previstos en els plecs de **licitacions públiques** que no arriben als límits de les directives sobre contractació pública, i els que es derivin de **convenis de col·laboració entre administracions públiques**. No es consideren obstacles els continguts en les normes derivades de convenis col·lectius negociats pels interlocutors socials.

Premisses a tenir present en interpretar la Directiva (3/5)

5

La Directiva de serveis només s'aplica a les "prestacions comunitàries de serveis"

- La Directiva de serveis només imposa obligacions pel que fa a les "**prestacions comunitàries de serveis**" (no a les prestacions estrictament nacionals, a les que es prestin fora del territori comunitari, o a les que es facin entre prestadors i/o destinataris d'estats tercers, amb algunes excepcions).

- La Directiva de serveis s'adreça als obstacles que s'imposen als prestadors comunitaris que volen operar en el nostre territori i als que dificulten als nostres prestadors operar fora del nostre territori.

- Ara bé, els estats poden ampliar els supòsits d'aplicació d'alguns dels beneficis de la Directiva de serveis a favor d'algunes prestacions no comunitàries, però amb limitacions.

6

La Directiva de serveis s'aplica a totes les formes de prestacions transfrontereres de serveis

- La Directiva de serveis s'aplica a les **prestacions transfrontereres de serveis** que poden ser: la creació d'un establiment permanent en un estat diferent al d'origen, el desplaçament del prestador al país del destinatari, el desplaçament del destinatari al país del prestador, el desplaçament del prestador i del destinatari a un tercer país, o la prestació a distància, inclosa per internet (vegeu esquema de la pàgina 7).

- En el cas de la creació d'un establiment permanent (dret d'establiment), l'obligació de respectar la normativa del territori d'acollida és clarament més intensa que en els supòsits de prestació transfronterera de serveis sense establiment permanent (lliure prestació de serveis). En aquest segon grup de supòsits, el prestador només queda parcialment sotmès a la normativa del territori d'acollida.

Premisses a tenir present en interpretar la Directiva (4/5)

7

La directiva de serveis només afecta a l'accés i a l'exercici de l'activitat de servei

- La Directiva de serveis **no s'aplica a totes les qüestions que suscita la prestació dels serveis**.

- La Directiva de serveis només regula l'accés i l'exercici de l'activitat. Per tant, no s'aplica a requisits relatius als permisos de conducció i les normes de trànsit, a l'ordenació del territori, l'urbanisme i l'ordenació rural, ni a les normes de construcció.

8

La directiva de serveis no afecta ni a les competències autonòmiques ni al règim lingüístic

- La Directiva de serveis especifica expressament que no interfereix en les mesures relatives a la protecció i promoció de la **diversitat cultural i lingüística**, sempre que siguin conformes al Dret comunitari.

- També especifica que **no qüestiona ni altera el repartiment de competències** locals o regionals.

9

La Directiva de serveis només s'aplica a les prestacions de serveis que es realitzen a canvi d'una contrapartida econòmica

- La Directiva de serveis té **caràcter horitzontal** i s'aplica a tots els serveis, destinats a empreses o consumidors, que estan sotmesos a les obligacions de lliure circulació; és a dir, a **tots els serveis que es realitzen a canvi d'una contrapartida econòmica**, amb exclusió de les activitats que suposen l'exercici de l'autoritat pública.

- És indiferent el fet que el prestador sigui una empresa de titularitat pública o privada. El que importa és que el prestador sigui un professional que acorda la contrapartida amb el destinatari (que pot ser diferent del beneficiari del servei).

Premisses a tenir present en interpretar la Directiva (5/5)

10

La Directiva de serveis no s'aplica a tots els serveis, hi ha exclusions i excepcions

- **La Directiva de serveis s'aplica a un ventall més reduït de serveis que el Tractat de Roma**, com a resultat de les exclusions i excepcions que s'hi han establert. Als sectors de serveis, supòsits específics o aspectes concrets de la prestació de serveis que han estat exclosos de la Directiva de serveis, s'aplicaran, si escau, normes comunitàries específiques i, en tot cas, les prohibicions establertes en el Tractat de Roma.

11

La Directiva de serveis s'aplica només a algunes prestacions de serveis d'interès econòmic general

- En el Dret comunitari, els **serveis d'interès econòmic general són "serveis econòmics"** i, per això, han de **respectar l'obligació de lliure circulació** i les normes de defensa de la competència.

- Ans al contrari, els **serveis d'interès general que no siguin econòmics, no estan sotmesos** a la prohibició dels obstacles a la lliure prestació de serveis.

- Cada estat membre determina quins són els seus serveis d'interès general. En canvi, **correspon al Dret comunitari decidir si són o no serveis d'interès econòmic general**.

- El criteri principal que s'aplica és que són considerats **serveis d'interès econòmic general els realitzats a canvi d'una contraprestació econòmica percebuda des de l'òptica del prestador** (és indiferent que el destinatari no sigui el que pagui). Per determinar el caràcter de servei d'interès econòmic general es considera la importància relativa del finançament públic.

- Com s'explica més endavant, la Directiva de serveis conté unes exclusions i excepcions específiques pel que fa als serveis d'interès general i als serveis d'interès econòmic general, però que **no suposen una exclusió total dels sectors afectats**.

Agenda

1 Motivació i objectius del document

2 La Directiva de serveis

3 Premisses a tenir present en interpretar la Directiva

4 Obligacions per als Estats membres

- Eliminació o adaptació de barreres
- Creació de nous instruments per facilitar la prestació de serveis

5 Exclusions i excepcions de la Directiva de serveis

6 Calendari de transposició de la Directiva de serveis

Quines mesures contempla la Directiva de Serveis ?

Tipus de mesures incloses en la Directiva

Per superar les deficiències del mercat únic de serveis, la Directiva obliga a dos tipus de mesures

(I) L 'eliminació o l'adaptació de barreres

(II) La creació d'una sèrie d'instruments relacionats amb la simplificació administrativa, la qualitat dels serveis i la cooperació entre autoritats administratives.

Obstacles discriminatoris i no discriminatoris

La Directiva de serveis estableix un tracte diferenciat per als diferents obstacles que puguin derivar-se de les normes o regulacions en funció del seu caràcter discriminatori o no i de la seva possible justificació.

Obstacles discriminatoris

- Els **obstacles discriminatoris** són els que estableixen directa o indirectament un tracte diferent entre prestadors nacionals i comunitaris.

- Estan totalment prohibits. Molt excepcionalment, s'admet que es puguin mantenir en base a raons d'ordre públic, seguretat pública i salut pública (llista taxativa i d'interpretació molt restrictiva). Aquests requisits no poden ser justificats per motius de naturalesa econòmica.

Obstacles no discriminatoris

- Els **obstacles no discriminatoris** són els que s'apliquen indistintament a prestadors nacionals i comunitaris però dificulten o fan menys atractiu l'accés o l'exercici de l'activitat per als prestadors comunitaris.

- Només poden ser admesos per determinades raons d'interès general si són apropiats, proporcionats, necessaris i no hi ha cap altre mecanisme menys restrictiu.

- La Directiva de serveis estableix una **obligació taxativa d'eliminar els requisits discriminatoris i no discriminatoris que clarament constitueixen obstacles**, però estableix un mecanisme d'avaluació per a altres requisits que poden ser considerats compatibles.

- Disposa que durant el **període de transposició**, que finalitza el 28 de desembre de 2009, els Estats han **d'avaluar aquests darrers requisits**, entre ells les autoritzacions, i valorar si reuneixen les condicions que imposa la Directiva per ser considerats compatibles. **Si** amb aquesta anàlisi **no es pot afirmar la compatibilitat, el requisit** haurà de ser **eliminat o modificat** abans del final del termini de transposició.

Dret d'establiment

+ **Grau de prohibició** -

	Obstacles a ELIMINAR immediatament	Obstacles a AVALUAR i, si procedeix, modificar o eliminar abans 28-12-2009
Requisits discriminatoris	• Qualsevol requisit que contingui o suposi un **tracte diferenciat** per **raó de la nacionalitat** del **prestador o** del seu **personal**. • Qualsevol requisit que contingui o suposi un **tracte diferenciat** per **raó de la nacionalitat** de les **persones** que posseeixen el **capital social** de les societats o dels membres dels seus òrgans. • Qualsevol requisit que contingui o suposi un **tracte diferenciat** per **raó del lloc** on es troba la **seu social** de la societat. • Qualsevol requisit que directa o indirectament **obligui a residir en el territori de prestació per al prestador**, el seu personal, les persones que posseeixen el capital social de les societats o dels membres dels seus òrgans.	• Límits quantitatius o territorials. • Obligació d'adoptar una determinada forma jurídica. • Requisits relatius a la possessió del capital social. • Requisits relatius a les qualificacions professionals no coberts per normes comunitàries. • Prohibició de disposar de més d'un establiment en el territori nacional. • Requisits relatius a tenir un nombre mínim de treballadors. • Tarifes obligatòries i/o mínimes. • Obligacions de prestar serveis vinculats.
Requisits no discriminatoris	• Prohibicions d'estar establert a més d'un estat membre o inscrit en registres, col·legis o associacions de més d'un estat. • **Limitacions** a la llibertat d'escollir el **lloc o la forma** de **l'establiment.** • Condicions de **reciprocitat entre estats membres**, excepte en matèria d'energia. • Aplicació, cas per cas, d'una **prova econòmica**. Aquesta prohibició no afectarà els requisits de planificació de naturalesa no econòmica, que defensen raons imperioses d'interès general. • Intervenció directa de competidors en la concessió d'autoritzacions o en l'adopció d'altres decisions de l'autoritat competent. • Obligació de constituir un aval financer, de participar en ell o de subscriure una assegurança amb un prestador o organisme establert en el **territori nacional**. • Obligació d'estar **inscrit en un registre** o d'haver **exercit prèviament**.	• Requisits que obliguin a exercir exclusivament una activitat específica o que limitin l'exercici conjunt o en associació de diferents activitats. La Directiva admet aquest tipus de requisits per a les professions regulades i els serveis de certificació, però obliga a justificar-ne l'existència en tots els altres sectors. • Les **autoritzacions** són obstacles a avaluar i adaptar. Veure detall a les pàgines següents.
	• Prohibició total de realitzar comunicacions comercials en el cas de professions regulades.	

Autoritzacions (1/3)

• **Les autoritzacions són obstacles no discriminatoris al dret d'establiment. Les autoritzacions estan admeses però amb condicions. L'avaluació i les modificacions necessàries, si procedeix, s'han de realitzar abans del 28-12-2009.**

• El **concepte d'autorització** que utilitza la Directiva és molt ampli: qualsevol procediment en virtut del qual el prestador o el destinatari estan obligats a fer un tràmit davant de l'autoritat competent per obtenir un document oficial o una decisió implícita sobre l'accés a una activitat de serveis o al seu exercici. Exemples: autoritzacions, llicències, homologacions o concessions, visats col·legials, inscripcions en col·legis o registres, obtenció d'un carnet professional.

Avaluació de les autoritzacions existents	S'han d'avaluar les autoritzacions existents. Només es poden mantenir aquelles que siguin no discriminatòries, responguin a una raó imperiosa d'interès general i siguin proporcionals.
Adaptació del règim jurídic de les autoritzacions	El règim jurídic de les autoritzacions que es poden mantenir ha de respectar una sèrie de criteris relatius a: • Condicions relatives a la discrecionalitat. • Obligació de reconeixement mutu. • Obligació de l'autorització única per al territori d'un estat. • Obligació de motivació i recurs. • Durada de l'autorització. • Selecció de candidats en cas de nombre limitat d'autoritzacions. • Procediment d'autorització. • Silenci administratiu. • Obligacions de notificació.

Autoritzacions (2/3)

Condicions relatives a la discrecionalitat	S'estableixen les característiques que han de tenir els criteris per decidir l'atorgament de l'autorització.
Obligació de reconeixement mutu	Prohibició d'aplicar requisits i controls equivalents o comparables als que ja hagi superat el prestador en un altre estat. La comprovació de l'equivalència es fa en el marc de la cooperació entre autoritats.
Obligació de l'autorització única per al territori d'un estat	L'obligació de reconèixer l'eficàcia de l'autorització per exercir a tot el territori nacional i prohibició d'exigir una nova autorització si el prestador ja n'és titular d'una concedida per una altre autoritat de l'estat, llevat que, per una raó imperiosa d'interès general, es pugui justificar la necessitat d'una autorització per a cada establiment obert o per a cada territori regional /local.
Obligació de motivació i recurs	La denegació o retirada de l'autorització haurà de ser motivada i susceptible de recurs.
Durada de l'autorització	Ha de ser de durada il·limitada. Excepcions admeses: renovació automàtica o condicionada a compliment continu dels requisits,nombre d'autoritzacions limitat per raó imperiosa d'interès general i durada limitada per raó imperiosa d'interès general.

Autoritzacions (3/3)

Selecció de candidats en cas de nombre limitat d'autoritzacions	Si el nombre d'autoritzacions és limitat a causa de recursos escassos o de les capacitats tècniques que es poden utilitzar: (i) el procediment de selecció ha de ser imparcial, transparent i públic, i (ii) la durada de l'autorització limitada i adequada, sense renovació automàtica i sense avantatges pel beneficiari que cessa. Excepcions admeses en el procediment de selecció per raons imperioses d'interès general, com ara de salut pública, objectius de política social, de salut i seguretat per als treballadors, de protecció del medi ambient, de conservació del patrimoni cultural
Procediment d'autorització	S'estableixen els grans principis del procediment: ha de ser clar, adequat, proporcional i no innecessàriament complex.
Silenci administratiu	Positiu. Es podrà establir un altre règim si existeix una raó imperiosa d'interès general.
Obligacions de notificació	S'ha de notificar a l'interessat la recepció de la sol·licitud, amb indicació del termini de resolució i altres qüestions. També s'ha de notificar si la documentació és incomplerta, i la desestimació amb els seus motius.

Lliure prestació de serveis

+ **Grau de prohibició** **-**

	Obstacles a ELIMINAR immediatament	Obstacles a AVALUAR i, si procedeix, modificar o eliminar abans 28-12-2009	Mesures individuals PERMESES
Requisits discriminatoris	• TOTS els imposats al prestador. • Requisits que afecten al destinatari: • Aplicació de requisits discriminatoris per raó de la nacionalitat o residència. • Restriccions a la utilització de serveis prestats per empreses establertes a un altre estat, com ara l'obligació d'obtenir una autorització. • Limitacions discriminatòries de les possibilitats de concessió d'ajuts.	• Requisits que obliguin a exercir exclusivament una activitat específica o que limitin l'exercici conjunt o en associació de diferents activitats. La Directiva admet aquest tipus de requisits per a les professions regulades i els serveis de certificació, però obliga a justificar-ne l'existència en tots els altres sectors.	Mesures relatives a la seguretat dels serveis referents a UN prestador establert en un altre estat membre, per motius de seguretat dels serveis i sempre que no hi hagi normes d'harmonització. La Directiva estableix condicions de fons i de procediment.
Requisits no discriminatoris imposats al prestador	• Obligació d'estar establert en el territori nacional. • Obligació d'obtenir una autorització, excepte en els casos previstos en normes comunitàries. • Limitacions a la forma o tipus d'infraestructura que vol crear el prestador. • Aplicació d'un règim contractual particular. • Possessió d'un document d'identitat específic. • Requisits sobre l'ús dels equipaments i material que formen part integrant de la prestació de serveis		
	• Prohibició total de realitzar comunicacions comercials en el cas de professions regulades.		

Agenda

1 Motivació i objectius del document

2 La Directiva de serveis

3 Premisses a tenir present en interpretar la Directiva

4 Obligacions per als Estats membres

- Eliminació o adaptació de barreres
- Creació de nous instruments per facilitar la prestació de serveis

5 Exclusions i excepcions de la Directiva de serveis

6 Calendari de transposició de la Directiva de serveis

Simplificació administrativa

Pel que fa al segon tipus de mesures (creació de nous instruments), un dels objectius que persegueix la Directiva de serveis és la simplificació dels procediments administratius i l'eliminació dels entrebancs burocràtics existents en els estats membres, que poden adoptar fórmules variades i imaginatives. La Directiva imposa les mesures que es mencionen a continuació.

"Punt d'informació únic per al mercat interior" (*)	• Un interlocutor per a donar tota la informació sobre els tràmits administratius. • Qualsevol prestador d'arreu de la Comunitat Europea ha de tenir la possibilitat de fer tots els tràmits administratius exigits en relació amb una activitat de serveis, especialment les autoritzacions, en un mateix organisme. • Al mateix temps, la Directiva no exclou que el mateix concepte es pugui aplicar als prestadors establerts a Catalunya en les seves prestacions dins el nostre territori. De fet, Catalunya ja disposa de mecanismes similars i de projectes en marxa en aquest sentit. • El nombre d'aquestes finestretes úniques i les seves característiques variaran segons l'organització política interna de cada Estat membre, en funció de la distribució de competències estatals, regionals o locals, o segons les activitats de què es tracti. • Les finestres úniques podran ser les autoritats directament competents o un intermediari entre aquestes i el prestador.
Procediments electrònics	• La Directiva imposa als estats membres una obligació de resultat: fer possible que el prestador pugui efectuar a distància procediments i tràmits administratius. • És indiferent els mitjans que s'utilitzin per aconseguir-ho, si bé es preveu que la Comissió adopti normes per facilitar la interoperatibilitat dels sistemes d'informació i la utilització dels procediments per via electrònica entre els estats membres.

(*) A la Directiva se l'anomena "finestreta única"

Qualitat dels serveis

Una de les preocupacions durant la tramitació de la Directiva va ser la protecció dels consumidors. Precisament perquè s'ha considerat que el destinatari o consumidor del servei pot ser la part més feble en la relació contractual, la norma conté unes directrius sobre la política de qualitat dels serveis.

• Les directrius sobre la política de qualitat dels serveis que conté la Directiva es resumeixen en dos aspectes fonamentals:

(i) Una rigorosa obligació d'informació sobre els prestadors de serveis i els seus serveis.

(ii) La necessitat de què, en determinades activitats, es compti amb una assegurança professional.

• Pel que fa a l'assegurança, s'ha de tenir en compte que els estats membres no poden exigir la seva subscripció en cas que el prestador ja estigui cobert per una assegurança equivalent.

• Si l'equivalència de l'assegurança és només parcial sí que poden, en canvi, demanar una garantia complementària, l'existència de la qual podran provar amb la simple exhibició d'un certificat emès per entitats de crèdit o asseguradores establertes en un altre estat membre.

Cooperació administrativa

Un dels aspectes en què insisteix la norma és la cooperació entre els estats membres per garantir la correcta prestació dels serveis, ja sigui mitjançant l'intercanvi d'informació, l'assistència recíproca i la realització d'actuacions inspectores (per a la qual cosa s'ha de crear una xarxa europea), ja sigui mitjançant el procediment d'avaluació recíproca, adreçat, amb la participació de la Comissió, a que els estats detectin les mancances dels ordenaments jurídics respectius i intercanviïn parers al respecte.

- L'esquema del procediment d'avaluació recíproca s'inicia amb la informació que presenta cada Estat respecte els aspectes exigits per la directiva (data límit: 28.12.2009).

- A continuació la Comissió l'envia a la resta de països, que disposen de 6 mesos per formular observacions.

- Posteriorment, tota la documentació es presenta al comitè que assisteix la Comissió en aquesta matèria, que pot formular observacions.

- Per últim, la Comissió presenta un informe de síntesi al Parlament europeu (data límit: 28.12.2010)

Agenda

1 Motivació i objectius del document

2 La Directiva de serveis

3 Premisses a tenir present en interpretar la Directiva

4 Obligacions per als Estats membres

5 Exclusions i excepcions de la Directiva de serveis

- Serveis exclosos de la Directiva de Serveis
- Excepcions a la prohibició de l'existència de barreres per a la lliure prestació de serveis

6 Calendari de transposició de la Directiva de serveis

Serveis exclosos de la Directiva de serveis (art.2) (1/2)

A continuació s'enumeren els serveis exclosos de la Directiva de Serveis.

Serveis exclosos de la Directiva de serveis (art. 2)

1	**Serveis no econòmics d'interès general**	Exclosos perquè no entren en el concepte de servei de l'article 50 del Tractat.
2	**Serveis financers**	Exclusió total perquè ja es troben regulats per directives específiques
3	**Serveis i xarxes de comunicacions electr.**	Només es troben excloses les qüestions regulades per directives específiques.
4	**Serveis en l'àmbit del transport**	Exclusió total justificada, en part, en l'article 51 del Tractat. La política de transport està regulada per normes específiques. Tanmateix, hi ha molts àmbits que no estan regulats però que la directiva exclou de forma expressa: el transport de fons, els serveis portuaris, el transport urbà, els taxis, les ambulàncies i els transports funeraris. L'exclusió s'aplica també als serveis de transport d'interès econòmic general.
5	**Serveis de les empreses de treball temporal**	Exclusió total per decisió política. Podria ser objecte d'una directiva específica en un futur.
6	**Serveis sanitaris i farmacèutic**	Decisió política. Exclusió total per a professions regulades, que podrien ser objecte d'una directiva en el futur. Els altres Serveis (parafarmàcia, medicina alternativa,...) sí que entren en la Directiva de serveis.
7	**Serveis audiovisuals**	Exclusió total per decisió política. Hi ha diferents directives sobre aquest sector i podria haver-hi alguna altra en un futur.
8	**Activitats de joc per diners**	Exclusió total per decisió política. Tanmateix, hi ha sentències del TJCE que limiten el marge dels estats.
9	**Activitats vinculades a l'exercici d'autoritat pública**	Exclusió en base a art. 45 del Tractat que, segons jurisprudència comunitària, s'ha d'interpretar de forma estricta i funcional.

Serveis exclosos de la Directiva de serveis (art.2) (2/2)

Serveis exclosos de la Directiva de serveis (art. 2)

10	**Serveis socials**	Relatius a l'habitatge social, l'atenció als nens i el suport a les famílies i persones temporalment o permanentment necessitades prestats per l'estat o d'altres prestadors encarregats per l'estat: decisió política. La comissió té previst publicar comunicacions sobre aquest sector.
11	**Serveis de seguretat privada**	Exclusió total per decisió política. Tanmateix, hi ha sentències del TJCE que limiten el marge dels estats.
12	**Serveis prestats per notaris i agents judicials**	Designats mitjançant un acte oficial de l'administració: decisió política.
13	**Fiscalitat**	Exclusió total per decisió política. Tanmateix, hi ha sentències del TJCE que limiten el marge dels estats.

Agenda

1 Motivació i objectius del document

2 La Directiva de serveis

3 Premisses a tenir present en interpretar la Directiva

4 Obligacions per als Estats membres

5 Exclusions i excepcions de la Directiva de serveis

- Serveis exclosos de la Directiva de Serveis
- Excepcions a la prohibició de l'existència de barreres per a la lliure prestació de serveis

6 Calendari de transposició de la Directiva de serveis

Excepcions a la prohibició de l'existència de barreres per a la lliure prestació de serveis (art.17) (1/2)

El llistat que figura a continuació fa referència a les excepcions a l'obligació d'eliminar les barreres en determinats sectors. Cal tenir en compte, però, que moltes de les matèries exemptes es troben regulades per directives específiques.

Excepcions a la prohibició de barreres per a la lliure prestació de serveis (art.17)

1	**Serveis econòmics d'interès general**	Exclusió de tots aquests serveis, tinguin o no normativa específica. La Directiva de serveis esmenta expressament els serveis postals, els serveis del sector elèctric, els serveis del sector del gas, la distribució i subministrament d'aigua i el tractament de residus.
2	**Matèries regulades en la Directiva 96/71**	Exclusió de les matèries cobertes per la directiva sobre desplaçament de treballadors en el marc d'una prestació de serveis, que regula les obligacions dels prestadors i les possibles excepcions per raó d'ordre públic.
3	**Matèries regulades en la Directiva 95/46**	Exclusió de les matèries cobertes per la directiva sobre tractament i lliure circulació de dades personals, pel que fa al tractament de les dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades.
4	**Matèries regulades en la Directiva 77/249**	Exclusió de les matèries cobertes per la directiva sobre lliure prestació de serveis dels advocats.
5	**Activitats de cobrament de deutes per via judicial**	Possible normativa comunitària en el futur.

Excepcions a la prohibició de l'existència de barreres per a la lliure prestació de serveis (art.17) (2/2)

Excepcions a la prohibició de barreres per a la lliure prestació de serveis (art.17)

6	**Matèries regulades en el títol II (lliure prestació de serveis) de la Directiva 2005/36**	Exclusió de les qüestions cobertes per la directiva sobre lliure prestació de serveis de professions regulades.
7	**Matèries regulades en el Reglament 1408/71**	Exclusió de la seguretat social dels treballadors per compte aliè que es desplacin dins de la comunitat i dels seus familiars.
8	**Tràmits administratius regulats en la Directiva 2004/38**	No afectació als tràmits administratius relatius a la lliure circulació i al dret de residència dels ciutadans comunitaris i dels membres de la seva família.
9	**Tràmits exigits a nacionals d'estats tercers que es desplacen en el context d'una prestació de serveis**	No afectació a la possibilitat d'imposar l'obligació de visat, de permís de residència o de presentar-se davant de les autoritats.
10	**Matèries regulades en el Reglament 259/93**	Exclusió del transport de residus, en particular, el sistema d'autorització prèvia.
11	**Els drets d'autor i drets afins, protecció de topografies dels productes semiconductors, protecció de les bases de dades i dels drets de propietat industrial**	Exclusió encara que no hi hagi normativa comunitària.
12	**Actes que per llei s'exigeixi la intervenció d'un notari**	
13	**Matèries regulades en la Directiva 2006/43**	Exclusió de les matèries cobertes per la directiva sobre l'auditoria legal dels comptes anuals i comptes consolidats.
14	**Matriculació vehicles objecte d'arrendament financer en un altre estat membre**	
15	**Normes aplicables a les obligacions contractuals i extracontractuals**	La determinació de les normes aplicables correspon als textos de dret internacional privat.

Agenda

1. Motivació i objectius del document
2. La Directiva de serveis
3. Premisses a tenir present en interpretar la Directiva
4. Obligacions per als Estats membres
5. Exclusions i excepcions de la Directiva de serveis
6. Calendari de transposició de la Directiva de serveis

Calendari de transposició de la Directiva de serveis

A continuació es mostra el Calendari de la Directiva de Serveis amb les obligacions a que obliga als estats membres.

28-12-06

Entrada en vigor per als estats membres

Prohibició de nova regulació contrària a la Directiva

28-12-09

Finalització del període de transposició

1 **Els estats membres han d'haver presentat a la Comissió informes sobre una sèrie de temes:**

(i) Dret d'establiment: (i.1) autoritzacions i (i.2) requisits supeditats a avaluació.

(ii) Lliure prestació de serveis: (ii.1) proporcionalitat dels requisits no discriminatoris i necessaris i (ii.2) justificacions dels requisits no discriminatoris i (ii.3) activitats multidisciplinars.

2 **Els estats membres han d'haver eliminat o modificat tots els requisits prohibits o no compatibles.**

3 **Les mesures de coordinació, d'informació i de simplificació han de ser vigents i efectives.**

Seminari Dret Local

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

LA INEJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS CONTRARIOS A LA SENTENCIA POR LA ADMINISTRACIÓN[1]

Dr. Alfredo Galán Galán
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universitat de Barcelona
alfredogalan@ub.edu

0. La posición del juez en la fase de ejecución. Los casos de "insinceridad de la desobediencia disimulada" 1

0.1 La necesidad de un comportamiento activo del juez 1

0.2 La nulidad de los actos y disposiciones de la Administración contrarios a los pronunciamientos de las sentencias 2

1. Objeto de la declaración de nulidad: "actos y disposiciones" 2

1.1. Determinación del sujeto origen de la actuación 2

1.2. Determinación del tipo de actividad administrativa 2

1.3. Relación de la actividad administrativa con la ejecución de la sentencia 3

1.4. Momento de realización de la actividad administrativa 3

2. Requisitos para la declaración de nulidad 4

2.1. Determinación de los requisitos 4

2.2. Requisitos relativos a la actuación de la Administración: actividad elusiva 5

2.2.1. REQUISITO OBJETIVO: LA CONTRADICCIÓN CON LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA 5
A. Interpretación de la expresión "contrarios" 6
a. Significado de la contradicción legalmente exigida 6
b. Forma de la contradicción legalmente exigida 6
1. Oposición de carácter objetivo. 6
2. Oposición clara. 6
3. Oposición no necesariamente directa. 6
B. Interpretación de la expresión "pronunciamientos de las sentencias" 8
a. Contenido de la sentencia que debe ser contradicho 8
b. La contradicción debe referirse a una sentencia susceptible de ejecución 9
b.1. Ejecución definitiva y ejecución provisional 9
b.2. Sentencia firme no ejecutiva: suspensión de la ejecución 10
b.3. Ejecución forzosa y ejecución voluntaria 11
c. Clase de resolución judicial que debe contradecirse 11
2.2.2. REQUISITO SUBJETIVO: LA FINALIDAD DE ELUDIR EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA 12
A. Fundamento del requisito subjetivo: búsqueda de un equilibrio de intereses 12
B. La finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia como un supuesto de desviación de poder 13
C. La dificultad probatoria del requisito subjetivo 14
a. La finalidad de eludir el cumplimiento debe entenderse en sentido objetivo y no subjetivo 14
b. La existencia de una presunción iuris tantum y la inversión de la carga de la prueba 14

[1] Versión provisional no publicable.

D. La finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia y responsabilidad penal del funcionario 16
E. Relación entre los artículos 103.4 y 105.2 LJ: la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia como criterio delimitador de la nulidad de pleno derecho y la imposibilidad de ejecución de la sentencia..... 16
F. Los supuestos de imposibilidad legal de ejecución por cambio sobrevenido del ordenamiento 17

3. Procedimiento para la declaración de nulidad 18

3.1. Primera vía: incidente de imposibilidad de ejecución de la sentencia 18

3.2. Segunda vía: declaración de nulidad mediante incidente de ejecución 19

3.3. Tercera vía: ¿necesidad de interponer un nuevo recurso contencioso-administrativo? 20

4. Autonomía de la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 103.4 LJ 23

0. LA POSICIÓN DEL JUEZ EN LA FASE DE EJECUCIÓN. LOS CASOS DE "INSINCERIDAD DE LA DESOBEDIENCIA DISIMULADA"

0.1 LA NECESIDAD DE UN COMPORTAMIENTO ACTIVO DEL JUEZ

La eficacia real del control jurisdiccional de la Administración pública depende, en gran medida, de la forma en que se lleve a cabo la ejecución de las sentencias que la condenen. Por ello, el órgano judicial a quien corresponda esa ejecución no debe mantener una actitud de indiferencia. Antes al contrario, se requiere de él un comportamiento activo: que se implique orientando la ejecución y eliminando los obstáculos que se le presenten. La razón debemos buscarla en la función tuitiva que el ordenamiento le encomienda: tiene el deber de garantizar el derecho a la ejecución, entendido como un contenido inherente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución). En cumplimiento de esa relevante función puede y debe adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectiva la ejecución[2].

Nuestro Tribunal Constitucional, respetando la exclusividad que corresponde a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad de ejecución, se atribuye, sin embargo, la función de velar por el respeto al derecho a la ejecución. De esta manera, se considera habilitado para controlar las lesiones de ese derecho que tengan su origen en "la pasividad o desfallecimiento" de los órganos judiciales a la hora de adoptar todas "las medidas necesarias" que la aseguren. Así de claro se dice, por ejemplo, en el FJ. 2 de la STC 167/1987, de 28 de octubre[3]: "La titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales, como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su art. 117.3. De acuerdo con ello, no compete a este Tribunal precisar cuáles sean las decisiones y medidas oportunas que, en cada caso, hayan de adoptarse en el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional ejecutiva, pero sí le corresponde, en cambio, corregir y reparar las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial que tengan su origen en la pasividad o el desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de sus propios fallos"[4].

La función tuitiva que se confía a los órganos judiciales, con la consiguiente exigencia del mantenimiento de una posición activa durante la fase de ejecución, resulta especialmente importante en los casos de incumplimiento de la sentencia por la Administración. Sobre todo, como señala el mismo FJ. 2 de la STC 167/1987, de 28 de octubre, en aquellos supuestos en los que la actitud reticente de la Administración se traduce en un "cumplimiento defectuoso o puramente aparente, o en formas de inejecución indirecta, como son, entre otras, la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo". Precisamente, es en estos "incumplimientos administrativos disimulados o indirectos" –prosigue afirmando la misma sentencia- "donde se ocultan los mayores riesgos tanto para el sistema jurídico en general como para los derechos de los particulares. Pues, en efecto, el derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones firmes de los órganos judiciales no se satisface sólo, como es patente, con la remoción inicial de los obstáculos que a su efectivo cumplimiento pueda oponer la Administración, sino que postula, además, que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones"[5].

El marco de este trabajo son estos supuestos de incumplimiento más peligrosos, calificados expresivamente por el Tribunal Supremo como "la insinceridad de la desobediencia disimulada"[6]. En concreto, centraremos nuestra atención en

---

[2] Esta idea ya aparece destacada en FONT i LLOVET, T., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Ed. Civitas, 1985, en especial pp. 69-81.

[3] STC 167/1987, de 28 de octubre (RTC 1987\167) (Ponente: D. Jesús Leguina Villa).

[4] Esta misma doctrina aparece reiterada en sentencias posteriores. Así, por ejemplo, en el FJ. 4 de la STC 153/1992, de 19 de octubre (RTC 1992\153) (Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer), y en el FJ. 1 de la STC 41/1993, de 8 de febrero (RTC 1993\41) (Ponente: D. Luis López Guerra).

[5] Sobre las formas indirectas de incumplimiento de la sentencias debe reseñarse el trabajo de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., "Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Revista de Administración Pública*, núm. 73, 1974, pp. 151-177. Y aún anterior en el tiempo, FERNÁNDEZ HERNANDO, J., "El incumplimiento de la sentencia administrativa, sus formas y su tratamiento jurisprudencial", en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, vol. 1, Instituto de Estudios Políticos, 1961, pp. 239-253.

[6] El Tribunal Constitucional, en el FJ. 2 de la sentencia citada en el texto, recoge esa expresión cuya autoría reconoce al Tribunal Supremo, en concreto, a su sentencia de 21 de junio de 1977 (Ar. 2940) (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de

aquellos casos en los que la Administración realiza una actuación que objetivamente se opone a los pronunciamientos de una sentencia y que se realiza con la finalidad de eludir su cumplimiento. En el trasfondo, como se comprenderá, se encuentra la posible vulneración del principio de división de poderes.

0.2 La nulidad de los actos y disposiciones de la Administración contrarios a los pronunciamientos de las sentencias

El art. 103.4 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en lo sucesivo, "LJ") establece que "serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento". El apartado 5 de ese mismo artículo añade que "el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta ley".

1. OBJETO DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD: "ACTOS Y DISPOSICIONES"

La primera cuestión consiste en determinar la actividad susceptible de ser declarada nula de pleno derecho por la vía del art. 103.4 LJ. Según dispone este precepto, constituyen el objeto de la declaración de nulidad los "actos y disposiciones". A interpretar esta expresión dedicamos las siguientes reflexiones.

1.1. Determinación del sujeto origen de la actuación

Por lo pronto, entendemos que, en todo caso, se trata de "actos y disposiciones" de la Administración. Queda impedida, así, una posible interpretación amplia del término "disposiciones" que lo haga equivaler a "disposiciones normativas", por tanto, dando cobijo en ella no sólo a las procedentes de la Administración (disposiciones reglamentarias), sino también las del legislador (disposiciones legislativas).

Pocas dudas puede suscitar esta opinión. Ya el art. 1.1 LJ determina el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa incluyendo "las disposiciones generales de rango inferior a la ley", con exclusión de las normas de rango legal (excepción hecha de los decretos legislativos, pero sólo "cuando excedan los límites de la delegación"). Es verdad que también las leyes pueden contradecir los pronunciamientos de las sentencias. Es más, cabe que el legislador ejerza su potestad con la finalidad de impedir su ejecución. De este fenómeno, conocido como "convalidaciones legislativas", y de su conformidad con la Constitución ya se ha ocupado nuestra doctrina[7]. Baste ahora con recordar que, en nuestro sistema, el control de las normas con rango de ley no se ha atribuido a los tribunales ordinarios, tampoco a los del orden contencioso-administrativo. Por tanto, no es pensable que pueda utilizarse, en fase de ejecución, el procedimiento incidental previsto en el art. 103.5 LJ para que un órgano perteneciente a ese orden pueda declarar la nulidad de una norma de rango legal.

1.2. Determinación del tipo de actividad administrativa

Una vez claro que sólo es objeto de la declaración de nulidad del art. 103.4 LJ la actividad de la Administración, resta por determinar de qué tipo de actividad se trata. La ley habla de "actos y disposiciones", sin mayores precisiones. Resulta pacífico que dentro de la expresión "actos" se incluyen los actos administrativos (también los obtenidos por silencio), y que dentro del término "disposiciones" encuentran cabida las disposiciones generales de la Administración, esto es, las que poseen naturaleza normativa (reglamentos, planes urbanísticos o cualquier otra con independencia de su denominación).

No Louis). Su origen, sin embargo, se remonta más atrás en el tiempo, pudiéndose encontrar ya en la sentencia de 27 de enero de 1965 (Ar. 165) (Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de Leguina Juárez). En el segundo considerando de la sentencia apelada, confirmado y asumido por el Tribunal Supremo, puede leerse que: "muchas veces, la Administración opta por la insinceridad de la desobediencia disimulada, decretando una ejecución formularia y dictando resoluciones que desvirtúan lo declarado en el fallo".

[7] Boix Palop, A, *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, 2004; y Galán Galán, A., "Los poderes del juez en la ejecución de sentencias: reacción frente a los actos de la Administración o del legislador que tengan como finalidad eludir su cumplimiento", en Ana Sánchez Lamelas (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. IV Curso sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, 2006, pp. 133-174. Sobre los problemas que plantea la ejecución de las sentencias en materia urbanística es de destacar el reciente trabajo:Torres Cobas, F., "La cruz de la ejecución de sentencias en materia urbanística: ponderación o ejecución de las sentencias en sus propios términos", en Tomás Font i Llovet y Alfredo Galán Galán (dirs.), *Anuario de Gobierno Local 2007. Los retos del Derecho Urbanístico Local en el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local – Instituto de Derecho Público, 2008, pp. 165-205.

Más polémico resulta, en cambio, decidir si las otras posibles formas jurídicas de actuación de la Administración quedan incluidas o no dentro del ámbito objetivo del art. 103.4 LJ. No faltan autores que, por ejemplo, sostienen la subsunción de la vía de hecho e, incluso, de los supuestos de inactividad administrativa[8]. De admitirse, esta inclusión puede llevarse a cabo mediante un entendimiento amplio del término "actos" o bien mediante una interpretación global de la expresión "actos y disposiciones" como compresiva de la totalidad de la actuación de Administración. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el legislador de 1998 ha previsto expresamente vías de impugnación contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (art. 25.2 LJ). Quizá ello sea ya una garantía suficiente que elimine la necesidad de estirar los términos empleados en el citado art. 103.4 LJ.

Puede resultar de utilidad, en este punto, recordar lo dispuesto en el art. 108.2 LJ: "si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el juez o tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento". En este precepto, el legislador ha preferido utilizar la expresión "alguna actividad", claramente más amplia que no la empleada en el art. 103.4 del mismo texto legal[9].

1.3. Relación de la actividad administrativa con la ejecución de la sentencia

La declaración de nulidad del art. 103.4 LJ no se limita a los actos y disposiciones dictados "en ejecución" de la sentencia, sino que abarca a todos aquellos dictados "durante la ejecución" de esa sentencia.

De lo dicho resulta que esa declaración de nulidad no se refiere únicamente a los actos y disposiciones que el órgano administrativo obligado al cumplimiento dicte directamente en ejecución de la sentencia. Ya antes de la aprobación de la ley de 1998 no existía duda acerca de la posibilidad que tenía el órgano judicial competente para la ejecución de anularlos si no se ajustaban al fallo. Anulación que se realizaba, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, durante el proceso de ejecución, a través del oportuno trámite incidental, sin que fuera precisa, por tanto, su impugnación autónoma en vía jurisdiccional.

Lo realmente novedoso del art. 103.4 LJ es que permite la declaración de nulidad también de aquellos actos y disposiciones ajenos, al menos en principio, al proceso de ejecución, pero que se oponen a los pronunciamientos de la sentencia. Estos actos y disposiciones pueden haber sido dictados por el mismo órgano administrativo que dictó el acto impugnado, pero también pueden haberlo sido por otro órgano de la misma Administración o, incluso, por uno perteneciente a otra Administración distinta[10].

1.4. Momento de realización de la actividad administrativa

Hemos afirmado que la nulidad proclamada por el art. 103.4 LJ alcanza a todos los actos y disposiciones dictados "durante la ejecución" que contravengan los pronunciamientos de la sentencia. Debemos plantearnos, no obstante, si el objeto de este precepto debe extenderse a aquellos otros dictados con anterioridad al fallo, pero que igualmente contravienen su ejecución.

Lo cierto es que el tenor literal del precepto citado no establece ninguna referencia temporal. La controversia doctrinal está servida. Según una primera interpretación, es indudable que la sentencia desplegará su eficacia respecto de todo acto o disposición posterior a su fecha. Pero no puede extenderse a los dictados con anterioridad a ese momento[11]. No

---

[8] En este sentido, puede verse Gimeno Sendra, V., *Comentarios a la nueva ley reguladora de la jurisdicción de 1998*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p. 731; y AA.VV., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Tomo VII, Ed. Bosch, 1999, pp. 97-98.

[9] La referencia al art. 108.2 LJ, sin embargo, puede ser utilizada como argumento tanto a favor como en contra de la inclusión de esas otras formas de actuación de la Administración dentro del ámbito objetivo del art. 103.4 LJ. Puede argüirse, a favor de esa inclusión, la estructura paralela de ambos artículos, para deducir de ello que el objeto de ambos preceptos es el mismo y, por tanto, que la expresión "actos y disposiciones" debe interpretarse dotándola de un mismo alcance que "alguna actividad". En contra, puede argumentarse que el legislador ha empleado conscientemente expresiones distintas, manifestando, así, su voluntad de dotar de objetos distintos ambos preceptos.

[10] En este sentido, AA.VV., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Tomo VII, ob. cit., p. 97.

[11] "Si con posterioridad a la disposición impugnada y declarada nula se hubiesen dictado otras de igual o superior rango a aquélla, en cuanto son independientes, la sentencia estimando el «recurso» contra la primera no producirá efectos respecto de éstas. Si no se amplió el recurso a éstas, si no se extendió la impugnación, la sentencia estimando el primer «recurso» interpuesto no producirá efectos respecto de las posteriores no impugnadas. La victoria procesal será una victoria pírrica: la nulidad de la disposición que, concretamente, fue objeto de impugnación no impedirá que sigan produciéndose los mismos efectos por las disposiciones posteriores de idéntico contenido"; en González Pérez, J.,

obstante, y dado que la dicción del precepto legal no lo prohíbe, nos decantamos por la interpretación contraria. Si atendemos a la finalidad perseguida por el legislador, parece claro que debe incluirse en la declaración de nulidad aquellos actos que se dictan antes de la sentencia, pero en su previsión y, precisamente, con la finalidad de impedir su ejecución[12].

Puede ser útil, en este punto, traer la distinción que realiza la doctrina francesa, dentro de las convalidaciones legislativas, utilizando como criterio el momento en que se produce. La regla viene constituida por las convalidaciones de actos anulados. Como su nombre ya indica, son aquellas que se producen después de que ya se haya dictado resolución judicial que declare la ilegalidad de la actuación administrativa. La finalidad de esta modalidad de convalidación es, como resulta evidente, dejar sin efectos prácticos dicha resolución judicial. El segundo tipo de convalidaciones recibe la gráfica denominación de "preventivas" y son aquellas que se producen antes de que haya resolución judicial, pero en previsión de que se dicte. Anticipándose a la resolución, la finalidad de la convalidación es sustancialmente la misma: evitar que se dicte o, si llega a dictarse, impedir su ejecución.

2. REQUISITOS PARA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

2.1. DETERMINACIÓN DE LOS REQUISITOS

El art. 103.4 y 5 LJ establece de modo expreso un conjunto de requisitos cuyo cumplimiento es necesario para que pueda declararse la nulidad de la actuación administrativa por la causa recogida en dicho precepto. Estos requisitos, de diversa naturaleza, son los siguientes:

1. Requisitos relativos a la actuación de la Administración. Para que se pueda declarar su nulidad es necesario que se trate de una "actividad elusiva"[13]. La calificación de una actividad administrativa como elusiva y, con ello, su posible declaración de nulidad, exige la concurrencia de dos requisitos:
    a) Requisito objetivo: la contradicción con la sentencia. Es preciso que el acto o disposición administrativos sean contrarios a los pronunciamientos de la sentencia.
    b) Requisito subjetivo: la voluntad de eludir la sentencia. Es necesario, además, que ese acto o disposición administrativos hayan sido dictados con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia.
2. Requisito relativo a la competencia judicial: doble competencia del órgano judicial encargado de la ejecución. Para que se pueda declarar la nulidad de la actividad elusiva, por la vía procedimental establecida en el art. 103.5 LJ, es requisito necesario que el órgano judicial competente respecto de la ejecución de la sentencia también lo fuese, de acuerdo con las reglas generales de competencia establecidas por la LJ, en el caso de una hipotética impugnación de esos actos o disposiciones mediante un nuevo recurso contencioso-administrativo.
3. Requisito procedimental: procedimiento de incidente de ejecución. El cauce procesal previsto y que es preciso seguir para la declaración de nulidad de la actividad elusiva es el procedimiento regulado en el art. 109 LJ, esto es, el incidente de ejecución, aunque con algunas peculiaridades.

A estos requisitos establecidos expresamente por la LJ, algún autor[14] añade otros de carácter implícito y cuya aceptación resulta discutible. En concreto, se señalan los dos siguientes requisitos implícitos:

1. El primer requisito es de exigencia común tanto si la actividad elusiva consiste en un acto como en una disposición administrativa: es preciso que la actuación contraria al fallo haya sido realizada bajo la vigencia

---

Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), Tomo II, 3ª edición, Ed. Civitas, p. 1785.

[12] "Sin embargo, dada la literalidad del art. 103.4, si existe prueba de que tales actos [anteriores al fallo] se dictaron en previsión de una sentencia desfavorable con relación a una previa actuación que se pretende proteger, a mi juicio, cabría la declaración de nulidad por el trámite de incidentes dado el sentido teleológico del precepto"; en ORTEGA ÁLVAREZ, L., "La ejecución de sentencias", en *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, 2ª edición, Ed. Lex Nova, 2001, p. 509.

[13] Utiliza esta expresión MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Marcial Pons, 2005, p. 144.

[14] GÓMEZ DE MERCADO, F., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, 2002, pp. 876 y 877.

de la misma legislación aplicada en la sentencia. Ello supone excluir, del ámbito de la declaración de nulidad del art. 103 LJ, todos aquellos supuestos en los que se haya producido un cambio normativo sobrevenido, esto es, en un momento posterior a la sentencia y anterior a la realización de la actividad administrativa contraria a ella. En estos casos, en efecto, dicha actuación se realiza bajo la vigencia de una normativa distinta de la tenida en cuenta en el momento de dictarse la sentencia.

De la solución que debe darse a los casos de cambio normativo sobrevenido nos ocupamos más adelante. Baste ahora con decir que esa solución pasa por deslindar los supuestos de imposibilidad legal de ejecución del art. 105.2 LJ con los que ahora nos ocupan de ejecución de la sentencia con declaración de nulidad de la actuación que a ella se opone del art. 103.4 y 5 LJ.

2. El segundo requisito se refiere sólo a los casos en los que la actividad elusiva consiste en actos administrativos: tiene que haber una "identidad sustancial" entre el acto anulado por la sentencia y el acto posterior que la contraviene. En otras palabras, debe concurrir una doble identidad: objetiva, en el sentido de que debe haber sido dictado para el mismo supuesto de hecho; y subjetiva, por haberlo sido para las mismas personas afectadas por el acto anulado por el fallo[15].

   Se justifica esta exigencia en evitar situaciones inadmisibles, como la que se daría si se permitiese que cualquier persona no afectada por el fallo, pero sí por el segundo acto, pudiera acudir ante el tribunal que dictó la sentencia solicitando la declaración de nulidad de ese acto posterior[16].

   Algún autor, sin embargo, niega la necesidad de una "absoluta identidad" entre el acto anulado y el acto posterior para poder aplicar el art. 103.4 y 5 LJ. Según esta opinión, es preciso que el segundo acto surta sus efectos sobre la misma persona, en el ámbito de la misma relación administrativa, pero, como ya hemos indicado, no es preciso que sea dictado por el mismo órgano –ni siquiera por la misma Administración- ni en el ejercicio de la misma potestad administrativa. Sostener lo contrario permite dejar impunes actuaciones administrativas elusivas[17].

2.2. Requisitos relativos a la actuación de la Administración: actividad elusiva

La declaración de nulidad prevista en el art. 103.4 y 5 LJ tiene como objeto aquella actividad de la Administración que pueda ser considerada elusiva. Para obtener esta calificación, la ley exige el cumplimiento de dos requisitos. Uno objetivo: que sea una actuación contraria a los pronunciamientos de la sentencia. Y otro subjetivo: que la actuación haya sido realizada con la finalidad de eludir el cumplimiento de esa sentencia.

2.2.1. Requisito objetivo: la contradicción con los pronunciamientos de la sentencia

El primer requisito, de carácter objetivo, es que se trate de "actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias" (art. 103.4 LJ). Debe existir, pues, una oposición entre el contenido del acto o disposición cuya validez se discute y el contenido de los pronunciamientos de la sentencia. El completo entendimiento de esta condición, sin embargo, impone despejar un conjunto de interrogantes que la redacción legal plantea. Estos interrogantes pueden ser agrupados en torno a las dos expresiones que emplea el texto legal para su formulación: "contrarios", por un lado, y "pronunciamientos de las sentencias", por el otro.

---

[15] Comparte esta opinión, exigiendo también la existencia de una identidad sustancial, VEGA LABELLA, J.I., "Ejecución de sentencias", en José María Ayala Muñoz (dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, 1999, p. 584.

[16] Expone esta justificación GÓMEZ DE MERCADO, F., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, ob. cit., p. 877.

[17] Este es el parecer de MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 149. Opinión compartida por VÁZQUEZ SELLES, S., "La nulidad de los actos y disposiciones administrativas contrarias a las sentencias y que tratan de eludir su cumplimiento: el nuevo control incidental de la Ley 29/1998", en Diario La Ley, núm. 5041, de 26 de abril de 2000 (recogido en Revista Jurídica Española La Ley, año 2000, núm. 3, D-99, pp. 1733-1738), pp. 1736 y 1737, ya que, a su juicio, la no necesariedad de identidad entre las situaciones de hecho se justifica en que "es muy posible que, mediante actuaciones administrativas aparentemente desconectadas o diferenciadas de las resueltas por la sentencia, sin embargo se esté persiguiendo directa o disimuladamente eludir su cumplimiento" (p. 1737).

A. Interpretación de la expresión "contrarios"

Para que se entienda cumplido el requisito objetivo es preciso que los actos o disposiciones administrativos sean "contrarios" a los pronunciamientos de la sentencia. En torno a esta contradicción legalmente exigida se plantean las siguientes cuestiones:

a. Significado de la contradicción legalmente exigida

La previsión legal de la existencia de una contradicción entre los actos o disposiciones administrativos y los pronunciamientos de la sentencia debe interpretarse como la exigencia de una oposición entre la actuación de la Administración y la decisión del órgano judicial. Solamente si existe esa oposición podrá declararse la nulidad por la causa recogida en el art. 103.4 LJ.

La cuestión que se plantea es determinar cuando puede afirmarse que existe esa oposición. En otras palabras, el problema estriba en encontrar un criterio cuya aplicación permita saber cuando se produce y cuando no dicha oposición.

Según algún autor, existe la contradicción con la decisión judicial cuando la actuación de la Administración implique un perjuicio para la obtención o el disfrute de la ventaja concedida en la sentencia para el administrado o bien suponga la mutación del razonamiento de fondo en el que fundamenta el órgano judicial la resolución del litigio[18]. Se utiliza aquí, a bien que se mire, una noción muy amplia de contradicción, puesto que incluye tanto la oposición a la ventaja concedida por la sentencia como a los razonamientos en que esta resolución judicial se fundamenta. Ambos supuestos caben en la exigencia legal de la existencia de una contradicción con los "pronunciamientos" de la sentencia. Ahora bien, basta con que una sola de estas dos oposiciones concurra para que pueda entenderse cumplida esta condición y, en consecuencia, proceda la declaración de nulidad de la actuación administrativa[19].

b. Forma de la contradicción legalmente exigida

La forma en que debe oponerse la actuación administrativa a la sentencia, a los efectos de su declaración de nulidad, puede describirse con base en las siguientes notas: de carácter objetivo, clara y no necesariamente directa.

1. OPOSICIÓN DE CARÁCTER OBJETIVO.

La oposición que exige el art. 103.4 LJ es de carácter objetivo, puesto que el componente intencional constituye un segundo requisito de carácter subjetivo e independiente. En este punto, por lo tanto, no procede preguntarnos acerca de la voluntad de la Administración o por la finalidad perseguida con esa actuación.

2. OPOSICIÓN CLARA.

Esta oposición, en segundo lugar, debe ser clara. La contradicción debe manifestarse en una clara oposición de la actuación administrativa a la sentencia. Exigencia coherente con la grave consecuencia jurídica –la nulidad de pleno derecho- que para la actuación se deriva[20].

3. OPOSICIÓN NO NECESARIAMENTE DIRECTA.

Por último, aunque clara, no es preciso que la oposición sea frontal o directa, sino que es posible que sea indirecta o encubierta, siempre que objetivamente pueda comprobarse la incompatibilidad entre esa actuación de la Administración y la ejecución de la sentencia. El incumplimiento de las sentencias puede revestir múltiples modalidades, entre ellas, el incumplimiento disimulado o el cumplimiento aparente[21].

---

[18] MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 144.

[19] En palabras de I. Martín Delgado: "Por esta razón, el alcance del art. 103.4 (…) es tan amplio: integraría el perjuicio de la ventaja concedida al administrado en la sentencia y la contradicción con alguno de los pronunciamientos de ésta. Así, no es necesario que ambas contradicciones –con el fallo o con la ventaja para el administrado- coincidan en un mismo acto para que éste sea considerado nulo"; en MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 146.

[20] De "clara o franca oposición al fallo judicial" habla XIOL RÍOS, J.A., "La ejecución de sentencias en el Proyecto de Ley del proceso administrativo. Comentario a los artículos de su texto", en *Jornadas sobre el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Sevilla, 11 y 12 de marzo de 1996, fundación El Monte, 1996, p. 98.

[21] En este sentido, AA.VV., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Tomo VII, ob. cit., p. 98.

La eficacia real del control jurisdiccional de la Administración pública depende, en gran medida, de la forma en que se lleve a cabo la ejecución de las sentencias que la condenen. Por ello, el órgano judicial a quien corresponda esa ejecución no debe mantener una actitud de indiferencia. Antes al contrario, se requiere de él un comportamiento activo: que se implique orientando la ejecución y eliminando los obstáculos que se le presenten. La razón debemos buscarla en la función tuitiva que el ordenamiento le encomienda: tiene el deber de garantizar el derecho a la ejecución, entendido como un contenido inherente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución). En cumplimiento de esa relevante función puede y debe adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectiva la ejecución[22].

La función tuitiva que se confía a los órganos judiciales, con la consiguiente exigencia del mantenimiento de una posición activa durante la fase de ejecución, resulta especialmente importante en los casos de incumplimiento de la sentencia por la Administración. Sobre todo, como señala el FJ. 2 de la STC 167/1987, de 28 de octubre[23], en aquellos supuestos en los que la actitud reticente de la Administración se traduce en un "cumplimiento defectuoso o puramente aparente, o en formas de inejecución indirecta, como son, entre otras, la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo". Precisamente, es en estos "incumplimientos administrativos disimulados o indirectos" –prosigue afirmando la misma sentencia- "donde se ocultan los mayores riesgos tanto para el sistema jurídico en general como para los derechos de los particulares. Pues, en efecto, el derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones firmes de los órganos judiciales no se satisface sólo, como es patente, con la remoción inicial de los obstáculos que a su efectivo cumplimiento pueda oponer la Administración, sino que postula, además, que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones"[24].

En la Exposición de Motivos de la LJ se recoge la voluntad del legislador de erradicar el fenómeno de las ejecuciones aparentes. Tras advertir que "la Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo", se afirma de manera contundente que "la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas" (EE.MM VI.3, párrafo primero)[25].

La declaración de nulidad prevista en el art. 103.4 y 5 LJ pretende hacer frente, precisamente, a algunos de estos supuestos de incumplimiento más peligrosos, calificados expresivamente por el Tribunal Supremo como "la insinceridad de la desobediencia disimulada"[26]. En concreto, afronta aquellos casos en los que la Administración realiza una actuación que objetivamente se opone a los pronunciamientos de una sentencia y que se realiza con la finalidad de eludir su cumplimiento[27].

---

[22] Esta idea ya aparece destacada en FONT i LLOVET, T., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Ed. Civitas, 1985, en especial pp. 69-81.

[23] STC 167/1987, de 28 de octubre (RTC 1987\167) (Ponente: D. Jesús Leguina Villa).

[24] Sobre las formas indirectas de incumplimiento de la sentencias debe reseñarse el trabajo de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., "Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Revista de Administración Pública*, núm. 73, 1974, pp. 151-177. Y aún anterior en el tiempo, FERNÁNDEZ HERNANDO, J., "El incumplimiento de la sentencia administrativa, sus formas y su tratamiento jurisprudencial", en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, vol. 1, Instituto de Estudios Políticos, 1961, pp. 239-253.

[25] Destaca el rotundo pronunciamiento de la Exposición de Motivos respecto a la proscripción de las ejecuciones aparentes SÁNCHEZ BLANCO, A., "La sentencia", en Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz (dir.), *Estudios sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, CEMCI, 1999, pp. 496 y 497.

[26] El Tribunal Constitucional, en el FJ. 2 de la sentencia citada en el texto, recoge esa expresión cuya autoría reconoce al Tribunal Supremo, en concreto, a su sentencia de 21 de junio de 1977 (Ar. 2940) (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de No Louis). Su origen, sin embargo, se remonta más atrás en el tiempo, pudiéndose encontrar ya en la sentencia de 27 de enero de 1965 (Ar. 165) (Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de Leguina Juárez). En el segundo considerando de la sentencia apelada, confirmado y asumido por el Tribunal Supremo, puede leerse que: "muchas veces, la Administración opta por la insinceridad de la desobediencia disimulada, decretando una ejecución formularia y dictando resoluciones que desvirtúan lo declarado en el fallo".

[27] La utilidad del art. 103.4 y 5 LJ para la lucha contra formas de incumplimiento indirecto de las sentencias es destacada, entre otros, por BAÑO LEÓN, J.M., "Ejecución de sentencias", ob. cit., p. 720; PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden contencioso-administrativo. Doctrina y formularios*, Del Blanco Editores, 2003, pp. 366 y 367; GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, y V. SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho Procesal Administrativo*, 2ª ed., Centro de Estudios

B. Interpretación de la expresión "pronunciamientos de las sentencias"

La contradicción exigida a la actuación administrativa, para su declaración de nulidad por la vía del art. 103.4 LJ, es a "los pronunciamientos de las sentencias". La interpretación de esta exigencia legal plantea una serie de interrogantes:

a. Contenido de la sentencia que debe ser contradicho

Según el tenor literal utilizado por el legislador, la oposición de la actuación administrativa se predica de los "pronunciamientos" de la sentencia. Es preciso averiguar qué significado debe darse a la expresión entrecomillada.

Dos son las tesis en juego: la restrictiva, que identifica la expresión "pronunciamientos" únicamente con el fallo o parte dispositiva de la resolución judicial; y la amplia, que incluye en ella también los fundamentos jurídicos de la sentencia[28]. Como resulta evidente, el ámbito de aplicación de la causa de nulidad prevista en el art. 103.4 LJ varía en función de la tesis que se mantenga: podrá declararse la nulidad de una actuación administrativa únicamente cuando literalmente contradiga lo dispuesto en el fallo o, por el contrario, también cuando, aunque ajustándose formalmente al tenor de la parte dispositiva, se oponga a los fundamentos jurídicos de la sentencia[29].

No faltan autores que sostienen la tesis restrictiva[30]. Tampoco aquellos otros que, moviéndose en posiciones intermedias, afirman que corresponderá siempre al órgano judicial la aplicación ponderada de cualquiera de los dos criterios[31]. Nosotros, sin embargo, nos decantamos por defender una interpretación extensiva del término legal "pronunciamientos", que dé cabida en su interior no solamente al fallo, sino también a los razonamientos jurídicos en que se fundamenta[32]. Otra cosa es si esa extensión debe abarcar a todos los fundamentos jurídicos o, por el contrario, limitarse únicamente a aquellos que constituyan la *ratio decidendi* de la sentencia[33].

A favor de la interpretación extensiva juega la propia redacción del precepto legal. El art. 103.4 LJ, en efecto, habla de "pronunciamientos de la sentencia" y no de "fallo". Que el legislador ha utilizado conscientemente el término "sentencia", evitando emplear la palabra "fallo", por otro lado, lo demuestra la lectura del art. 108.2 LJ, precepto de estructura paralela

---

Ramón Areces, 2004, p. 255; y VÁZQUEZ SELLES, S., "La nulidad de los actos y disposiciones administrativas contrarias a las sentencias y que tratan de eludir su cumplimiento: el nuevo control incidental de la Ley 29/1998", ob. cit., pp. 1736 y 1737.

[28] "Dos interpretaciones podríamos mantener al respecto; según la primera sería necesario que la actuación administrativa fuese contraria literalmente al fallo o parte dispositiva de la resolución, mientras que otro criterio consistiría en extender el concepto de pronunciamiento también a la fundamentación jurídica o ratio del fallo judicial"; VÁZQUEZ SELLES, S., "La nulidad de los actos y disposiciones administrativas contrarias a las sentencias y que tratan de eludir su cumplimiento: el nuevo control incidental de la Ley 29/1998", ob. cit., p. 1736.

[29] "Pensemos por ejemplo en una sentencia que anula la licencia municipal que autorizaba a un particular la instalación de ciertos elementos en un camino público. Si una vez retirados dichos elementos, la Administración seguidamente autorizase al mismo vecino la instalación de otra serie distinta de elementos en el mismo camino público, ¿sería tal autorización contraria al pronunciamiento judicial? Si seguimos el primer criterio, es cierto que los nuevos elementos no habrían sido recogidos expresamente en el fallo o parte dispositiva de la sentencia y por ello no la vulnerarían en un sentido literal, ahora bien es más que probable que la nueva licencia fuese igualmente contraria a derecho en cuanto que la mera alteración de los elementos instalados no modificaría en absoluto la fundamentación que justificó el fallo anulatorio"; VÁZQUEZ SELLES, S., "La nulidad de los actos y disposiciones administrativas contrarias a las sentencias y que tratan de eludir su cumplimiento: el nuevo control incidental de la Ley 29/1998", ob. cit., p. 1736 .

[30] Así, GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, y V. SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho Procesal Administrativo*, 2ª ed., ob. cit., p. 255; y CLAVERO ARÉVALO, M., "Actuaciones administrativas contrarias a los pronunciamientos de la sentencia", en María Jesús Montoro Chiner (coord.), *La Justicia Administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, 2003, p. 931.

[31] VÁZQUEZ SELLES, S., "La nulidad de los actos y disposiciones administrativas contrarias a las sentencias y que tratan de eludir su cumplimiento: el nuevo control incidental de la Ley 29/1998", ob. cit., p. 1736.

[32] Esta es también la opinión, entre otros, de MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 144; y de VILLALBA PÉREZ, "Ejecución de sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa española", ob. cit., p. 469.

[33] La limitación de la declaración de nulidad a la oposición de la actuación administrativa únicamente con aquellos fundamentos jurídicos que constituyan la *ratio decidendi*, es sostenida por BAÑO LEÓN, J.M., "Comentario al art. 103.4 y 5", en *Comentario a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 100, mográfico, Civitas, 1998, p. 720.

al que estamos examinando, pero en el que se ligan las consecuencias jurídicas a la contravención de los "pronunciamientos del fallo".

La interpretación extensiva que estamos exponiendo es coherente, por lo demás, con la doctrina jurisprudencial acerca de la consideración de la sentencia como un todo unitario, de manera que la determinación del alcance de una de sus partes, esto es, la interpretación y aplicación del fallo, debe hacerse teniendo en cuenta lo declarado y razonado en la otra parte, es decir, en los fundamentos jurídicos en que dicho fallo se basa. En definitiva, la interpretación y aplicación del fallo no ha de ser literal, sino finalista, en armonía con el contenido total de la sentencia[34].

La relación entre fallo y fundamentos jurídicos, integrantes de la unidad que es la sentencia, pone de manifiesto la importancia de que no sólo el primero, sino también los segundos sean redactados con la mayor claridad y precisión posibles. Y ello no sólo porque facilitará la ejecución de la sentencia, al concretarse de este modo claro y preciso aquello a lo que está obligada la Administración para la satisfacción de la ejecución. Sino también –y esto es lo que ahora nos interesa- porque facilitará apreciar la posible contradicción entre la sentencia y la actuación administrativa posterior. Contradicción que, como estamos indicando, es condición necesaria para la aplicación de la causa de nulidad recogida en el art. 103.4 LJ[35].

b. La contradicción debe referirse a una sentencia susceptible de ejecución

La oposición exigida por el art. 103.4 LJ se refiere a una sentencia ya susceptible de ejecución[36]. El precepto indicado prevé la declaración de nulidad de la actuación administrativa precisamente porque impide u obstaculiza esa ejecución. La consecuencia, pues, es que no podrá aplicarse la causa de nulidad recogida en ese artículo cuando la sentencia no cumpla todos los requisitos para poder considerarse ejecutiva. El acto o disposición de la Administración no podrá ser declarado nulo, al menos no en ese momento y sin perjuicio, claro está, de que tal declaración sea posible por concurrir otra causa distinta de nulidad.

Aclarado este punto, el problema estriba en saber a qué tipo de ejecución nos estamos refiriendo. Problema que nos enfrenta a los tres siguientes interrogantes:

B.1. EJECUCIÓN DEFINITIVA Y EJECUCIÓN PROVISIONAL

Deben cumplirse dos requisitos para que pueda procederse a la ejecución de una sentencia.

El primero de ellos es que la sentencia decida sobre el fondo del asunto. De este modo, no es susceptible de ejecución aquella sentencia que se limite a declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Este requisito es común a la ejecución tanto definitiva como provisional de una sentencia. En consecuencia, será en todo caso de obligado cumplimiento para poder aplicar el art. 103.4 LJ y, por tanto, para que sea posible la declaración de nulidad de un acto o disposición administrativos que se opongan a esa ejecución.

El segundo requisito es que la sentencia sea firme. La firmeza de la sentencia como condición para su ejecución viene ya establecido, con carácter general, por el art. 118 CE[37] y, respecto al orden contencioso-administrativo, por el art. 104.1 LJ[38], recordando su exigencia la jurisprudencia ordinaria y la constitucional.

Este segundo requisito, no obstante, solamente es necesario para la ejecución definitiva de las sentencias. Es más, la ejecución provisional se caracteriza, precisamente, por tener como objeto sentencias no firmes. Son susceptibles de esta

---

[34] Así lo destaca MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 144.

[35] "De ahí la importancia de la claridad de la sentencia y de su motivación, pues no sólo ayudará a la ejecución, en general, en tanto en cuanto permitirá concretar con claridad a qué está obligada la Administración, sino que también permitirá apreciar más fácilmente la posible contradicción entre la resolución judicial y la actividad administrativa ulterior"; MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, ob. cit., nota 31 *in fine*, p. 145.

[36] Destaca este requisito BAÑO LEÓN, J.M., "Ejecución de sentencias", ob. cit., p. 720.

[37] Art. 118 CE: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones *firmes* de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto" (la cursiva es nuestra).

[38] Art. 104.1 LJ: "Luego que sea *firme* una sentencia, se comunicará en el plazo de diez días (…)" (la cursiva es nuestra).

ejecución provisional, en los términos que establece la ley, las sentencias pendientes de recurso de apelación (art. 84 LJ)[39] o bien de recurso de casación (art. 91 LJ)[40].

Volviendo al tema que nos ocupa, no cabe duda que la declaración de nulidad prevista en el art. 103.4 LJ es posible cuando la actuación administrativa se opone a la ejecución definitiva de una sentencia. La cuestión, sin embargo, es saber si tal cosa es igualmente posible cuando se trata de su ejecución provisional[41]. La respuesta favorable, que parece ser la más convincente, se basa en razones de diferente tipo.

De entrada, en la existencia de un mismo fundamento para declarar la nulidad en ambos casos. Ya se trate de una ejecución definitiva o bien provisional, la finalidad perseguida por el legislador es evitar que la Administración eluda el cumplimiento de la sentencia y, con ello, se vulnere el derecho a la ejecución, contenido implícito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La respuesta positiva, en segundo lugar, encuentra apoyo en la redacción empleada por el legislador en el art. 103 LJ. Su apartado cuarto, lugar en el que se recoge la causa de nulidad, se limita a decir que la actuación sea contraria a los "pronunciamientos de las sentencias". Y esta contradicción con los términos de la sentencia tanto puede darse tratándose de su ejecución definitiva como provisional. Por otro lado, el apartado quinto determina como órgano judicial competente aquel a quien corresponda "la ejecución de la sentencia", remitiéndose, desde un punto de vista procedimental, al incidente de ejecución regulado en el art. 109.2 y 3 LJ. No se especifica que la ejecución contemplada sea necesariamente la definitiva.

Este último argumento conduce al problema de averiguar si la nulidad prevista en el art. 103.4 y 5 LJ y, por remisión, el procedimiento incidental regulado en el art. 109.2 y 3 LJ son aplicables a los supuestos de ejecución provisional de sentencias. Problema que debe enmarcarse dentro del más general relativo a la aplicabilidad a este tipo de ejecuciones de las reglas generales sobre ejecución previstas en la LJ (capítulo IV del título IV). Cuestión esta que, a su vez, entronca con la no fácil determinación del régimen jurídico aplicable a la ejecución provisional de sentencias.

La regla general es que las disposiciones relativas a la ejecución contenidas en la LJ son también de aplicación a la ejecución provisional. Esta regla, que debe entenderse implícita en la ley, aparece de modo expreso, no obstante, en un supuesto concreto, en el art. 106.5 LJ, en relación con las condenas pecuniarias[42].

La regla indicada, debe entenderse sometida a la condición, eso sí, de que los preceptos legales sean compatibles con la naturaleza de la ejecución provisional. Y, además, cuenta con la excepción de aquellos artículos en los que el legislador expresamente subordina su aplicación al requisito de que la sentencia sea firme (por ejemplo, arts. 105.3, 107.1 y 2, 110 y 111).

Aplicando estos razonamientos al caso que nos ocupa, queda claro que el legislador no ha excluido expresamente la declaración de nulidad de los supuestos de ejecución provisional, tal y como se comprueba con la simple lectura de los artículos implicados (103.4 y 5 y 109.2 y 3 LJ por remisión). El problema interpretativo que, en este orden de cosas, pudiera causar la expresión "la total ejecución de la sentencia" queda resuelto por contenerse en el apartado primero del art. 109 LJ, no incluido en la remisión del art. 103.5 LJ. Más dudoso es si esta regulación es compatible con la naturaleza de la ejecución provisional, condición a la que se somete, como hemos indicado, la aplicación de la regulación legal sobre ejecución. Los argumentos arriba esgrimidos demuestran, a nuestro juicio, la existencia de esa compatibilidad.

B.2. SENTENCIA FIRME NO EJECUTIVA: SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

El art. 105.1 LJ establece la prohibición general de suspensión de la ejecución de sentencias[43]. Esta prohibición, sin embargo, tiene algunas excepciones: los casos de sentencias firmes recurridas en revisión (arts. 515 y 566 LEC) o en

---

[39] Art. 84.1 LJ: "La interposición de un recurso de apelación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida".

[40] Art. 91.1 LJ: "La preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida".

[41] A favor de incluir la ejecución provisional, aunque sin detener su argumentación en este punto, se manifiesta BAÑO LEÓN, J.M., "Ejecución de sentencias", ob. cit., p. 720. Por el contrario, destaca que debe tratarse de una sentencia firme HUERTA GARICANO, I., "La ejecución de sentencias en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en Mariano Ayuso Ruiz de Toledo (dir.), *Puntos críticos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 107.

[42] Art. 106.5 LJ: "Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación asimismo a los supuestos en que se lleve a efecto la ejecución provisional de las sentencias conforme a esta Ley".

amparo (arts. 56 y 57 LOTC). En estos supuestos, a pesar de encontrarnos ante una sentencia firme, el tribunal que conoce del recurso puede acordar la suspensión de su ejecución en los términos fijados en la ley.

Dado su carácter excepcional, resulta restrictiva la regulación legal de estos supuestos de suspensión de la ejecución. En el supuesto de interposición de un recurso de revisión, la suspensión está prevista para las sentencias firmes dictadas en rebeldía, pudiendo ser acordada por el tribunal competente para la ejecución a instancia de parte y solamente si las circunstancias del caso lo aconsejaran. En todo caso, para acordar dicha suspensión el tribunal "deberá exigir al que la pida caución por el valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieren irrogarse por la inejecución de la sentencia" (art. 566.1 LEC). Por su parte, en la hipótesis de interposición de un recurso de amparo, el tribunal "suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución" de la sentencia "cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Podrá, no obstante, denegar la suspensión cuando de ésta pueda seguirse una perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero" (art. 56.1 LOTC). Se completa esta regulación estableciéndose que: "La suspensión podrá acordarse con o sin afianzamiento", pero el tribunal "podrá condicionar la denegación de la suspensión en el caso de que pudiere seguirse perturbación grave de los derechos de un tercero, a la constitución de caución suficiente para responder de los daños o perjuicios que pudieren originarse" (art. 56.2 LOTC).

La cuestión que aquí se plantea es saber si resulta de aplicación el art. 103.4 y 5 LJ. Dicho de otra manera, averiguar si puede aplicarse la causa de nulidad recogida en ese artículo en el caso de que la Administración realice una actuación elusiva durante el período en que está suspendida la ejecución de la sentencia.

B.3. EJECUCIÓN FORZOSA Y EJECUCIÓN VOLUNTARIA

No hay ninguna duda acerca de la aplicabilidad del art. 103.4 y 5 LJ en los casos de ejecución forzosa de la sentencia. La actuación administrativa que obstaculiza la ejecución, y cuya nulidad puede declararse por la vía del artículo indicado, es indicativa de una voluntad coherente con la ya manifestada por la Administración al no cumplir voluntariamente la sentencia dentro del plazo legalmente concedido.

La cuestión queda reducida, de este modo, a determinar si esa declaración de nulidad es igualmente posible en la fase de ejecución voluntaria. Esto es, dentro del período de tiempo que la ley concede a la Administración para que cumpla voluntariamente con lo mandado en la sentencia. La respuesta positiva parece imponerse. Ya desde estos momentos iniciales la Administración puede realizar una actuación que se oponga a los pronunciamientos de la resolución con la finalidad de eludir su cumplimiento cuando se inste su ejecución forzosa. Por lo tanto, debe admitirse la posibilidad de tramitar el incidente de nulidad aún en la fase de ejecución voluntaria[44].

c. Clase de resolución judicial que debe contradecirse

La declaración de nulidad por la causa recogida en el art. 103.4 y 5 LJ, tramitada por el procedimiento incidental del art. 109.2 y 3 LJ, resulta de aplicación cuando la actuación administrativa se oponga a una sentencia. Más dudoso es su aplicación cuando la oposición es a otra clase de resolución judicial, en concreto, a un auto. Esta extensión debe superar el obstáculo que supone el empleo por el legislador del término "sentencia", por la vía de interpretar la expresión en un sentido amplio, equivalente a resolución judicial. Así, el apartado cuarto del art. 103 LJ hace referencia a los "pronunciamientos de las sentencias", mientras que su apartado quinto lo hace a la "ejecución de la sentencia". Por otro lado, el art. 109 LJ, en su apartado primero, prevé la promoción de incidentes mientras no conste en autos "la total ejecución de la sentencia". Preceptos, todos ellos, contenidos en un capítulo que lleva por rúbrica "ejecución de sentencias"[45].

---

[43] Art. 105.1 LJ: "No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo".

[44] Así lo sostiene PÉREZ GÓMEZ, J., *La ejecución de resoluciones judiciales en litigios frente a las Administraciones Públicas*, CEMCI, 2003, p. 96.

[45] Santiago Vázques Selles se muestra favorable a un entendimiento amplio de la expresión "sentencia", que incluya, en su seno, también a los autos: "debemos advertir cómo a pesar de que el legislador emplee expresamente el término sentencia, nada debe impedir la aplicación de esta vía impugnatoria incidental cuando se trata de actuaciones administrativas que sean contrarias y traten de eludir otras clases de resoluciones judiciales, cómo son los autos, que con tanta frecuencia se dictan precisamente en fase de ejecución de sentencia"; VÁZQUEZ SELLES, S., "La nulidad de los actos y disposiciones administrativas contrarias a las sentencias y que tratan de eludir su cumplimiento: el nuevo control incidental de la Ley 29/1998", ob. cit., p. 1736.

2.2.2. Requisito subjetivo: la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia

Para que pueda declararse la nulidad de pleno derecho de un acto o disposición, por la vía del art. 103.4 LJ, no basta con que objetivamente sea contrario a los pronunciamientos de una sentencia. Se exige un segundo requisito, en este caso de carácter subjetivo: que esos actos o disposiciones "se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento" (art. 103.4 LJ). Se introduce, de este modo, un elemento de carácter volitivo: la Administración debe actuar con una determinada intención, debe querer ese concreto fin. En definitiva, es preciso un ánimo defraudatorio en la Administración: la voluntad de eludir la sentencia[46].

A. Fundamento del requisito subjetivo: búsqueda de un equilibrio de intereses

El establecimiento del requisito subjetivo es expresión del deseo del legislador de encontrar un difícil equilibrio entre los diversos intereses en juego en caso de que la Administración realice una actuación objetivamente contraria a una sentencia.

Por un lado, está presente el interés en que efectivamente se ejecute la sentencia, removiéndose el obstáculo que para ello pueda representar la oposición de la actuación administrativa posterior. De este interés es titular, claro está, el particular beneficiado por la sentencia, que esgrimirá, a su favor, el derecho a la ejecución y, en tanto que continente suyo, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pero también es titular la comunidad en su conjunto, en tanto que puede sostenerse la existencia de un interés general en el cumplimiento de las sentencias, como medio necesario para garantizar la legalidad en ellas declarada y para asegurar el control de la Administración.

Por otro lado, y en contraposición, está también presente el interés en que se mantenga la actuación administrativa posterior y opuesta a la sentencia. Esta actuación puede estar totalmente desconectada de la sentencia, aunque resulte contraria a sus pronunciamientos. Titular del interés, en estos casos, lo es la Administración actuante, que no debe ver limitada sus posibilidades de actuación en el sector en el que recayó la sentencia. Y, en la medida en que esa actuación administrativa futura debe perseguir el interés general, también será titular del interés la comunidad en su conjunto. Los cambios normativos provocados por la Administración y sobrevenidos a la sentencia son un buen ejemplo de lo que estamos diciendo. Cabe también, sin embargo, que la actuación posterior se realice por la Administración con la finalidad específica de impedir la ejecución de la sentencia. Detrás de esa finalidad puede esconderse el convencimiento de la Administración de que esta ejecución es contraria al interés general o, simplemente, un ánimo defraudatorio carente de cualquier legitimación.

La búsqueda de un equilibrio entre los intereses contrapuestos implica, de entrada, descartar las soluciones más radicales: la declaración de nulidad de toda actuación administrativa que objetivamente se oponga a una sentencia o bien la declaración de la imposibilidad de ejecutar la sentencia en todos estos casos. La primera solución paraliza a la Administración, con un sacrificio total del segundo de los intereses expuestos. La segunda solución, en cambio, deja en manos de la Administración el efectivo cumplimiento de las sentencias, con un total sacrificio del primero de los intereses descritos.

El art. 103.4 LJ, en este contexto, pretende ofrecer una solución equilibrada, fruto de la ponderación de intereses realizada por el legislador: solamente se declarará la nulidad de la actuación contraria a la sentencia cuando haya sido realizada por la Administración con la finalidad de eludir su cumplimiento. El equilibrio legal, pues, gira en torno del requisito subjetivo: la presencia de la voluntad elusiva determina la preferencia de una solución frente a la otra y, con ello, la satisfacción de un interés frente al contrapuesto. La sola oposición objetiva de la actuación a los pronunciamientos de la sentencia, sin que se acompañe del elemento subjetivo, no determina la nulidad de la actuación administrativa y sí, en su caso, la no ejecución (total o parcial) de la resolución judicial. En este caso, se compensará al particular beneficiado por la sentencia con el pago de una indemnización. La prueba de la finalidad elusiva, en cambio, permite la declaración de nulidad de la actuación y, por tanto, garantiza la ejecución de la sentencia. Si detrás de esa finalidad se encuentra el temor fundado de la Administración a que la ejecución cause un perjuicio al interés general, podrá acudirse a la expropiación de los derechos o intereses legítimos reconocidos en la sentencia (art. 105.3 LJ)[47].

---

[46] "Se trata de la exigencia de un ánimo defraudatorio, es decir, un ánimo subjetivo de dejar sin contenido los pronunciamientos de la resolución"; PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 370.

[47] "La finalidad de esta exigencia [requisito subjetivo] es, por tanto, establecer un equilibrio entre la potestad jurisdiccional de ejecución y la potestad normativa de la Administración pública, dando prioridad a la primera en caso de que la segunda se utilice fraudulentamente y a la segunda en el caso de que se utilice de modo correcto, puesto que no cabe, en ningún caso, prevalecer alguna de ambas opciones como una solución radical como sería determinar la nulidad de toda actuación administrativa contraria a los pronunciamientos de la sentencia –lo que equivaldría (…) a privar a la Administración del ejercicio de parte de las potestades que está obligada a desarrollar-, o no prever la posibilidad de

B. La finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia como un supuesto de desviación de poder

La declaración de nulidad de esta actuación de la Administración no plantea ninguna duda cuando carezca de la habilitación legal para llevarla a cabo. Pero esa declaración de nulidad se extiende también a aquellos otros supuestos en los que la Administración tiene atribuida la potestad en cuyo ejercicio realiza la actuación. Lo que sucede es que aquí nos encontraremos ante un caso de desviación de poder: se ejerce la potestad para una finalidad distinta (eludir el cumplimiento de la sentencia) de la determinante de su atribución por la ley (art. 70.2 LJ[48]).

Esta calificación -como desviación de poder- ha sido destacada no sólo por la doctrina[49], sino también por la jurisprudencia. En relación con esta última, y por destacar sólo un ejemplo, la STS de 5 de abril de 2001[50], en su FJ. 5, al enjuiciar un supuesto de imposibilidad de ejecución por cambio sobrevenido del planeamiento urbanístico, expresamente afirma que "están íntimamente relacionados", por un lado, "la doctrina jurisprudencial sobre la desviación de poder" y, por otro, "la doctrina jurisprudencial sobre inejecución de sentencia en sus propios términos cuando dicha ejecución puede entrañar la demolición de edificaciones que pueden ser legalizadas por acomodarse al nuevo planeamiento urbanístico vigente en el momento de la ejecución".

Ni que decir tiene que la sola contrariedad objetiva de la actuación de la Administración con los pronunciamientos de la sentencia no es suficiente para que pueda afirmarse la existencia de un vicio de desviación de poder. Es la presencia añadida del elemento subjetivo que estamos analizando la que determina su concurrencia. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo. En su sentencia de 28 de marzo de 1990, en un supuesto en el que se enjuicia la imposibilidad de ejecución por revisión del planeamiento urbanístico, afirma que este cambio normativo: "se ha realizado por entender que con ello se sirven intereses comunitarios y no otros reprobables, pues ninguna probanza eficaz se ha logrado que permita asegurar lo contrario, y ello ha de quedar proclamado aunque pueda impedir la ejecución, en sus propios términos, de una sentencia firme, porque el hecho de que, objetivamente, se produzca este resultado colateral, no es óbice para sostener que se persigue un fin de interés social, sin incidir en desviación de poder"[51].

Conviene recordar, no obstante, que la sanción prevista para el caso que nos ocupa es la nulidad de pleno derecho y no la anulabilidad, a pesar de que ésta última constituye la regla general de los vicios de desviación de poder, según lo dispuesto en el art. 63.1 LRJPAC[52]. Sin perjuicio de que más adelante examinemos con detalle las consecuencias jurídicas derivadas de la infracción recogida en el art. 103.4 LJ, y como puede influir en este punto su calificación como vicio de desviación de poder, adelantamos ya que estamos ante un supuesto peculiar de desviación de poder, al menos desde el punto de vista de su sanción[53].

---

controlar dentro del propio proceso de ejecución las actuaciones administrativas tendentes a eludir la eficacia de la sentencia –lo que equivaldría a vaciar de contenido no sólo el derecho de ejecución, sino todo el sistema de control jurisdiccional de la actuación de la Administración, pues ésta dejaría sin efecto las resoluciones dictadas en el ejercicio de aquél siempre que lo estimase conveniente para sus intereses"; PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 371. En este mismo sentido se pronuncia MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 148.

[48] Art. 70.2, último párrafo, LJ: "Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

[49] Así, entre otros, VÁZQUEZ SELLES, S., "La nulidad de los actos y disposiciones administrativas contrarias a las sentencias y que tratan de eludir su cumplimiento: el nuevo control incidental de la Ley 29/1998", ob. cit., p. 1737; BAÑO LEÓN, J.M., "Ejecución de sentencias", ob. cit., p. 722; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, ob. cit., p. 1773; BERBEROFF AYUDA, D., "Diagnosis de la ejecución de sentencias", en Francisco Javier Pueyo Calleja, *Diagnosis de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Perspectivas de futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 192; y EZQUERRA HUERVA, *La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública*, ob. cit., pp. 175-176.

[50] STS de 5 de abril de 2001 (Ar. 3030) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil).

[51] STS de 28 de marzo de 1990 (Ar. 2264) (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan García-Ramos Iturralde). La cita se corresponde con el séptimo considerando de la sentencia apelada y que es aceptado por el Tribunal Supremo.

[52] Art. 63.1 LRJPAC: "Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

[53] Santiago Vázquez Selles, tras afirmar que los actos o disposiciones administrativos que dictados con la finalidad de eludir el cumplimiento de una sentencia constituyen "verdaderos supuestos de desviación de poder", añade: "Esto nos podría llevar a la conclusión difícilmente admisible de que cuando un acto incurra en cualquier desviación de poder es anulable pero cuando dicha desviación consista en pretender eludir un fallo judicial, en tal caso será nulo de pleno

C. La dificultad probatoria del requisito subjetivo

El requisito subjetivo legalmente exigido entraña una gran dificultad probatoria. Para que pueda declararse la nulidad de la actuación, en efecto, es preciso acreditar que la Administración la realizó con la intención de eludir el cumplimiento de la sentencia. Señalan esta dificultad la doctrina de modo prácticamente unánime y también la jurisprudencia. Así, por ejemplo, un Tribunal Supremo consciente del problema, en el FJ. 3 de su sentencia de 12 de julio de 2004, lo califica de "requisito subjetivo de difícil prueba"[54].

a. La finalidad de eludir el cumplimiento debe entenderse en sentido objetivo y no subjetivo

La prueba de la existencia de un elemento volitivo, esto es, de que el sujeto ha actuado movido por un determinado ánimo, es siempre difícil. Pero mucho más lo es si la intención que debe probarse se predica de un sujeto que no es una persona física, sino un ente, como es el caso de la Administración, cuya voluntad se forma a través de la concurrencia de las voluntades de las personas físicas que componen el órgano que efectivamente ha actuado[55].

Esta dificultad probatoria, en nuestra opinión, puede ser superada, al menos parcialmente, si se interpreta en sentido objetivo y no subjetivo el requisito legal de que la actuación administrativa haya sido realizada con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia. La acreditación de esa intención no pasa por averiguar y luego demostrar la voluntad de la Administración, reto cuya superación aparece como imposible. Lo que debe probarse es la concurrencia de circunstancias objetivas que ponen de manifiesto que la Administración ha querido eludir la ejecución. En definitiva, la intención de eludir debe quedar probada, por imperativo legal, pero esta labor debe acometerse probando indicios o circunstancias objetivas que rodeen el caso y no directamente la voluntad de la Administración[56].

b. La existencia de una presunción iuris tantum y la inversión de la carga de la prueba

La prueba de la intención administrativa de eludir la ejecución, cuya dificultad ha quedado ya indicada, es una pesada losa sobre el particular que, beneficiado por la sentencia, pretende la declaración de nulidad de la actuación de la Administración que se opone a su cumplimiento. Para aliviar esta carga, algunos autores afirman la existencia de una presunción *iuris tantum* en este punto: la prueba del requisito objetivo hace nacer la presunción, destruible con prueba en contrario, del cumplimiento del requisito subjetivo. Con lo que se produce una inversión de la carga de la prueba: será la Administración la que deberá probar que no realizó la actuación con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia[57].

---

derecho"; VÁZQUEZ SELLES, S., "La nulidad de los actos y disposiciones administrativas contrarias a las sentencias y que tratan de eludir su cumplimiento: el nuevo control incidental de la Ley 29/1998", ob. cit., p. 1737.

[54] STS de 12 de julio de 2004 (Ar. 4242) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Trujillo Mamely).

[55] Así lo destaca PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 370.

[56] Sostiene que la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia "debe entenderse en sentido objetivo y no subjetivo", TORNOS MAS, J., "Ejecución de sentencias", en Jesús María Santos Vijande, (dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Edersa, Madrid, 1999., p. 834. En este mismo sentido, afirma que "más que ir a una determinación concreta del ánimo subjetivo, lo que resultando muy difícil si se trata de personas físicas, lo es más aún en el caso de las personas jurídicas, se deberán determinar los indicios que supongan una indicación del ánimo fraudulento", PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, ob. cit., nota 1130 de pp. 370 y 371. Compartiendo este razonamiento, y tras recordar que la ley requiere comprobar cuál es la intención de la Administración, opina que "esta comprobación no exige profundizar en la voluntad administrativa de fondo, sino en sus circunstancias objetivas. (…) No se trata, pues, de demostrar la voluntad de la Administración, sino de probar la concurrencia de determinadas circunstancias que manifiestan que la Administración ha querido eludir la ejecución", concluyendo que la prueba del elemento subjetivo "se hará más sobre la base de las circunstancias objetivas que rodean el caso que en función de la concreta intención de la Administración al dictar el acto", MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, ob. cit., pp. 148 y 150.

[57] "Este segundo elemento [la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia] lleva implícita la dificultad probatoria, si bien en la mayor parte de los supuestos se desprenderá, a modo de presunción «iuris tantum» del requisito objetivo", GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 2ª edición, ob. cit., p. 876. En un sentido parecido, sostiene que la finalidad elusiva de la Administración "habría que presumirla en todo caso", DE LA TORRE NIETO, J.L., *Jurisdicción contencioso-administrativa. (Comentarios a la ley 29/98 de 13 de Julio)*, en Revista Xurídica Galega. Monografías, 1999, p. 329.

El Tribunal Supremo que, como ya ha quedado dicho, es consciente de la dificultad probatoria, en el FJ. 3 de su sentencia de 12 de julio de 2004, tras calificar la exigencia legal de la finalidad elusiva como un "requisito subjetivo de difícil prueba", añade: "si bien en la mayor parte de casos, como ha señalado la doctrina científica, se desprenderá a modo de presunción iuris tantum del requisito objetivo"[58].

La actitud de desconfianza frente a las intenciones de la Administración que trasluce la citada sentencia, sin embargo, no se corresponde perfectamente con la mantenida en anteriores resoluciones. Por ejemplo, en aquellas en las que el Tribunal Supremo tiene que enjuiciar la imposibilidad de ejecución de una sentencia como consecuencia de un cambio sobrevenido en el ordenamiento provocado por la modificación de un plan urbanístico. En estos casos, el Tribunal no ha afirmado de modo expreso la presunción *iuris tantum* arriba expuesta. Antes al contrario, según la STS de 28 de marzo de 1990: "la presunción de que la Administración actúa siempre en aras del bien común, persiguiendo la finalidad de servir los intereses generales, ha de prevalecer mientras no se produzca una adecuada prueba en contrario"[59] .

Para ser justos, sin embargo, debemos añadir que, en alguna otra sentencia sobre este mismo tema, el Tribunal Supremo parece mantener una posición menos clara. Así en su posterior sentencia de 5 de abril de 2001[60]. En su FJ. 8 confirma la sentencia recurrida con el argumento de que "no se ha demostrado que la modificación del planeamiento (…) que (…) [se] ha opuesto a la ejecución de la sentencia tenga otra justificación que la de impedir la ejecución". De esta afirmación cabría deducir, en principio, que la carga de la prueba corresponde a la Administración: es ella la que debe probar que la modificación del plan tenía otra finalidad distinta. Si no lo hace, se entenderá que la modificación normativa tiene como finalidad la desviada de eludir el cumplimiento de la sentencia. Aunque no se explicite, el resultado práctico final es el mismo de la presunción iuris tantum ya indicada. Ahora bien, la lectura atenta del resto del fundamento jurídico citado contradice esta conclusión. A pesar de la afirmación transcrita, en efecto, la sentencia se detiene a enumerar toda una serie de datos que "revelan que, lejos de existir razones objetivas y reconocibles de tipo urbanístico que aconsejaran la modificación del plan (…), ha sido sólo la voluntad municipal de que no se ejecutara la sentencia lo que llevó a la corporación" a aprobar la revisión del planeamiento. Lo que resulta probado, con los datos analizados, es que la actuación administrativa se realizó con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia. La finalidad desviada no se presume, pues, sino que ha resultado convenientemente acreditada.

Este cambio de orientación del Tribunal Supremo, sin embargo, se acentúa en la posterior sentencia de 10 de diciembre de 2003[61]. En su FJ. 4, en concreto, considera una "lógica consecuencia" de lo dispuesto en el art. 103.4 y 5 LJ "que, si bien la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico". La Administración, pues, "debe" acreditar que actúa movida por una finalidad distinta a la de eludir el cumplimiento de la sentencia. Sobre ella pesa, por tanto, la carga de la prueba.

Descrita la tesis que defiende la existencia de una presunción *iuris tantum*, queda por determinar los supuestos en los que dicha presunción opera. Esta cuestión tiene interés porque sus defensores no suelen afirmar de modo rotundo su operatividad en todos los casos. Así, en la doctrina, se sostiene que el requisito subjetivo se presume del requisito objetivo "en la mayor parte de los supuestos". No necesariamente en todos, pues[62]. Y siguiendo a esta "doctrina científica", usando los mismos términos empleados por el Tribunal Supremo, su reiterada sentencia de 12 de julio de 2004, en su FJ. 3, afirma igualmente que la presunción opera "en la mayor parte de casos"[63].

---

[58] STS de 12 de julio de 2004 (Ar. 4242) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Trujillo Mamely).

[59] STS de 28 de marzo de 1990 (Ar. 2264) (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan García-Ramos Iturralde). La cita se corresponde con el séptimo considerando de la sentencia apelada y que es aceptado por el Tribunal Supremo.

[60] STS de 5 de abril de 2001 (Ar. 3030) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil).

[61] STS de 10 de diciembre de 2003 (Ar. 107) (Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez).

[62] Nos referimos a GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 2ª edición, ob. cit., en cuya p. 876 se afirma que el requisito subjetivo: "lleva implícita la dificultad probatoria, si bien *en la mayor parte de los supuestos* se desprenderá, a modo de presunción «iuris tantum» del requisito objetivo" (la cursiva es nuestra).

[63] En el FJ. 3 de la STS de 12 de julio de 2004 (Ar. 4242) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Trujillo Mamely) puede leerse que la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia es un "requisito subjetivo de difícil prueba, si bien *en la mayor parte de los casos*, como ha señalado la doctrina científica, se desprenderá a modo de presunción iuris tantum del requisito objetivo" (la cursiva es nuestra).

Antes de terminar este apartado es preciso realizar una valoración crítica de la tesis que mantiene la existencia de una presunción *iruis tantum* del elemento subjetivo. No cabe duda de que esta presunción facilita enormemente la prueba de este requisito y, consecuentemente, la posibilidad de que se declare la nulidad de la actuación de la Administración. De este modo, se corrige en gran medida los efectos limitativos que, en relación con la aplicación del art. 103.4 y 5 LJ, provoca su condicionamiento a que quede acreditada la finalidad elusiva de la Administración. En contra de dicha presunción, sin embargo, debe recordarse que no viene establecida de modo expreso en la ley. Y, en segundo lugar, que su afirmación resulta un tanto paradójica, puesto que, a nuestro juicio, lo que debería presumirse es justo lo contrario, esto es, que la actuación administrativa se ha realizado correctamente. En el nuevo marco constitucional y con vigencia plena del principio de legalidad administrativa, lo suyo es confiar en que la Administración, como poder público, dicte sus actos y disposiciones persiguiendo fines de interés público. Y no presumir, aunque quepa prueba en contrario, que actúa con una finalidad desviada: que pretende dejar sin efectos la actuación de otro de los poderes del Estado[64].

D. La finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia y responsabilidad penal del funcionario

El incumplimiento de una sentencia puede dar lugar al nacimiento de responsabilidad penal del funcionario. El art. 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LRJPAC) ya prevé la posibilidad de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como de la responsabilidad civil derivada del delito. El art. 112 LJ, por su parte, dispone que el tribunal que conoce de la ejecución podrá deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder. El Código Penal, por último, dentro de los delitos contra la Administración pública, tipifica el delito de prevaricación administrativa[65] y el de desobediencia a la autoridad judicial, incluyendo, dentro de este último, la inejecución de sentencias[66].

Estos tipos penales incluyen en su definición un elemento de carácter subjetivo ("a sabiendas de su injusticia" o "se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento") que impiden la posibilidad de comisión culposa[67]. Pues bien, entendemos que este elemento subjetivo del delito, que se traduce, en definitiva, en la exigencia de un "propósito de incumplir", se asemeja mucho al requisito subjetivo del art. 103.4 LJ: que la Administración haya actuado con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia. Esto no quiere decir, sin embargo, que todos los supuestos en que quepa aplicar el art. 103.4 LJ son subsumibles automáticamente en alguno de los tipos penales indicados. Para que ello pueda hacerse será preciso que se cumplan los demás elementos del tipo. Debe recordarse, por último, que el Tribunal Supremo tiene dicho que la conducta típica, esto es, la conducta recogida en estos tipos penales, es cualquier modalidad de incumplimiento[68].

E. Relación entre los artículos 103.4 y 105.2 LJ: la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia como criterio delimitador de la nulidad de pleno derecho y la imposibilidad de ejecución de la sentencia

No todos los supuestos de contradicción objetiva entre los pronunciamientos de una sentencia y una actuación posterior de la Administración determinan la nulidad de dicha actuación. La invalidez solamente se producirá si la Administración actuó con la finalidad de eludir su cumplimiento. En caso contrario, estaremos ante un supuesto de imposibilidad de ejecución previsto en el art. 105.2 LJ. Este elemento subjetivo –la persecución de esa concreta finalidad- se convierte, de este modo, en el criterio determinante de la aplicación del art. 103.4 o del art. 105.2 LJ. En otras palabras, de que se declare la nulidad de la actuación de la Administración y se proceda a la ejecución de la sentencia o, en cambio, de que se mantenga dicha actuación y se declare la imposibilidad de la ejecución.

---

[64] La peculiar posición jurídica de la Administración, recuérdese, fundamenta la presunción de validez de sus actos administrativos (art. 57.1 LRJPAC).

[65] Art. 404 del Código Penal: "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años".

[66] Art. 410.1 del Código Penal: "Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales (…) dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años".

[67] FJ. 6 de la STS, Sala de lo Penal, de 10 de junio de 1998 (Ar. 5493) (Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri).

[68] FJ. 3 de la STS, Sala de lo Penal, de 14 de octubre de 1992 (Ar. 8193) (Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo) y FJ. 6 de la STS, Sala de lo Penal, de 10 de junio de 1998 (Ar. 5493) (Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri)

El legislador de 1998, en este punto, no ha innovado: se limita a confirmar una ya larga orientación jurisprudencial. La propia expresión legal de "eludir el cumplimiento de la sentencia" ha sido tomada del Tribunal Supremo.

Puede servir como ejemplo de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo su sentencia de 23 de enero de 1996[69], en cuyo FJ. 2 se afirma que: "los términos de una resolución judicial no pueden ser un obstáculo a la posibilidad de que se dicten disposiciones que puedan oponerse a lo resuelto en una sentencia, siempre que las mismas respondan a exigencias de interés público, y no a la finalidad de frustrar lo resuelto por la autoridad judicial". En esta misma línea, en el FJ 3º de la reciente sentencia de 12 de julio de 2004[70], puede leerse: "lo decisivo será determinar si con el nuevo acto administrativo se ha incumplido ese mandato de intangibilidad de las sentencias; ya que si bien, en principio, resulta indudable que la nulidad de pleno derecho de una disposición o acto administrativo conlleva la consecuencia, «ex» artículo 103.4 de la vigente Ley (…), de restablecer el orden jurídico que existía antes de dictarse la disposición o acto que anula, tal doctrina no puede aplicarse de modo tan radical e incondicionado que conduzca, en todo caso, a ejecutar la sentencia anulatoria más allá de sus límites objetivos, proyectando su declaración de nulidad a disposiciones o actos administrativos posteriores que, sin ser pura y simple ejecución de los anulados, ni responder a la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia, hayan sido aprobados o publicados sin poner en duda su legalidad".

F. Los supuestos de imposibilidad legal de ejecución por cambio sobrevenido del ordenamiento

Los supuestos en los que con mayor intensidad se plantea la necesidad de decidir la aplicación del art. 103.4 o bien del art. 105.2 LJ son aquellos en los que la Administración, a través de la aprobación de una disposición normativa que provoca un cambio sobrevenido del ordenamiento, impide que pueda ejecutarse una sentencia. El criterio rector de esa decisión, como sabemos, es atender a la finalidad perseguida: si lo que se pretende es eludir el cumplimiento de la sentencia, la norma administrativa será nula de pleno derecho; si no se persigue ese fin, en cambio, lo que procede es, a través del correspondiente incidente de ejecución, la declaración de la imposibilidad legal de ejecución, con la consiguiente sustitución de la prestación del fallo por su equivalente pecuniario.

El cambio sobrevenido del ordenamiento puede ser producido por cualquier tipo de norma que apruebe la Administración. Así, puede obedecer tanto a un cambio reglamentario como, más frecuentemente, a una modificación del planeamiento.

Puede servir de ejemplo de modificación del ordenamiento por cambio reglamentario el asunto resuelto en el ATS de 19 de diciembre de 1994[71]. La Audiencia Territorial de Burgos, en su sentencia de 20 de noviembre de 1986, declara la nulidad de los actos impugnados relativos al cese del particular recurrente como Director de un Conservatorio Profesional de Música de Santander. Interpuesto recurso de apelación por la Diputación Regional de Cantabria, la STS de 27 de enero de 1989[72] lo desestima, confirmando la sentencia apelada.

En fase de ejecución, la Diputación Regional de Cantabria promueve un incidente de imposibilidad jurídica de la ejecución en forma específica de la sentencia, consistente en la reposición del recurrente en el puesto de Director del Conservatorio. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León resuelve el incidente mediante un auto de 10 de octubre de 1989, en el que declara la imposibilidad legal de ejecución y fija como forma sustitutoria el pago de una indemnización. Se justifica en dicho auto la imposibilidad de ejecución específica razonando que "los actos dictados por la Diputación Regional de Cantabria (los de nombramiento de otros dos directores sucesivamente) (…) no pretenden incumplir la ejecución de la misma [la sentencia], sino que han sido consecuencia del devenir legislativo y la acomodación de la realidad social a la nueva regulación jurídica de la materia". Los "elementos de ese devenir normativo" son "la aprobación y publicación del Decreto de fecha 7 de octubre de 1982 por el que se crea el Patronato del Conservatorio y, sobre todo, el Real Decreto 2732/1986, de 24 de diciembre, que establece un nuevo sistema de elección de dos nuevos directores elegidos, incluyendo el actual, por el nuevo sistema de selección por el Consejo Escolar". Llegándose a la conclusión, en el auto indicado, de que "tales disposiciones y actos no son simples medios de ejecución del acto anulado, ni se han dictado para eludir el cumplimiento de la sentencia".

Interpuesto recurso de apelación contra este auto, es desestimado por el citado ATS de 19 de diciembre de 1994. Según este tribunal: "la cuestión consiste en examinar si los nombramientos de los dos directores que han sucedido en el cargo al recurrente han sido motivados por su cese previo, en cuyo caso existiría la conexión entre el acto anulado y los que traen causa de él, o si tienen una causa jurídica distinta, debiéndose, como es el caso, a la necesidad de aplicar una normativa nueva, que hubiera determinado de por sí el cese del demandante en el cargo que ostentaba, si es que

[69] STS de 23 de enero de 1996 (Ar. 437) (Ponente: Excmo. Sr. D. Oscar González González).

[70] STS de 12 de julio de 2004 (Ar. 4242) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Trujillo Mamely).

[71] ATS de 19 de diciembre de 1994 (Ar. 10689) (Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas).

[72] STS de 27 de enero de 1989 (Ar. 468) (Ponente: Excmo. Sr. D. Benito S. Martínez Sanjuán).

hubiera permanecido en él hasta la entrada en vigor de dicha normativa", añadiendo que: "los nombramientos posteriores al cese del actor ni son medios de ejecución del acto anulado por la sentencia, ni se han dictado para eludirla". Prosigue el tribunal: "La modificación normativa introducida por el Real Decreto 2732/1986, de 24 de diciembre, en cuanto al nombramiento de directores de centros públicos de enseñanzas artísticas (…), es de por sí un evento que nada tiene que ver con el hecho del cese anterior del recurrente, y ajeno totalmente a la Diputación Regional de Cantabria". Y concluye: "Está, por tanto, clara la imposibilidad legal de la ejecución en forma específica, que entraría en colisión directa con la normativa surgida con posterioridad a la sentencia, de cuya ejecución se trata". Como puede observarse, el criterio determinante para aceptar esta imposibilidad legal de ejecución es que la actuación a ella contraria no puede concebirse como medio de ejecución del acto anulado por la sentencia, ni ha sido realizada para eludir su cumplimiento.

El cambio sobrevenido en el ordenamiento puede ser también producido, y así sucede frecuentemente, por una modificación del planeamiento urbanístico. Como ilustración de estos supuestos puede traerse la STS de 5 de abril de 2001[73], que resuelve el conocido caso del "Fortín de la Reina". Los hechos, en breve, son los siguientes. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 2 de julio de 1992, anuló una licencia de obras concedida por el Ayuntamiento de Tarragona a una entidad privada para la restauración del denominado "Fortín de la Reina", para ser destinado a restaurante. La razón de la anulación fue que el Plan General de Tarragona calificaba el terreno en que está situada esa edificación como zona verde. Ya en fase de ejecución de sentencia, el Ayuntamiento de Tarragona promovió incidente de imposibilidad legal de ejecución, al haber sido aprobada, en 10 de enero de 1995, la revisión del citado Plan General de Tarragona, variando las determinaciones urbanísticas aplicables al "Fortín de la Reina", de suerte que las obras y el uso pasaban a ser legales.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dicta resolución, con fecha 17 de febrero de 1996, desestimando la solicitud de imposibilidad de ejecución y, por tanto, ordenando la inmediata ejecución de la sentencia en sus propios términos, y, además, declarando la nulidad de la revisión del Plan. La decisión del tribunal se basa en el argumento de que "no ha existido en el caso una legalidad sobrevenida que imposibilitara la ejecución de la sentencia (…), sino una legalidad traída, hecha venir a propósito para impedir la ejecución de la sentencia originaria, y ello no puede ser considerado sino como un uso desviado de las potestades de planeamiento que al Municipio corresponden", esto es, una desviación de poder.

Contra esta resolución incidental interpone el Ayuntamiento de Tarragona recurso de casación, que es desestimado por la citada STS de 5 de abril de 2001. En su FJ. 7 puede leerse: "Sobre el problema más concreto de si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sólo puede concluirse lo siguiente: esa modificación no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute". Y continúa: "Esta conclusión (matizada y que remite la solución al examen de las circunstancias concretas de cada caso) justifica la diversidad de decisiones que este Tribunal Supremo ha adoptado, y que van desde la afirmación de que la modificación del planeamiento es causa de inejecución de las sentencias (…) hasta la conclusión de que la modificación del planeamiento no es causa de inejecución".

3. Procedimiento para la declaración de nulidad

Según dispone el art. 103.5 LJ, "el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia" declarará la nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones que la contradigan "por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109", estableciéndose, a continuación, una excepción: "salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley".

Desde una perspectiva procedimental, son tres las vías posibles, en atención a dos datos. Primero: si la Administración dictó o no el acto o disposición con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia. Y, en caso de respuesta afirmativa, como segundo dato: si el órgano judicial a quien corresponda la ejecución de la sentencia es o no competente, según las reglas generales, para declarar la nulidad del acto o disposición.

3.1. Primera vía: incidente de imposibilidad de ejecución de la sentencia

La primera operación a realizar es determinar si la Administración dictó el acto o disposición con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia. Esta delicada operación se fía al órgano judicial con competencia sobre la ejecución[74]. En caso de respuesta negativa, esto es, si estima que la actuación administrativa se realizó con una finalidad legítima, no resultará de aplicación el art. 103.4, sino el art. 105.2 LJ. A pesar de su contrariedad objetiva con los pronunciamientos

[73] STS de 5 de abril de 2001 (Ar. 3030) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil).

[74] Baño León, J.M., "Comentario al art. 103.4 y 5", ob. cit., p. 722.

de la sentencia, no se podrá declarar la nulidad del acto o disposición (al menos, no por la causa de nulidad recogida en el primero de los preceptos indicados). Estaremos ante un supuesto de imposibilidad de ejecución, que deberá tramitarse por la vía incidental prevista en el citado art. 105.2 LJ. La competencia para la resolución del incidente corresponde al órgano judicial que dictó la sentencia y, por tanto, a quien también corresponde conocer de su ejecución.

3.2. SEGUNDA VÍA: DECLARACIÓN DE NULIDAD MEDIANTE INCIDENTE DE EJECUCIÓN

En el caso de que el órgano judicial con competencia sobre la ejecución estime que la Administración actuó con la finalidad ilegítima de eludir el cumplimiento de la sentencia, procede la declaración de nulidad prevista en el art. 103.4 LJ. Por lo tanto, no será posible usar la vía del art. 105.2 LJ: no cabe que se mantenga la validez del acto o disposición y se declare la imposibilidad de ejecutar la sentencia.

El procedimiento a seguir para declarar esa nulidad, a la luz de lo dispuesto en el art. 103.5 LJ, se hace depender de que el órgano judicial competente para conocer de la ejecución (art. 7.1 LJ) lo sea también, en aplicación de las reglas generales de competencia (arts. 6 y ss. LJ), para declarar la nulidad del acto o disposición de que se trate.

En el caso de que ambas competencias coincidan en el mismo órgano judicial, el apartado quinto del artículo indicado prescribe que la declaración de nulidad se realizará por ese mismo órgano judicial "a instancia de parte (…) por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109".

En los remitidos apartados 2[75] y 3[76] del art. 109 LJ se establecen, de manera muy escueta, las reglas procedimentales para tramitar los incidentes de ejecución. Esta escasa regulación deja sin resolver algunos problemas. A título de ejemplo, y sin voluntad de entrar ahora en su análisis, pueden indicarse la legitimación[77] o el plazo[78] para solicitar incidentalmente la nulidad del acto o disposición.

Queda claro, por tanto, que la declaración de nulidad no requiere que el particular interponga un nuevo recurso contencioso-administrativo contra el acto o disposición, que dé lugar a un proceso autónomo. El legislador configura este asunto como relativo a la ejecución y dispone, en consecuencia, que sea resuelto dentro de esa fase y por el órgano judicial con competencia sobre ella. A ello parece referirse la Exposición de Motivos de la nueva Ley de la Jurisdicción, al afirmar que la regulación que establece "previene frente a las ejecuciones aparentes, declarando a nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a los pronunciamientos y estableciendo una forma rápida para anularlos" (punto VI.3).

El legislador, sin embargo, no ha hecho sino recoger lo que es una ya consolidada doctrina de nuestro Tribunal Supremo y, con posterioridad, también del Tribunal Constitucional. Ambos tribunales vienen manteniendo, en efecto, que la garantía de la eficacia real de las sentencias depende de que los propios órganos judiciales reaccionen frente a actuaciones de la Administración que se opongan a su contenido y, además, que lo hagan en el propio procedimiento incidental de ejecución.

---

[75] Art. 109.2 LJ: "Del escrito planteando la cuestión incidental se dará traslado a las partes para que, en plazo común que no excederá de veinte días, aleguen lo que estimen procedente".

[76] Art. 109.3 LJ: "Evacuado el traslado o transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, el Juez o Tribunal dictará auto, en el plazo de diez días, decidiendo la cuestión planteada".

[77] La declaración de nulidad se realiza "a instancia de parte", según dispone expresamente el art. 103.5 LJ. Aunque este tipo de nulidad es vigilable de oficio, el precepto indicado parece derogar este principio e impone la solicitud de parte. Queda por determinar, sin embargo, que se entiende por "parte", en el sentido de si puede incluirse en dicha expresión también a la Administración. O, incluso, si esta causa de nulidad puede ser invocada por terceros (interesados que no fueron parte en el proceso que nos ocupa) en un proceso distinto. Sobre estas cuestiones, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, ob. cit., p. 877; BAÑO LEÓN, J.M., "Comentario al art. 103.4 y 5", ob. cit., p. 724; y GIMENO SENDRA, V., *Comentarios a la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción de 1998*, ob. cit., p. 731.

[78] La ley no prevé plazo alguno en el que deba solicitarse la nulidad del acto o disposición contrarios a la sentencia. Esa ausencia de plazo parece ajustarse a la naturaleza de la nulidad de pleno derecho, en tanto que, como vicio insubsanable, no está sujeta a plazo prescriptivo alguno. "Sin embargo, desde nuestro punto de vista, no parece oportuno mantener la fase de ejecución en situación de perpetua pendencia. Hubiera sido más lógico limitar temporalmente la posibilidad de instar la nulidad en fase de ejecución, sin perjuicio de la posibilidad de hacerlo por los cauces ordinarios de impugnación, esto es, interponiendo un nuevo recurso contencioso, una vez expirado el plazo que razonablemente debiera haberse fijado. Tal es el criterio que parece haber inspirado la redacción del apartado 110.1c) de la Ley, que condiciona la extensión de efectos de las sentencias en fase de ejecución a que se solicite en el plazo de un año desde la última notificación"; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, ob. cit., p. 878.

El Tribunal Supremo, por su parte, viene sosteniendo esta tesis desde hace muchos años. Sirva como ejemplo su sentencia de 3 de abril de 1930[79], en la que se afirma que "para vencer todos los obstáculos que por la Administración se pongan a su cumplimiento [de la sentencia], para resolver las dificultades que para ello puedan surgir, y la resistencia que para llevarla a puro y debido efecto se encuentre en las autoridades administrativas, lo cual no supone otra cosa que cumplimentar el fallo del tribunal, es a todas luces improcedente la incoación de un nuevo recurso contencioso". Esta línea jurisprudencial continúa alimentándose con numerosas sentencias. Por ejemplo, la STS de 27 de enero de 1965[80] o bien la STS de 21 de junio de 1977[81], en la que se sostiene que "es dicho procedimiento de ejecución el cauce único y adecuado para dilucidar las incidencias que la misma [sentencia] origina, no siendo lícito alterar dicho procedimiento, promoviendo nuevos litigios, carecedores de materia, ya que de entenderlo de otro modo, se llegaría a la conclusión de que resultaría indefinida la resolución de las cuestiones sometidas al conocimiento de esta Jurisdicción, pues, por medio de nuevos y sucesivos recursos en ésta vía, se enervaría, si no se anulaba, el carácter de firmeza de su sentencia, cuya completa ejecución sólo cabe reclamar dentro del procedimiento legal al efecto señalado". Línea jurisprudencial que, en suma, prosigue hasta nuestros días, incrementada con sentencias posteriores, como la STS de 8 de febrero de 1982[82].

Esta misma tesis ha sido asumida por el Tribunal Constitucional. Así, en el FJ. 2 de la STC 167/1987, de 28 de octubre[83], se afirma: "el derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones firmes de los órganos judiciales no se satisface sólo, como es patente, con la remoción inicial de los obstáculos que a su efectivo cumplimiento pueda oponer la Administración, sino que postula, además, que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución, al cual es, sin duda, aplicable el principio *pro actione* que inspira el artículo 24.1 de la Constitución. Sólo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y, por ende, del control jurisdiccional sobre la Administración, y sólo así pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resultaría incompatible con la tutela eficaz y no la dilatoria que deben prestar los órganos judiciales, los cuales deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental". Con cita literal del fragmento reproducido, la STC 194/1993, de 14 de junio, reitera esta misma doctrina[84].

3.3. TERCERA VÍA: ¿NECESIDAD DE INTERPONER UN NUEVO RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO?

El art. 103.5 LJ condiciona la posibilidad de utilizar la vía incidental en ejecución de sentencia, para declarar la nulidad del acto o disposición contrarios a ella, a que el órgano judicial al que corresponda conocer de la ejecución sea también el competente, en aplicación de las reglas generales de la Ley de la Jurisdicción, para realizar esa declaración de nulidad. Ello plantea la duda de qué camino debe seguirse en el caso de que dicho órgano judicial no sea el competente para realizar esa declaración de nulidad[85].

Con independencia de la valoración que esta solución nos merezca, a nuestro juicio, resulta clara la voluntad del legislador de que, en estos casos, no sea de aplicación el art. 103.5 LJ. En consecuencia, no puede declararse la nulidad del acto o disposición por el órgano judicial que conoce de la ejecución y a través de un incidente.

Parece que el legislador de 1998, con la redacción dada a ese precepto, ha frenado la tendencia jurisprudencial expuesta en el apartado anterior. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional –veíamos- vienen manteniendo una actitud más que generosa a la hora de sostener que todas las cuestiones que afecten a la ejecución de una sentencia deben resolverse en la fase de ejecución y por vía incidental. Es lo que algún autor gráficamente ha

---

[79] STS de 3 de abril de 1930 (Ar. 2701). La cita se corresponde con los considerandos de la sentencia impugnada y que son aceptados por el Tribunal Supremo.

[80] STS de 27 de enero de 1965 (Ar. 165) (Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de Leguina Juárez).

[81] STS de 21 de junio de 1977 (Ar. 2940) (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de No Louis). La cita se corresponde con el sexto considerando reproducido de la sentencia apelada y que es aceptado por el Tribunal Supremo.

[82] STS de 8 de febrero de 1982 (Ar. 922) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Martín del Burgo y Marchán). La cita se corresponde con el segundo considerando de la sentencia.

[83] STC 167/1987, de 28 de octubre (RTC 1987\167) (Ponente: D. Jesús Leguina Villa).

[84] FJ. 3 de la STC 194/1993, de 14 de junio (RTC 1993\194) (Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

[85] Imagínese, por ejemplo, que el Consejo de Ministros dicte una disposición contraria a los pronunciamientos de una sentencia de un Juzgado de lo Contencioso, con la finalidad de eludir su cumplimiento. En este caso, a este Juzgado corresponderá conocer de la ejecución (art. 7.1 LJ), pero la competencia para declarar la nulidad de aquella disposición, en aplicación de la regla contenida en el art. 12.1 LJ, se atribuye al Tribunal Supremo.

denominado "tendencia hacia la unificación procesal y potenciación del proceso de ejecución"[86]. Por ejemplo, en el FJ. 3 de la STS de 5 de abril de 2001[87] se reitera "la posibilidad de los tribunales de lo contencioso-administrativo de anular en incidentes de ejecución de sentencia todos aquellos actos administrativos que impidan la ejecución". Y se remite expresamente a los argumentos contenidos en el FJ 2 de la STC 167/1987, de 28 de octubre[88], donde se califica de "esencial" que la reacción frente a "ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material" de la sentencia se haga "en el propio procedimiento incidental de ejecución". Afirmación que se hace, como no podía ser de otro modo, con un límite: "Todo ello sin perjuicio de que en el incidente de ejecución no puedan resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad, pues de otro modo no sólo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución, sino que podría resultar menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de terceros".

Retomando el hilo argumental, resulta, pues, que el art. 103.5 LJ no es aplicable en estos casos. Pero, en cambio, continúa siendo de aplicación el art. 103.4 LJ: ese acto o disposición es nulo de pleno derecho. Ahora bien, para que esa nulidad pueda declararse será precisa la interposición de un nuevo recurso contencioso-administrativo. En otras palabras, esta cuestión no será resuelta en fase de ejecución, sino que constituirá el objeto de otro proceso contencioso-administrativo.

A favor de esta solución puede argumentarse que respeta las reglas de competencia de los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa[89]. En contra, sin embargo, puede aducirse que este sistema permite a la Administración, simplemente con alterar el órgano que tome la decisión, sustraerse a la posibilidad de que la nulidad del acto contrario a la sentencia pueda ser declarada en la fase de su ejecución. Y obligar al particular a interponer un nuevo recurso contencioso-administrativo puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas[90].

Lo que el legislador no ha resuelto, sin embargo, es la relación entre el proceso de ejecución en marcha y el nuevo recurso contencioso que debe interponerse para declarar la nulidad del acto o disposición contrario a ella. Dos son las alternativas posibles.

---

[86] En palabras de T. Font i Llovet: "La jurisprudencia constitucional ha venido reconduciendo hacia la decisión judicial la responsabilidad para resolver todas cuantas cuestiones se planteen con ocasión de la ejecución de la sentencia. Una consecuencia de ello es la potenciación, que es visible en la LJ, del proceso de ejecución, con una regulación específica del incidente de ejecución en el artículo 109. Ciertamente la Ley no ha llegado a regular todo un proceso ejecutivo en el estricto sentido procesalista del término, pero sí ha subrayado el criterio general de conducir hacia el proceso incidental cuantas cuestiones surjan en la ejecución". Y añade: "Esta situación, a la que cabe denominar tendencia hacia la unificación procesal, tiene como objetivo evitar abrir nuevos procesos judiciales, nuevos recursos contencioso-administrativos contra los actos que dicte la Administración una vez ya se ha dictado sentencia. Y en su lugar, concentrar en manos del órgano jurisdiccional competente para la ejecución de aquella sentencia el conocimiento y decisión sobre la efectiva incidencia en ella de toda actuación ulterior de la Administración"; en FONT i LLOVET, T., "Justicia administrativa y ejecución de sentencias", ob. cit., p. 823.

[87] STS de 5 de abril de 2001 (Ar. 3030) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil).

[88] STC 167/1987, de 28 de octubre (RTC 1987\167) (Ponente: D. Jesús Leguina Villa). Esos mismos argumentos se reiteran en el FJ. 3 de la posterior STC 194/1993, de 14 de junio (RTC 1993\194), de 14 de junio (Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

[89] "Esa solución de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa impide que pueda adoptarse una decisión de declaración de nulidad sobre un acto administrativo que el órgano ejecutor no estaba llamado a enjuiciar, quizá sin posibilidad de recurso, pues no debe olvidarse que la admisibilidad del recurso de apelación o de casación contra los autos recaídos en ejecución de sentencia está condicionada a que quepa dicho recurso contra la sentencia. Con ello, la Ley trata de evitar la alteración que de otro modo podría producirse en el esquema competencial de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuya fijación juegan, entre otras, razones de seguridad jurídica y las mayores posibilidades de error que puede padecer el órgano llamado a decidir sobre un tipo de actos sobre el que ordinariamente carece de competencia", AA.VV., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Tomo VII, ob. cit., p. 95.

[90] AA.VV., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Tomo VII, ob. cit., p. 95. También es muy crítico con esta solución legal, llegando a afirmar que "seguirá en pie la corruptela, tan frecuentemente, de impedir la ejecución a través de disposiciones que convaliden la situación, y, como se señaló al hablar de las dificultades de la ejecución, incluso por ley", GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Volumen II, ob. cit., p. 1774.

La primera es que se detenga la ejecución de la sentencia hasta que se resuelva el recurso contencioso. Una vez declarada la nulidad del acto o disposición en cuestión, puede reanudarse el proceso y hacer efectiva la ejecución.

Ni que decir tiene que esta primera alternativa afecta severamente al derecho a la tutela judicial efectiva (que incluye en su seno el derecho a la ejecución) y al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Estas consecuencias negativas, sin embargo, pueden reducirse mediante la adopción de algunas medidas paliativas. De entrada, y en tanto que el acto impugnado afecta al derecho fundamental recogido en el art. 24.1 de la Constitución, la pretensión de nulidad puede hacerse valer a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (capítulo primero del título quinto de la Ley de la Jurisdicción).Y, en segundo lugar, puede solicitarse, como medida cautelar, la suspensión del acto o disposición impugnado (capítulo segundo del título sexto del mismo texto legal). De igual modo, si lo que se interpone primeramente es un recurso en vía administrativa, también puede solicitarse la suspensión del acto o disposición por fundamentarse la impugnación en una causa de nulidad de pleno derecho (art. 111.2 LRJPAC)[91].

La segunda alternativa consiste en entender que no se detiene el proceso de ejecución. El órgano judicial a quien corresponde la ejecución no debe esperar la resolución del nuevo recurso contencioso, sino que debe cumplir con su obligación y llevar adelante la ejecución, inaplicando el acto o disposición que sean contrarios a ella y obligando a la Administración al cumplimiento de la sentencia que pretende eludir[92]. Cierto que no puede declarar su nulidad, pero tampoco se erigirán en obstáculo a su labor en fase de ejecución[93].

Juega a favor de esta tesis la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del alcance del derecho a la ejecución, como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, y de la posición que debe adoptar el órgano judicial en la fase de ejecución y de la que ya nos hemos ocupado en la parte inicial de este estudio. De la STC 167/1987, de 28 de octubre[94], ya citada, se deriva que el órgano judicial no puede desentenderse de la ejecución, limitándose a un cumplimento puramente formal. Debe asumir una posición activa en tanto que es el garante del derecho a la ejecución. Y, en consecuencia, debe adoptar todas las medidas necesarias no sólo para orientar la ejecución, sino también para remover los obstáculos que se le presenten. En el caso que ahora nos ocupa, debe superar el obstáculo que supone el acto o disposición nulos mediante su inaplicación[95].

Un último apunte antes de terminar este apartado. Una forma de respetar las reglas generales de competencia de los órganos judiciales que, al mismo tiempo, evite al particular la carga de tener que interponer un nuevo recurso contencioso, podría ser articular un mecanismo mediante el cual el juez que conoce de la ejecución pueda plantear una cuestión al juez competente para declarar la nulidad del acto o disposición que se opone a la sentencia. En este sentido, podría plantearse la posible aplicación, al caso que nos ocupa, de la cuestión de ilegalidad (regulada como procedimiento especial en el capítulo segundo del título quinto de la Ley de la Jurisdicción). La respuesta negativa se

---

[91] AA.VV., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Tomo VII, ob. cit., pp. 95-96.

[92] Así lo sostiene J.M. Baño León: "Como resulta de la jurisprudencia constitucional y de nuestro sistema de división de poderes, el Juez es el señor de la ejecución: el único resultado práctico de la inaplicación del artículo 103.5 será que el Juez no podrá formalmente anular el acto o disposición. Nada más. Subsistirá la nulidad del artículo 103.4 y la obligación del Juez de ejecutar la sentencia a su puro y debido efecto prescindiendo de las resoluciones contrarias de la Administración cuando se dicten con la finalidad de eludir la sentencia"; en BAÑO LEÓN, J.M., "Comentario al art. 103.4 y 5", ob. cit., p. 722. Comparte esta tesis, ORTEGA ÁLVAREZ, L., "La ejecución de sentencias", ob. cit., p. 508.

[93] Esta solución, sin embargo, debe dar respuesta al problema que se planteará si, tras inaplicar el acto o disposición, el nuevo recurso contencioso es posteriormente desestimado, esto es, la sentencia que se dicte rechaza la petición de nulidad.

[94] FJ. 2 de la STC 167/1987, de 28 de octubre (RTC 1987\167) (Ponente: D. Jesús Leguina Villa).

[95] "La Ley 29/1998, que ha llevado a sus últimas consecuencias el principio de exclusiva competencia jurisdiccional en la ejecución, no admite una interpretación que empeoraría la situación disminuyendo los poderes del Juez según ha establecido el Tribunal Constitucional, interpretación en consecuencia abiertamente contraria al artículo 117 de la Constitución y que debe descartarse. Así lo prueba el tenor literal del artículo 108.2, que no se refiere exclusivamente a las sentencias de condena; el precepto impone al Juez que remueva los obstáculos que oponga la «actividad» de la Administración (nótese que el vocablo actividad engloba cualquier tipo de actuación administrativa formal o material) reponiendo «la situación al estado exigido por el fallo». El Juez de la ejecución es siempre competente para remover todos los obstáculos que se opongan a la ejecución del fallo y si aprecia que *cualquier* acto o disposición administrativa se dicta con la finalidad de eludir la ejecución debe inaplicarlos y obligar a la Administración al cumplimiento de la sentencia por los medios previstos en los artículos 105 y 106 de la Ley"; en BAÑO LEÓN, J.M., "Comentario al art. 103.4 y 5", ob. cit., p. 723.

impone. De entrada, su utilización sólo sería posible en relación con las "disposiciones" y no los "actos" previstos en el art. 103.4 LJ. Pero, en realidad, tampoco cabe en relación con las disposiciones normativas de la Administración. Tal y como está configurada la cuestión de ilegalidad, presupone la existencia de una sentencia firme que declare la nulidad de un acto por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada (art. 27.1 LJ). No se ajusta al supuesto que nos ocupa. Y además, el art. 126.5 LJ puntualiza que la sentencia que resuelva la cuestión "no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal" que la planteó. La cuestión de ilegalidad, en suma, no puede hacerse servir como el mecanismo arriba apuntado. Ese mecanismo, en el caso que así lo decida, deberá ser establecido por el legislador.

4. AUTONOMÍA DE LA CAUSA DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL ARTÍCULO 103.4 LJ

El art. 103.4 LJ establece que "serán nulos de pleno derecho" los actos y disposiciones que contraríen los pronunciamientos de una sentencia con la finalidad de eludir su cumplimiento. La Ley de la Jurisdicción, pues, está recogiendo de manera expresa una causa de nulidad de pleno derecho.

Nos planteamos ahora la relación entre esta causa de nulidad y aquellas otras establecidas en el art. 62 LRJPAC. A este respecto, no falta quien sostiene que estamos en presencia de un motivo de invalidez independiente[96]. La opinión mayoritaria, sin embargo, integra la causa de nulidad del art. 103.4 LJ dentro de las establecidas en el art. 62 LRJPAC[97]. Esta integración, por otro lado, suele realizarse dentro de la enumeración contenida en el apartado primero del citado art. 62. Llamamos la atención, en este punto, sobre el hecho de que esta integración parece no tener presente el diferente ámbito objetivo de aplicación de los dos preceptos en cuestión: mientras que el art. 103.4 LJ se aplica a los "actos y disposiciones", el art. 62.1 LRJPAC se limita a enumerar las causas de nulidad de pleno derecho de los "actos de las Administraciones públicas" (reservándose el apartado segundo a las "disposiciones administrativas").

Una primera y sencilla posibilidad consiste en relacionar la causa de nulidad del art. 103.4 LJ con la recogida en la letra g) del art. 62.1 LRJPAC ("cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal")[98]. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de afirmar recientemente que aquella primera causa "encuentra perfecto acomodo en el apartado g) del art. 62.1"[99].

Otra posible forma de articular esta relación, más elaborada, consiste en ligar la causa de nulidad del art. 103.4 LJ con la contenida en la letra a) del reiterado art. 62.1 LRJPAC ("los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional"). La razón de la conexión debe buscarse en el hecho de que los actos contrarios a la sentencia pueden reputarse lesivos del derecho fundamental a la ejecución, contenido en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución). De esta manera, más que una nueva causa, el art. 103.4 LJ estaría recogiendo una concreción de la causa de nulidad ya establecida en el art. 62.1.a) LRJPAC[100]. Tesis ésta que puede ser aceptada siempre que no se afirme una identidad total, que no existe, entre las causas recogidas en ambos preceptos. A la diferencia del distinto ámbito objetivo de aplicación, ya indicada, debe sumarse ahora la presencia de un requisito subjetivo que sólo se exige en el art. 103.4 LJ. Para que pueda declararse la nulidad de un acto con base en este precepto, en efecto, no basta con que objetivamente lesione el derecho fundamental a la ejecución, sino que, como ya sabemos, tiene que haber sido dictado con una determinada intención: eludir el cumplimiento de la sentencia. Se reduce, así, la operatividad de la causa de nulidad del art. 103.4 LJ frente a la del art. 62.1.a) LRJPAC[101]. Cuestión distinta es saber, en el caso de que no resulte

---

[96] "Se trata, pues, de un nuevo motivo de invalidez, independiente de los de nulidad de pleno derecho o simple anulabilidad que eventualmente pudieren afectar al acto o disposición de acuerdo con los artículos 62 y 63 LRJPAC"; en GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, ob. cit., p. 875.

[97] "Nos encontramos, así, ante un nuevo supuesto de nulidad de los actos y disposiciones administrativas que se integran también en el artículo 62 LRJPAC, a los efectos de la imposibilidad de convalidación del artículo 67 y de la revisión de oficio del artículo 102, ambos de la misma Ley"; en ORTEGA ÁLVAREZ, L., "La ejecución de sentencias", ob. cit., p. 507.

[98] Un estudio de estas causas de nulidad "extravagantes" puede encontrarse en GARCÍA LUENGO, J., "Los supuestos de nulidad de pleno derecho establecidos al margen de la Ley de Procedimiento Común", en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002, pp. 137-172.

[99] FJ. 3 de la STS de 12 de julio de 2004 (Ar. 4242) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Trujillo Mamely).

[100] "La LJ recoge así una especificación, más que nueva causa, de nulidad de pleno derecho, en los términos que la doctrina ya había adelantado"; en FONT i LLOVET, T., "Justicia administrativa y ejecución de sentencias", ob. cit., p. 824.

[101] De causa de nulidad "distorsionante", por "reducir aparentemente el juego de los supuestos del artículo 62.1 LRJPAC", califica la recogida en el art. 103.4 LJ GARCÍA LUENGO, J., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Ed. Civitas, 2002, p. 243

de aplicación la primera de las causas, por faltar el elemento subjetivo, si puede igualmente declararse la nulidad del acto por la vía del art. 62.1.a) LRJPAC. De lo que no hay duda es que, en caso de respuesta afirmativa, esa nulidad no podrá ser declarada en la fase de ejecución mediante el incidente previsto en el art. 103.5 LJ.

EL DRET DE REALLOTJAMENT DELS AFECTATS PER ACTUACIONS URBANÍSTIQUES

Carles Xiol Ríos
Advocat

I.-INTRODUCCIÓ. 1

II.-EL DRET DE REALLOTJAMENT O DE RETORN. FONAMENTS CONSTITUCIONALS I NATURALESA DEL DRET. CONSIDERACIONS GENERALS. 1

1.-Fonaments constitucionals i naturalesa del dret. 1

2.-Referència al planejament que produeix afectacions a habitatges existents. 2

3.-La distinció entre dret de reallotjament i dret de retorn. 3

III.-LA INTRODUCCIÓ DEL DRET DE REALLOTJAMENT O DE RETORN EN LA LEGISLACIÓ ESTATAL. EVOLUCIÓ. 3

IV.-LES LEGISLACIONS AUTONÒMIQUES. 5

V.- LA LEGISLACIÓ CATALANA. EVOLUCIÓ. 7

1.-La 2/2002, de 14 de març, d'urbanisme. 7

2.-La Llei 10/2004, de 24 de desembre, de modificació de la LUC. 8

3.-El Text refòs de la llei d'urbanisme (TRLUC). 8

VI.-EL DESENVOLUPAMENT REGLAMENTARI A CATALUNYA. 8

VII.-ESTUDI DE LA REGULACIÓ DEL DRET A CATALUNYA. 9

1.-Titulars del dret. Ocupants legals. 10

2.-Que siguin residents habituals. Moment en el qual s'exigeix la residència. 10

3.-Si l'ocupant és propietari, que no sigui adjudicatari d'aprofitament residencial o d'una indemnització substitutòria, equivalent o superior a una edificabilitat d'ús residencial en règim lliure sense urbanitzar superior al doble de la superfície màxima establerta per la legislació d'habitatge de protecció pública. 11

4.-Cal que els ocupants reuneixin els requisits per accedir a habitatges de protecció pública? 11

5.-Caràcter personal del dret. 11

6.-El subjecte passiu de la relació jurídica. Qui és l'obligat a fer efectiu el dret de reallotjament. 12

7.Procediment.- Temps per sol·licitar l'allotjament i per posar a disposició de l'ocupant l'habitatge nou o el transitori. 12

8.-Característiques de l'habitatge de substitució. 13

9.-Títol d'adjudicació de l'habitatge de substitució. 13

10.-Relació entre el dret de reallotjament i dret indemnitzatori. 13

VIII.-LES ACTUACIONS AÏLLADES NO EXPROPIATÒRIES. 13

X.- SÍNTESI DEL PROJECTE PEL QUAL ES REGULA EL DRET DE REALLOTJAMENT DELS AFECTATS PER ACTUACIONS URBANÍSTIQUES. 15

I.-INTRODUCCIÓ.

El tema d'aquesta ponència, **el dret de reallotjament en les actuacions urbanístiques**, té interès actual per tal com, malgrat tractar-se d'una figura jurídica recollida de fa temps en la legislació urbanística, es troba en aquests moments en curs de desenvolupament per tal definir amb precisió el seu perfil, els seus detalls, detalls que, en el cas concret, són transcendentals, donada la complexitat de la figura. D'altra banda, el gir que l'urbanisme sembla cridat a fer, més radicalment o menys, per tal de donar compliment als principis ja positivitzats que postulen la sostenibilitat territorial i la ciutat compacta enfront de l'urbanisme de colonització de nou territori[1], vigent entre nosaltres en el darrer segle i mig, anuncien una major presència del dret de reallotjament en la pràctica administrativa diària, atès que és en la intervenció en zones ja urbanitzades on principalment es presenta l'existència d'afectacions a habitatges existents. Podem dir, doncs, que el problema del reallotjament és company de les operacions de reurbanització o reutilització del sòl urbà, operacions que, en el futur guanyaran protagonisme com a conseqüència dels principis que abans esmentava. El dret de reallotjament, per tant, tindrà en la pràctica una importància creixent. D'aquí que ens en interessi l'estudi.

II.-EL DRET DE REALLOTJAMENT O DE RETORN. FONAMENTS CONSTITUCIONALS I NATURALESA DEL DRET. CONSIDERACIONS GENERALS.

1.-FONAMENTS CONSTITUCIONALS I NATURALESA DEL DRET.

La crítica ha observat que el dret de propietat ocupa un lloc excessivament central en el dret urbanístic si, com sembla, la finalitat d'aquesta branca del dret és la de servir a l'ordenació la ciutat d'acord amb els interessos generals. Aquesta preeminència del dret de propietat –certament atenuada amb la nova Ley de Suelo (LS)- ha portat de vegades a veure, equivocadament, el dret de reallotjament com una emanació o conseqüència del dret dels propietaris afectats per les operacions urbanístiques. En la realitat aquest dret es fonamenta en el dret constitucional a un habitatge digne (47 CE)[2], per tal com el que està en joc és la pròpia disposició d'un habitatge pels afectats per l'execució del planejament, siguin o no propietaris. No es tracta, doncs, d'un dret econòmic sinó prestacional que es connecta naturalment amb el referit dret constitucional i que res no té a veure amb el dret de propietat.

L'eliminació d'un habitatge ocupat, com és obvi, té una incidència molt important en l'esfera jurídica de la persona que l'ocupa. El desplaçament forçat de l'habitatge comporta conseqüències econòmiques negatives, però a més i sobre tot, comporta una alteració, temporal o definitiva, de la forma de vida de l'ocupant, que pot arribar a lesionar la seva dignitat si el procés no és adequadament tutelat pel dret. L'ocupant és, sens dubte, la part feble en tot el procés i és el seu punt de vista el primer que cal atendre quan es vol considerar la matèria que ara tractem. No només cal mantenir la indemnitat econòmica de l'afectat, d'acord amb els criteris comuns en seu expropiatòria o de responsabilitat administrativa, sinó també assegurar-li la disponibilitat efectiva d'un habitatge, al marge del dret indemnitzatori.

No pot pensar-se que aquest dret sigui lliurement substituïble *per* o equivalent *a* un dret econòmic de naturalesa indemnizatòria. L'atribució del dret per la llei significa que el que pretén el legislador és evitar que la població afectada –sovint gent gran o de pocs recursos econòmics i de gestió- hagi d'afrontar necessàriament per si mateixa el problema de trobar nou habitatge quan el que venia ocupant ha de desaparèixer per permetre una actuació urbanística. La naturalesa prestacional i no econòmica del dret, per tant, és una característica essencial que cal remarcar des del primer moment. La STSJ Catalunya de 9 de maig de 2008 (ponent Juanola Soler) ha declarat que *no existe ninguna vinculación entre el reconocimiento del derecho al realojo y el reconocimiento de una indemnización por diferencia de rentas por la extinción de los derechos arrendaticios, toda vez que son derechos compatibles y de naturaleza distinta. Así, mientras el derecho al realojo se le reconoce al ocupante o ocupantes legales de una vivienda afectada por un*

[1] Vid. Exposició de Motius de la Ley 8/2007, de Suelo que al·ludeix al criteri de ciutat compacta incorporat a l'Estratègia Territorial Europea. El criteri de sostenibilitat és reconegut al preàmbul de la llei 2/2002 d'urbanisme de Catalunya i desenvolupat en l'article 3 de la llei, a més de citat en altes punts de l'aticulat. A La Estrategia Española de Desarrollo Sostenible, document aprovat pel Govern Espanyol en novembre de 2007, es denuncia l'urbanisme de dispersió com a causant de noves necessitat de mobilitat urbana (apartat 3.1, Producción y Consumo).

[2] I en el dret estatutari a un habitatge digne de les persones que no disposen de recursos suficients (art. 26 Estatut d'Autonomia de Catalunya); reforçat pel principi rector dels poders públics (art. 47) en el sentit que *han de facilitar l'accés de l'habitatge mitjançant la generació de sòl i la promoció d'habitatge públic i d'habitatge protegit, amb una atenció especial pels joves i els col·lectius més necessitats*.

instrumento equidistributivo que acredite/n su residencia habitual, el derecho al reconocimiento de una indemnización por la extinción de derechos se le reconoce al arrendatario de una vivienda como indemnización por la extinción forzosa de su contrato. Además, el derecho al realojo puede ser en régimen de compra, régimen de alquiler o en régimen vitalicio, por lo que no se puede supeditar la cuantificación de una indemnización por la extinción de derechos arrendaticios aplicando una renta futura o alternativa de protección oficial cuando en primer lugar no se encuentra determinado en el Proyecto de Reparcelación impugnado cuál va a ser el régimen del realojo si el de alquiler, el de compra o vitalicio, y en segundo lugar cuando ni siquiera se ha resuelto si procede que se adjudique un piso de protección oficial. Incluso puede darse el supuesto de que no interese materializar el derecho al realojo que finalmente establezca la Administración actuante.

No és obstacle al que venim afirmant l'article 164.4 del Reglament de Patrimoni dels Ens Locals (que exclou la indemnització en casos de reallotjament), per tal com és contrari als preceptes de rang legal urbanístics i d'expropiació forçosa, segons va declarar la STSJ Catalunya de 15 de juny de 2007 (ponent: Martín Coscolla).

El dret de reallotjament, d'altra banda, pot també posar-se en connexió amb el principi de solidaritat recollit, si més no, en l'article 45.2 CE. La utilització racional del territori ha de recolzar-se en la solidaritat col·lectiva, idea aquesta que exigeix la protecció del dret a l'habitatge de la població afectada precisament pels instruments de planejament que obligadament han de pretendre una utilització racional del sòl.

D'altra banda, encara que el dret a l'habitatge no sigui un dret fonamental, sí que ho són el dret a la inviolabilitat del domicili i a la intimitat personal i familiar (18, 1 i 2 CE). La STS 25.4.2005 (ponent: Murillo de la Cueva) va considerar inaplicable el procediment especial de protecció de drets fonamentals regulat en l'article 114 i següents de la LJ en un recurs contenciós administratiu en el qual s'impugnava l'acord reparcel·latori amb el fonament que no s'hi reconeixia el dret de reallotjament. Però afirmava que l'acord reparcel·latori no autoritza per ell mateix, si hi ha oposició de l'ocupant, a l'entrada en el domicili sinó que cal l'autorització judicial prèvia, en el qual procediment no és descartable –diem nosaltres-, ans al contrari, que pugui exigir-se pel Jutjat contenciós administratiu l'acreditació de l'oferiment de reallotjament o la notòria manca de dret del recurrent.

Al marge de la qüestió de si la manca de reconeixement del dret de reallotjament en els plans i en els instruments de gestió pot ser causa de nul·litat, crec que pot afirmar-se categòricament que no pot desallotjar-se cap habitatge sense que prèviament s'hagi ofert als ocupants titulars del dret de reallotjament l'habitatge de substitució, ja sigui definitiu o transitori. Si el desallotjament no és precedit d'aquest oferiment efectiu, el desallotjament incorrerà en via de fet i podrà ser protegit mitjançant l'acció prevista a l'article 30 LJ i potser, de la via interdictal[3]. Aquesta conclusió pot obtenir-se per analogia a partir de dues consideracions.

D'una banda, a partir de l'article 125 LEF, s'ha entès sempre que l'ocupació de béns expropiats sense el compliment previ dels requisits que s'hi estableixen, i en particular, sense el dipòsit o pagament previ, segons escaigui, constitueix un cas de nul·litat absoluta protegible per la via interdictal i ara per l'article 30 LJ. D'altra banda, l'article 151 b) del RLUC condiciona l'eficàcia del projecte reparcel·latori a l'acreditació que s'ha procedit al pagament o al dipòsit de les indemnitzacions corresponents a les persones propietàries a les quals, atesa l'escassa quantia de llurs drets, el projecte no els adjudica finques resultants el pagament o dipòsit de les indemnitzacions per l'extinció dels drets preexistents sobre les finques aportades. Si aquestes indemnitzacions són condició d'eficàcia de l'acord reparcel·latori i el desallotjament constitueix execució d'aquest acord, no es veu raó per entendre que el reallotjament no ha de tenir la mateixa consideració, tota vegada que el dret a l'habitatge no ha de trobar-se més protegit que el dret de propietat.

2.-REFERÈNCIA AL PLANEJAMENT QUE PRODUEIX AFECTACIONS A HABITATGES EXISTENTS.

Encara que sigui a risc d'excedir-me del tema de la ponència, crec que és important observar, com encertadament ha fet DOMÈNEC SIBINA[4], que el planejament urbanístic ha de ser curós amb la determinació de les afectacions d'habitatges, tot evitant-les quan això sigui possible. El dret de reallotjament o de retorn cal veure'l així com un remei final quan l'enderrocament de l'habitatge és forçat per raons d'interès públic, però no pot posar-se al servei d'operacions especulatives a través de les quals s'acaba

[3] La jurisprudència sembla decantar-se per entendre que la via interdictal contra l'Administració ha quedat substituïda per la via contenciosa administrativa prevista a l'article 30 LJ. No obstant, si s'entén que el desallotjament l'està practicant la comunitat reparcel·latòria hauria d'admetre's l'interdicte civil.

[4] "Se han de replantear las determinaciones del planeamiento en el suelo urbano consolidado y diferenciar los inmuebles susceptibles de ser progresivamente rehabilitados y los que es necesario sustituir y, de manera paralela, replantear la manera de hacer posible la progresiva rehabilitación." DERECHO URBANÍSTICO VIVIENDA Y COHESIÓN SOCIAL Y TERRITORIAL. Varis autors. J. Ponce, Coord.). Marcial Pons, 2006.

produint el fenòmen que ha vingut a conèixer-se als països de llengua anglesa com "gentrification" (de *gentry* = benestant), i que, en essència, es pot definir com la substitució –en un sector concret de la ciutat- de la població de pocs recursos econòmics per una altra de benestant, com a conseqüència de les lleis del mercat, afavorides pel propi planejament urbanístic. El planejament, doncs, quan actua en zones ja ocupades, ha d'examinar una per una les edificacions existents i si és possible integrar-les en la nova ordenació. No és aquesta, però, la pràctica més freqüent. El cert és que el planejador es detura habitualment davant de les afectacions "cares", és a dir, les que comporten un alt cost indemnitzatori, però no davant de les "barates", potser sense atendre al fet que l'afectació social no sempre guarda proporcionalitat amb el seu cost indemnitzatori.

La postura conservacionista de l'edificació troba suport a la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge (LDH), que fa de la rehabilitació una prioritat5. Però també el reglament de la Llei d'urbanisme (RLUC) ha estat sensible a aquest aspecte, en el seu article 91.3, el qual disposa que quan de les determinacions del pla de millora urbana se'n dedueixi una incidència significativa en usos residencials preexistents, el pla ha d'incorporar un estudi complet de les conseqüències socials i econòmiques de la seva execució, justificant l'existència dels mitjans necessaris per dur-la a efecte i l'adopció de les mesures precises que garanteixin la defensa dels interessos de la població afectada, amb especial referència a les previsions en matèria d'habitatge protegit i assequible i a l'efectivitat del dret de reallotjament6.

Aquesta exigència ha de ser estricta. El sacrifici de la població afectada és molt important i no se li pot imposar si no és en raó de l'interès general oportunament acreditat. Per tant, en la tramitació del planejament caldrà posar-hi tota l'atenció en aquest aspecte, fugint de la idea que es tracta només d'una qüestió pròpia de la fase de gestió.

3.-LA DISTINCIÓ ENTRE DRET DE REALLOTJAMENT I DRET DE RETORN.

Malgrat que els textos legals acostumen a fer-hi referència de forma conjunta, i malgrat també la proximitat d'ambdós conceptes, no pot dir-se que el dret de reallotjament i el de retorn siguin la mateixa cosa. Per dret de reallotjament cal entendre el dret de l'ocupant a que li sigui posat a disposició un habitatge en substitució de l'habitatge afectat on residia. El dret de retorn, però, pot definir-se com una forma específica del dret de reallotjament que es produeix quan el reallotjament té lloc en el mateix habitatge o solar –segons es tracti d'obra de rehabilitació o de reconstrucció- que l'afectat venia ocupant. El concepte de dret de retorn és, doncs, més estricte que el de reallotjament i, normalment, més satisfactori per l'afectat per tal com li evita el desplaçament del lloc on ha fet la seva vida, aspecte aquest realment important en la perspectiva de la necessària i exigible cohesió social. En la mesura en què el dret de reallotjament s'acosti al de retorn es contribuirà a frenar el fenomen de substitució massiva de població que abans citava.

La terminologia legal sembla associar el *dret de retorn* amb el reconegut a la legislació arrendatícia de 1964, encara d'aplicació per mor de la D. T. 2ª de la nova LAU1994, de forma que al·ludiria a un dret privat; mentre que el terme *dret de reallotjament*, en haver-se afaiçonat en la legislació urbanística, sembla reservat als drets nascuts per l'afectació del planejament, que no seria, doncs, de retorn, sinó més feble. Nogensmenys cal veure que la regulació concreta del dret de reallotjament no és insensible a l'exigència de proximitat a l'habitatge afectat, de forma que vol aproximar-se al concepte de dret de retorn. D'altra banda existeix el dret de retorn en supòsits fronterers entre el dret arrendatici i el dret urbanístic. Em refereixo als casos d'actuacions aïllades no expropiatòries, que comprenen, entre d'altres, els casos de rehabilitació imposada pel planejament o de demolicions d'edificis en situació fora d'ordenació i altres supòsits que la legislació de les CCAA pot definir.

III.-LA INTRODUCCIÓ DEL DRET DE REALLOTJAMENT O DE RETORN EN LA LEGISLACIÓ ESTATAL. EVOLUCIÓ.

Malgrat l'existència d'antecedents en altres àmbits de legislació, el cert és que el dret de reallotjament o de retorn va ingressar en la legislació urbanística mitjançant la Ley 8/90, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, la qual, en la seva D. Ad. 5ª, va disposar:

---

[5] "El foment de la conservació i la rehabilitació dels habitatges s'estableix com una prioritat en les polítiques que impulsi la Generalitat…" diu el Preàmbul. L'articulat és ple de referències a la rehabilitació, en especial el Capítol II del Títol III intitulat "Conservació i rehabilitació del parc urbà residencial."

6 Una previsió semblant es troba en la legislació del País Basc. La D. Ad. 2ª, 3, a), disposa, per les actuacions que no es gestionin per expropiació, que *En la redacción del planeamiento pormenorizado o del programa de actuación urbanizadora correspondiente se deberá incluir una relación exhaustiva de los ocupantes legales de inmuebles y de las actividades económicas en funcionamiento que resulten radicalmente incompatibles con el planeamiento y por tanto, deba procederse a su realojo o traslado o extinción de actividad, quienes serán parte en el expediente a todos los efectos.*

Disposición Adicional Quinta.

En la ejecución de actuaciones urbanísticas que requieran el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, se deberá garantizar el derecho de aquéllos al realojamiento, con sujeción a las siguientes reglas:

1ª Cuando se actúe por expropiación, la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación deberán poner a disposición de los ocupantes afectados viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a régimen de protección pública, y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora.

2ª Cuando se actúe por otro sistema en unidades de ejecución, no tendrán derecho de realojo los ocupantes de viviendas que, en correspondencia con su aportación de terrenos, hayan de resultar adjudicatarios de aprovechamientos de carácter residencial superiores a noventa metros cuadrados.

En los demás casos, la obligación de hacer efectivo el derecho de realojo corresponderá a la Administración actuante, en las condiciones señaladas en la regla 1ª.

3ª En las actuaciones aisladas no expropiatorias, los arrendatarios de las viviendas demolidas tendrán el derecho de retorno regulado en la legislación arrendaticia, ejercitable frente al dueño de la nueva edificación, cualquiera que sea éste. En estos casos, el propietario deberá garantizar el alojamiento provisional de los inquilinos hasta que sea posible el retorno.

Aquesta Disposició Addicional va ser refosa (passant a ser la D.Ad. 4ª) en el text de 1992 amb algun petit afegitó, amb aquest redactat:

Disposición adicional Cuarta. Realojamiento y retorno.

En la ejecución de actuaciones urbanísticas que requieran el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, se deberá garantizar el derecho de aquéllos al realojamiento, con sujeción a las siguientes reglas:

1ªCuando se actúe por expropiación, la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación, deberá poner a disposición de los ocupantes legales afectados viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a régimen de protección pública, y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora.

2ªCuando se actúe por otro sistema en unidades de ejecución, no tendrán derecho de realojo los ocupantes de viviendas que, en correspondencia con su aportación de terrenos, hayan de resultar adjudicatarios de aprovechamientos de carácter residencial superiores a los noventa metros cuadrados o a los que pudiera establecer como superficie máxima la legislación protectora de viviendas.

En los demás casos, la obligación de hacer efectivo el derecho de realojo corresponderá a la Administración actuante, en las condiciones señaladas en la regla 1ª, computándose como gastos de la actuación urbanística los de traslado y otros accesorios que recayesen sobre los ocupantes legales.

3ªEn las actuaciones aisladas no expropiatorias, los arrendatarios de las viviendas demolidas tendrán el derecho de retorno regulado en la legislación arrendaticia ejercitable frente al dueño de la nueva edificación, cualquiera que sea éste. En estos casos, el propietario deberá garantizar el realojamiento provisional de los inquilinos hasta que sea posible el retorno.

En aquest esquema pot observar-se que el subjecte passiu de l'obligació de reallotjar, en totes les actuacions sistemàtiques –expropiatòries o no- i també en les expropiatòries aïllades, era l'Administració actuant. El dret de retorn arrendatici quedava restringit a actuacions aïllades no expropiatòries.

La STS 61/1997 va anul·lar la segona de les tres regles que formaven aquest precepte, per entendre que regulava una matèria de dret urbanístic sense un títol competencial habilitant del legislador estatal, de forma que després de la sentència, el dret de reallotjament va quedar sense reconeixement en les actuacions sistemàtiques no expropiatòries, és a dir, en tots els casos d'actuació pels sistemes aleshores vigents de compensació i cooperació, que són la majoria en la pràctica.

La posterior Ley 6/1998, de régimen del suelo y valoraciones, va mantenir la vigència de les dues regles del precepte respectades per la STS 61/1997. Igualment, la Ley 8/2007, de Suelo, les va deixar inalterades. Finalment, el vigent Texto Refundido 2/2008, de 20 de junio, que deroga expressament el RDL 1/1992, recull pràcticament les mateixes regles en la seva D. Ad. 11ª i inclou en el seu article 16 l'obligació de reallotjament entre els deures de la promoció d'actuacions urbanístiques. Els text legal és aquest:

Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Artículo 16. Deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística.

1. Las actuaciones de transformación urbanística comportan, según su naturaleza y alcance, los siguientes deberes legales:

e) Garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles

situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él, en los términos establecidos en la legislación vigente.

Disposición adicional undécima. Realojamiento y retorno.

1. En la ejecución de las expropiaciones a que se refiere el apartado segundo del artículo 29, que requieran el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación deberán garantizar el derecho de aquéllos al realojamiento, poniendo a su disposición viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a régimen de protección pública y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora.

2. En las actuaciones aisladas no expropiatorias, los arrendatarios de las viviendas demolidas tendrán el derecho de retorno regulado en la legislación arrendaticia, ejercitable frente al dueño de la nueva edificación, cualquiera que sea éste. En estos casos, deberá garantizarse el alojamiento provisional de los inquilinos hasta que sea posible el retorno.

Resumint, la legislació estatal vigent: **i)** reconeix el dret de reallotjament en els supòsits expropiatoris, que serà a càrrec de l'Administració o del beneficiari de l'expropiació; **ii)** remet a la legislació civil d'arrendaments en els casos d'actuacions no sistemàtiques ni expropiatòries; **iii)** remet a la legislació autonòmica quant a la regulació del dret de reallotjament en els supòsits sistemàtics no expropiatoris; **iv)** designa a la "promoció" com a subjecte a càrrec del qual ha de fer-se efectiu el reallotjament, previsió que només és previsible que afecti les actuacions sistemàtiques no expropiatòries quan la legislació autonòmica reconegui el dret.

Es pot observar, doncs, que, en absència de legislació autonòmica que reconegui el dret de reallotjament, els ocupants afectats per actuacions sistemàtiques no expropiatòries es troben desprotegits. Això determina –cal insistir, només en els casos d'absència de norma autonòmica- una desigualtat al meu parer injustificada entre els ocupants d'habitatge en àmbits executats per expropiació i els ocupants en àmbits executats per sistemes d'equidistribució, per tal com els drets de l'ocupant no haurien de dependre d'una qüestió adjectiva com és l'elecció del sistema d'actuació. La STSJ País Basc de 8 de febrer de 2007 (ponent: Rodrigo Landazábal)[7], que fa aplicació de normativa autonòmica avui derogada que no recollia el dret de reallotjament en processos d'equidistribució, ratifica l'existència d'aquesta desigualtat, que accepta implícitament, sota l'argument de que el propi Tribunal Consitucional en la mateixa S 61/1997 va manifestar que el legislador estatal podia establir per als casos no expropiatoris una garantia mínima de caràcter compensatori, el que no va fer la Ley 6/98, per la qual cosa només una norma legal autonòmica pot reconèixer el dret de reallotjament en casos d'equidistribució. La STSJ País Basc de 10 de març de 2003 (ponent Alberdi Larizgoitia) nega expressament el dret de reallotjament en un cas de reparcel·lació per la manca de norma autonòmica que el reconegui.

IV.-LES LEGISLACIONS AUTONÒMIQUES.

Les legislacions autonòmiques, en general, no han aprofondit en la regulació del dret. En un ràpid resum, es pot observar que són majoria les CCAA que no han subsanat eficaçment l'anul·lació pel TC de la regla 2ª de la DA 5ª del TR1992, de manera que en les actuacions sistemàtiques no expropiatòries els ocupants no gaudeixen del reconeixement exprés del dret de reallotjament. Entre aquestes es troben Andalusia, Aragó, Astúries, Canàries, Cantàbria, Castilla y León, Castilla La Mancha, Extremadura, Galícia, Illes Balears, Múrcia, La Rioja i València.

La legislació de Madrid estableix el deure dels propietaris de reallotjar els ocupants legals en sòl urbà no consolidat, remetent a la "legislació de pertinent aplicació", sense més regulació. La regulació és ambigua i sobre tot incompleta, però sembla contenir el reconeixement implícit del dret dels ocupants en els casos d'actuacions sistemàtiques no expropiatòries.

La legislació de Navarra reconeix expressament el dret de reallotjament en els caso d'execució sistemàtica no expropiatòria per als ocupants que no obtinguin adjudicació superior a la superfície fixada per la legislació de protecció oficial, designant l'Administració com la part obligada a reallotjar i la comunitat reparcel·latòria com a obligada a suportar-ne el cost (art. 140 Llei Foral 35/2002).

La legislació del País Basc (Llei 2/2006, de 30 de juny) reconeix expresament el dret de reallotjament en els supòsits d'actuació sistemàtica no expropatòria i conté una regulació amb un cert grau de detall (a més dels casos d'actuació expropiatòria), que per resultar d'interès, reprodueixo a continuació:

[7] La qüestió que es va plantejar en aquesta sentència és la repercutibilitat dels costos de reallotjament sobre el promotor, però els arguments de la Sala són explícits quant a constatar la diferència de tracte dels ocupants segons quin sigui el sistema d'actuació seguit. La Llei del País Basc 2/2006 va reconèixer posteriorment el dret de reallotjament quan se segueixen sistemes d'equidistribució.

Disposición Adicional Segunda

1.- En la ejecución de actuaciones urbanísticas que requieran el desalojo de los ocupantes legales de viviendas que constituyan su residencia habitual se deberá garantizar el derecho al realojo, con sujeción a las siguientes reglas:

a) Cuando se actúe por expropiación o por ocupación directa, la administración actuante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación deberán poner a disposición de los afectados viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a algún régimen de protección pública y de superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora.

b) Cuando se ejecute el planeamiento por cualquier otro tipo de sistema de actuación, mediante actuaciones integradas o aisladas, no tendrán derecho de realojo los ocupantes legales de viviendas que, en correspondencia a sus aportaciones de bienes y derechos, hayan resultado adjudicatarios en la reparcelación o en la división de propiedad horizontal del inmueble de edificabilidades urbanísticas superiores a 90 metros cuadrados de uso residencial libre o los metros que pudiera establecer como superficie máxima la legislación de viviendas de protección oficial.

En los demás casos, la obligación de hacer efectivo el derecho de realojo corresponderá al promotor de la actuación, en las condiciones señaladas en la regla a) anterior, computándose como cargas de la actuación urbanística las de traslado y otras accesorias que recayesen sobre los ocupantes legales.

c) En las actuaciones aisladas no expropiatorias, los arrendatarios de las viviendas demolidas tendrán derecho al retorno regulado en la legislación de arrendamientos urbanos, que se podrá ejercer frente al dueño de la nueva edificación. En estos casos, el propietario deberá garantizar el alojamiento provisional de los inquilinos hasta que sea posible el retorno. Así mismo, los propietarios ocupantes legales de vivienda tendrán el derecho de realojo previsto en la presente disposición.

2.- En todo caso, el derecho de realojo consistirá en la puesta a disposición de una vivienda al precio que se establezca expresamente para este tipo de supuestos por la normativa protectora aprobada por el Gobierno Vasco o el ayuntamiento actuante, de superficie adecuada a sus necesidades, en el mismo régimen de tenencia con que el afectado ocupaba la vivienda que constituía su residencia habitual. Las viviendas de realojo computarán a los efectos del cumplimiento de los estándares de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública establecidos en esta ley.

Si en el ámbito de la actuación se posibilita la construcción de nueva planta de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, el proyecto de reparcelación establecerá el edificio en el que se podrá ejercer el derecho al realojo indicado, estableciéndolo como carga real sobre los inmuebles señalados. Dicho inmueble deberá tener la calificación urbanística previa como vivienda sometida a algún régimen de protección pública en el marco de lo establecido por la legislación protectora.

3.- En las unidades de ejecución que no se gestionen por expropiación, cuando haya ocupantes legales de viviendas o actividades económicas en funcionamiento que resulten radicalmente incompatibles con el planeamiento y, por lo tanto, deba procederse a su realojo o traslado o a la extinción de la actividad, se deberán seguir las siguientes reglas:

a) En la redacción del planeamiento pormenorizado o del programa de actuación urbanizadora correspondiente se deberá incluir una relación exhaustiva de los ocupantes legales de inmuebles y de las actividades económicas en funcionamiento que resulten radicalmente incompatibles con el planeamiento y por tanto, deba procederse a su realojo o traslado o extinción de actividad, quienes serán parte en el expediente a todos los efectos.

b) En el proyecto de reparcelación se deberá recoger expresamente la relación de los ocupantes legales de viviendas y de los titulares de actividades económicas en funcionamiento, y se incorporarán los acuerdos alcanzados con los mismos para su indemnización, realojo o traslado, que deberán constar en escritura pública.

c) En defecto de acuerdo, se acompañará al proyecto de reparcelación una propuesta de convenio de realojo, traslado o extinción de actividad, en su caso, en el que se establecerá el siguiente contenido mínimo:

1) Puesta a disposición de una vivienda o instalación específica para el realojo o traslado, temporal o definitivo.

2) Título jurídico de ocupación y condiciones económicas, según el título de ocupación de la vivienda o instalación a desalojar.

3) Garantías de cumplimiento de los compromisos propuestos. Estas garantías en todo caso deberán instrumentarse mediante la anotación en el Registro de la Propiedad, sobre la finca de resultado, del derecho a realojo sobre la vivienda o instalación específica, o, en su defecto, aval bancario por el valor estimado para dicha vivienda o instalación.

4) En caso de realojo temporal, especificación concreta de la vivienda o instalación propuesta hasta la puesta a disposición de la definitiva, y garantías de asunción de su costo por el promotor de la urbanización.

5) Compensaciones económicas por gastos de traslado y otros que se puedan producir.

d) La propuesta de convenio de realojo, traslado o extinción de actividad será elevada al ayuntamiento para su aprobación previo informe técnico, tras lo que será notificada al interesado, que dispondrá de un plazo de un mes para formular su propuesta de condiciones para el realojo, traslado o extinción de actividad.

e) Si en el plazo de un mes desde la formulación de su propuesta por el interesado se alcanza un acuerdo definitivo con el promotor de la urbanización, el acuerdo será elevado a escritura pública y notificado al ayuntamiento, debiendo acreditarse la efectiva puesta a disposición de las condiciones ofrecidas en el convenio, así como del depósito de los importes o garantías a constituir por parte del promotor de la urbanización.

f) En caso de falta de acuerdo o de contestación en el plazo indicado, el ayuntamiento, previa comprobación de la efectiva puesta a disposición de las condiciones ofrecidas en el convenio, así como del depósito de los importes o garantías a constituir por parte del promotor de la urbanización en la tesorería municipal, decretará el inmediato desalojo de los inmuebles afectados. La certificación municipal de la aprobación y efectiva puesta a disposición de las condiciones propuestas constituirá título suficiente para la ocupación y desalojo de los inmuebles, siendo de plena aplicación la legislación sobre expropiación forzosa.

g) La administración actuante, de oficio o a instancia del concesionario o urbanizador, llevará a cabo el desalojo administrativo de los inmuebles una vez obtenidas las autorizaciones judiciales precisas, en caso de desalojo de viviendas que constituyan domicilio de los ocupantes.

V.- LA LEGISLACIÓ CATALANA. EVOLUCIÓ.

1.-LA 2/2002, DE 14 DE MARÇ, D'URBANISME.

La primera versió de la Llei d'Urbanisme (LUC) va reconèixer el dret de reallotjament en els articles 103.7 i 114.1, 2 i 3:

Llei 2/2002, d'urbanisme de Catalunya:

Art. 103.7:

Els ocupants legals d'immobles afectats per raons urbanístiques que hi tinguin llur residència habitual tenen el dret de reallotjament o de retorn, ***en els termes establerts per la legislació aplicable****,* ***tant si s'actua per expropiació com si es tracta d'una actuació aïllada no expropiatòria.***

Art. 114

1. Les despeses d'urbanització ***a càrrec dels propietaris*** *comprenen els conceptes següents:*

(...)

h)Les despeses generades per a l'efectivitat del dret de reallotjament, d'acord amb el que disposa l'apartat 2.

*2.****En el desplegament de les modalitats del sistema d'actuació urbanística per reparcel·lació, es reconeix el dret de reallotjament a favor dels ocupants legals d'habitatges que constitueixin llur residència habitual****, sempre que compleixin les condicions exigides per la legislació protectora i no resultin adjudicataris d'aprofitament urbanístic d'ús residencial superior a les superfícies màximes establertes per dita legislació.*

*3.****Correspon a l'administració actuant l'obligació de fer efectiu el dret*** *de reallotjament a què es refereix l'apartat 2, d'acord amb la normativa vigent,* ***o bé, si escau, a la persona concessionària de la gestió urbanística integrada****. Les despeses del trasllat dels ocupants esmentats i dels elements accessoris que els afectin* ***es computen com a despeses d'urbanització i són a càrrec de la comunitat de reparcel·lació****.*

En aquesta primera versió de la LUC, com es veu, el reconeixement del dret de reallotjament, com es veu, beneficia els ocupants en qualsevol actuació urbanística, expropiatòria o no, sistemàtica o no. No obstant, sembla que l'abast no és universal per tal com, respecte de les actuacions expropiatòries i de les aïllades no expropiatòries, remet a la legislació aplicable. Aquesta remissió, quant a les actuacions expropiatòries, significa reenviar la D. Ad. 11ª del TR Ley de Suelo 2008, que ja hem vist, la qual remet a la legislació de l'habitatge de protecció pública, cosa que implica l'exigència de requisits subjectius dels beneficiaris (limitació de rendes); i quant a les actuacions aïllades no expropiatòries, significa reenviar a la legislació d'arrendaments urbans. D'altra banda, quant a les actuacions sistemàtiques equidistributives, s'exclouen del dret aquells ocupants que siguin propietaris i obtinguin, en aquesta qualitat, una adjudicació d'aprofitament residencial superior a les superfícies màximes de la legislació protectora d'habitatge.

És important també advertir que en aquesta primera versió de la LUC es designava l'Administració com a responsable de fer efectiu el dret de reallotjament, sense perjudici d'establir que el cost econòmic es repercutiria a la comunitat reparcel·latòria.

2.-LA LLEI 10/2004, DE 24 DE DESEMBRE, DE MODIFICACIÓ DE LA LUC.

L'article 103. l el 114.1. h) van restar inalterats. Però els numerals 2 a 4 de l'article 114 van quedar redactats amb el text següent:

> *114.2. En el desplegament de les modalitats del sistema d'actuació urbanística per reparcel·lació, es reconeix el dret de reallotjament a favor dels ocupants legals d'habitatges que constitueixin llur residència habitual, sempre que compleixin les condicions exigides per la legislació protectora i sempre que, en el cas d'ésser propietaris, no resultin adjudicataris d'aprofitament urbanístic equivalent a una edificabilitat d'ús residencial* ***superior al doble de la superficie màxima establerta per la dita legislació****.*
> *3. Correspon a la* ***comunitat reparcel·latòria*** *o bé, si s'escau, al concessionari de la gestió urbanística integrada, l'obligació de fer efectiu el dret de reallotjament i d'indemnitzar els ocupants legals afectats per les despeses de trasllat i d'allotjament*
> *temporal fins que es faci efectiu el dit dret.*
> *4. Cal posar a disposició dels ocupants legals afectats habitatges amb les condicions de venda o lloguer vigents per als de protecció pública, dins dels límits de superfície propis de la legislació protectora, per tal de fer efectiu el dret de reallotjament.*

(...)

Les innovacions rellevants d'aquest text respecte de la versió inicial de la llei són les següents: **i)** l'exclusió dels ocupants propietaris per raó de la seva adjudicació d'aprofitament residencial s'atenua, doblant el límit inicialment fixat, que passar a ser el doble de la superfície màxima establerta per la legislació protectora; **ii)** es designa a la comunitat reparcel·latòria (o al concessionari de l'actuació urbanística integrada, en el seu cas) com a responsable de fer efectiu el dret a reallotjament, en comptes de l'Administració, com figurava en el text inicial; **iii)** s'afegeix l'apartat 4, que en el meu criteri té caràcter simplement aclaridor.

3.-EL TEXT REFÒS DE LA LLEI D'URBANISME (TRLUC).

El text refòs de la llei aprovat per DLeg 1/2005 va mantenir la redacció de la llei 10/2004, substituint "ocupants" per "persones ocupants" i "propietaris" per "persones propietàries".

> ***Text refòs de la Llei d'urbanisme de Catalunya:***
> ***Article 103***
> *(...)*
> *7. Les persones ocupants legals d'immobles afectats per raons urbanístiques que hi tinguin llur residència habitual tenen el dret de reallotjament o de retorn, en els termes establerts per la legislació aplicable, tant si s'actua per expropiació com si es tracta d'una actuació aïllada no expropiatòria.*
> *Article 114*
> *Despeses d'urbanització a càrrec de les persones propietàries i dret de reallotjament 1. Les despeses d'urbanització a càrrec de les persones propietàries comprenen els conceptes següents:*
> *(...)*
> *h) Les despeses generades per a l'efectivitat del dret de reallotjament, d'acord amb el que disposa l'apartat 2.*
> *2. En el desplegament de les modalitats del sistema d'actuació urbanística per reparcel·lació, es reconeix el dret de reallotjament a favor de les persones* ***ocupants legals*** *d'habitatges que constitueixin llur residència habitual, sempre que compleixin les condicions exigides per la legislació protectora i sempre que, en el cas d'ésser persones propietàries, no resultin adjudicatàries d'aprofitament urbanístic equivalent a una edificabilitat d'ús residencial superior al doble de la superfície màxima establerta per la dita legislació.*
> *3. Correspon a la* ***comunitat reparcel·latòria*** *o bé, si s'escau, al concessionari de la gestió urbanística integrada,* ***l'obligació de fer efectiu el dret de reallotjament*** *i d'indemnitzar les persones ocupants legals afectades per les despeses de trasllat i d'allotjament temporal fins que es faci efectiu el dit dret.*
> *4. Cal posar a disposició de les persones* ***ocupants legals*** *afectades habitatges amb les condicions de venda o lloguer vigents per als de protecció pública, dins dels límits de superfície propis de la legislació protectora, per tal de fer efectiu el dret de reallotjament.*

VI.-EL DESENVOLUPAMENT REGLAMENTARI A CATALUNYA.

El Reglament de la Llei d'Urbanisme (RLUC) tracta el dret de reallotjament al seu article 128, que conté la part essencial de la regulació. A més, l'article 219 estén el dret als supòsits d'ocupació directa. Altres preceptes del reglament hi fan al·lusió.

L'article 128 estableix:

> *Article 128*
>
> *Dret de reallotjament*
>
> *128.1 En l'execució del planejament mitjançant el sistema de reparcel·lació, tenen dret de reallotjament les persones ocupants legals d'habitatges afectats per l'actuació que acreditin el compliment dels següents requeriments:*
>
> *a) Que l'habitatge constitueix la seva residència habitual amb anterioritat a l'aprovació inicial del projecte de reparcel·lació, si es tracta de polígons d'actuació urbanística en sòl urbà delimitats directament pel*

planejament general. En els sectors de planejament derivat, així com quan la delimitació del polígon d'actuació urbanística en sòl urbà s'efectuï mitjançant una modificació puntual del planejament general, l'habitatge ha de constituir la seva residència habitual amb anterioritat a l'aprovació inicial del planejament derivat o de la modificació puntual.

b) En el cas que les persones ocupants siguin propietàries de l'habitatge, que en el projecte de reparcel·lació aquestes persones no resultin adjudicatàries d'aprofitament urbanístic, o d'una indemnització substitutòria, equivalent o superior a una edificabilitat d'ús residencial en règim lliure sense urbanitzar superior al doble de la superfície màxima establerta per la legislació d'habitatge de protecció pública.

128.2 Per fer efectiu el dret de reallotjament cal oferir un habitatge per cada un dels habitatges originaris afectats per l'actuació, d'acord amb les següents condicions:

a) Han de tenir la superfície adequada a les necessitats de la unitat familiar, dins dels límits de superfície propis de la legislació sobre habitatges de protecció pública.

b) Quan la persona ocupant legal ho és en virtut d'un dret real, s'ha d'oferir l'accés al nou habitatge en virtut del mateix títol. Quan l'ocupació té lloc en virtut d'un dret personal, el reallotjament es produeix en virtut del mateix dret i amb idèntica durada que la corresponent al títol originari; tanmateix, res no impedeix que per acord entre les parts s'estableixin altres condicions o títols per a fer efectiu el dret regulat en aquest article.

c) L'accés al nou habitatge s'ha d'oferir en les condicions de preu, per a la venda o per al lloguer, vigents per als de protecció pública si les persones ocupants legals reuneixen les condicions subjectives necessàries per accedir a un habitatge de protecció pública d'acord amb la normativa aplicable. No s'han d'aplicar obligatòriament aquestes condicions de preu si les persones ocupants que exerceixen el dret de reallotjament no reuneixen les indicades condicions subjectives.

128.3 El dret de reallotjament es fa efectiu en el mateix àmbit d'actuació, llevat d'aquells supòsits en què no sigui possible per raó de les tipologies edificatòries o els usos previstos o, excepcionalment, per altres causes degudament justificades. En aquests casos, regeix el criteri de major proximitat a la ubicació originària.

128.4 El dret de reallotjament inclou, si s'escau, el dret a l'allotjament transitori, o el seu equivalent econòmic, en condicions anàlogues a les de l'habitatge originari, mentre no es fa efectiu el reallotjament.

128.5 El reconeixement del dret de reallotjament és independent del dret a percebre la indemnització que correspongui, si s'escau, per l'extinció dels drets preexistents, sens perjudici de la incidència que el reconeixement del dret de reallotjament pugui tenir en la determinació de la indemnització que correspongui per l'extinció de drets afectats. Quan el reallotjament es produeix en règim de propietat o altres drets reals, l'administració actuant, previ acord amb la persona ocupant legal, pot retenir les indemnitzacions a percebre com a pagament a compte per a l'adquisició de l'habitatge en el que es fa efectiu el dret de reallotjament.

128.6 En el sistema de reparcel·lació, les persones ocupants legals d'habitatges que ostenten el dret de reallotjament sol·liciten el seu reconeixement amb motiu de l'aprovació inicial del projecte de reparcel·lació, que ha de contenir les condicions i característiques del dret, així com una relació de les persones ocupants legals dels habitatges afectats. A aquests efectes, es concedeix audiència a les referides persones, indicant expressament, en la corresponent notificació, que és en aquest tràmit d'audiència en el que procedeix sol·licitar el reconeixement del dret de reallotjament. L'aprovació definitiva del projecte de reparcel·lació comporta el reconeixement del dret a reallotjament per a aquelles persones que acreditin els requisits legals establerts i així ho hagin sol·licitat expressament en el tràmit d'audiència derivat de l'aprovació inicial del projecte.

128.7 El dret de reallotjament, en els termes establerts en els apartats 1 a 5 d'aquest article, correspon també a les persones ocupants legals d'habitatges afectats per l'execució del planejament mitjançant el sistema d'expropiació o, en cas de gestió urbanística aïllada, mitjançant expropiació o ocupació directa. En aquests casos, l'obligació de fer efectiu el dret de reallotjament recau en l'administració actuant o en la persona beneficiària de l'expropiació, i cal donar audiència a les persones afectades a fi que puguin exercir-lo. En les actuacions expropiatòries, les persones ocupants legals d'habitatge han de tenir aquesta condició en el moment de l'aprovació inicial de la relació de béns i drets si es tracta d'actuacions aïllades o de polígons d'actuació urbanística en sòl urbà delimitats directament pel planejament general. En els sectors de planejament derivat, així com quan la delimitació del polígon d'actuació urbanística en sòl urbà o l'afectació per actuació aïllada s'efectuï mitjançant una modificació puntual del planejament general, l'habitatge ha de constituir la seva residència habitual amb anterioritat a l'aprovació inicial del planejament derivat o de la modificació puntual.

Article 219

Dret de reallotjament en els supòsits d'ocupació Directa És d'aplicació als casos d'ocupació directa el dret de reallotjament en les condicions i amb els requisits que preveu l'article 114 de la Llei d'urbanisme i l'article 128 d'aquest Reglament.

També es refereixen al dret de reallotjament els articles 69.3 g) (que expressa la necessitat que la Memòria del POUM es refereixi al dret de reallotjament i de les mesures per garantir-ne el dret, previsió que sembla anar més lluny que dels reallotjaments forçats per actuacions amb altra finalitat i incloure també actuacions amb la sola finalitat de substituir habitatges) 91.3 (necessitat de preveure els reallotjaments en els PMU) i 144.1 h) (necessitat de resoldre sobre el dret de reallotjament en el projecte de reparcel·lació)..

VII.-ESTUDI DE LA REGULACIÓ DEL DRET A CATALUNYA.

La regulació del dret de reallotjament vigent a Catalunya està formada pels preceptes ja citats del TRLUC i del RLUC. Cal fer esment, però, que es troba en tràmit un Decret específicament regulador del dret que si finalment és aprovat, vindrà a introduir alguna modificació i sobre tot, una regulació molt més detallada. En els paràgrafs successius estudiarem el dret de reallotjament a Catalunya des d'una perspectiva analítica, parant atenció a cadascun dels elements de la regulació.

1.-TITULARS DEL DRET. OCUPANTS LEGALS.

Són titulars del dret els **ocupants legals** d'habitatges que reuneixin determinades condicions. La primera qüestió que cal discernir, doncs, és el sentit que cal donar al terme *ocupant legal*. Aquesta expressió és més àmplia que la de propietari, atès que comprèn evidentment els arrendataris així com també els titulars de qualsevol dret real que porti implícit el dret d'ús. És problemàtic pronunciar-se respecte dels casos d'ocupació gratuïta, quan aquesta no és antijurídica sinó que té lloc amb el consentiment del *dominus*. La jurisprudència recaiguda en seu d'expropiació forçosa ha acceptat el dret del precarista de bona fe, consentit pel propietari, a ser indemnitzat, circumstància que raonant per analogia porta a alguns autors a afirmar que el dret de reallotjament també ha de cobrir aquestes situacions[8]. No obstant, i malgrat que aquesta postura sembla en principi raonable, l'adaptació d'aquesta jurisprudència al cas del dret de reallotjament presenta algun problema de difícil solució. De l'article 128. 2 b) RLUC resulta que el títol d'adjudicació ha de ser el mateix en virtut del qual es posseïa l'habitatge, i si es tracta d'un dret personal, l'adjudicació té lloc amb la mateixa durada. Però si l'ocupant és simple precarista o comodatari no es veu factible l'atribució de l'ús a títol gratuït i de forma indefinida a càrrec de la comunitat reparcel·latòria. Aquestes situacions, per la seva pròpia essència, no tenen durada previsible sinó que depenen de la liberalitat del dominus, que en qualsevol moment pot posar fi a l'ocupació. Si la facultat d'extingir la possessió assistia al propietari de l'habitatge originari, també assistirà a la comunitat reparcel·latòria, la qual cosa portaria a acceptar la possibilitat que aquesta negui el dret des del primer moment extingint el comodat. El problema, en la meva opinió, no té solució en la norma. De lege ferenda podria pensar-se per atribuir al comodatari el dret a ser reallotjat en règim de lloguer, però l'aplicació del dret vigent és, al meu entendre, incompatible amb el manteniment de les ocupacions gratuïtes si no és amb el consentiment de la comunitat reparcel·latòria o de qui sigui en cada cas l'obligat designat a fer efectiu el reallotjament. Més clars semblen els casos d'ús d'habitatge per atribució judicial en supòsits de separació o divorci (art. 15 LAU1994) -en els quals el beneficiat amb l'ús no ha d'ostentar necessàriament el títol d'arrendatari per subrogació-. L'atribució del nou habitatge mantindria el mateix títol i la mateixa durada que l'anterior.

És clar que el títol d'ocupació no ha de ser necessàriament escrit, sinó que pot acreditar-se per qualsevol mitjà acceptat en dret.

Finalment, queden fora del dret les ocupacions per usos diferents del de residència.

2.-QUE SIGUIN RESIDENTS HABITUALS. MOMENT EN EL QUAL S'EXIGEIX LA RESIDÈNCIA.

Atès que allò que es protegeix és el dret a un habitatge digne, només es troben protegits els ocupants que tinguin la seva residència habitual en l'habitatge afectat. No s'inclouen, doncs, en l'àmbit de protecció els ocupants de segones residències.

La **habitualitat en la residència** és susceptible de prova per qualsevol mitjà acceptat en dret. La certificació d'empadronament serà la forma més habitual però pot no ser suficient per ella mateixa, per tal com admet prova en contrari. En situacions d'aquesta mena no és poc freqüent la picaresca en forma d'empadronaments ficticis de manera que s'admet que l'Administració i l'obligat a fer efectiu el reallotjament aportin prova en contrari. La manca d'empadronament, d'altra banda, tampoc no priva del dret si l'habitualitat en l'ocupació pot provar-se per altres mitjans. Per tant, els documents que ordinàriament es generen en una ocupació habitual (contracte d'arrendament, rebuts de lloguer, de serveis d'aigua, telèfon, etc., domiciliacions de serveis) poden tenir una importància decisiva (STSJCat 28.6.2007; ponent: Táboas). La prova testifical també és admesa pels tribunals (STS 11.6.2006; ponent: Espín Templado).

Per tal d'evitar abusos, el RLUC s'exclou de protecció les ocupacions produïdes després de fer-se pública l'afectació. En aquest sentit, exigeix que **la residència hagi estat fixada abans d'un determinat moment** que fixa la pròpia norma, que distingeix segons es tracti de supòsits d'expropiació o de d'actuacions sistemàtiques per reparcel·lació. En el primer cas, la residència ha de constar des d'abans de la data d'aprovació inicial de la relació de béns i drets afectats per l'expropiació, si es tracta de polígons delimitats directament en el planejament general o d'actuacions aïllades; si es tracta d'execució de planejament derivat o bé d'execució d'un polígon delimitat en una modificació puntual de planejament general, l'habitatge ha de constituir la residència habitual des d'abans de l'aprovació inicial del planejament derivat o de la modificació.

[8] Vid. Jordi ABEL, COMENTARIOS A LA LEY DE URBANISMO DE CATALUNYA. (JM Trayter, Director). Aranzadi 2007, pàg. 264.

En els casos d'actuació per reparcel·lació, es prendrà la data d'aprovació inicial de la reparcel·lació si es tracta d'un polígon delimitat directament en el planejament general i, si es tracta d'execució de planejament derivat o bé d'execució d'un polígon delimitat en una modificació puntual de planejament general, es prendrà la data de l'aprovació inicial del planejament derivat o de la modificació.

La ràtio del precepte és la mateixa que la de l'article 36.2 LEF, que exclou d'indemnització les millores realitzades amb posterioritat a la incoació del procediment expropiatori i les anteriors si s'han fet de mala fe.

Malgrat la dicció literal de la norma, cal entendre que la data ha de ser la de la publicació de les aprovacions, atès que els actes administratius no publicats o notificats manquen d'eficàcia. En la pràctica, però, la publicitat mitjançant un diari oficial pot ser insuficient. Malauradament, no fa gaire els mitjans de comunicació s'han fet ressò d'un enderrocament que havia de començar pocs dies després de la compra d'un habitatge en un barri de Barcelona, tot i que la compra havia estat intermediada per una agència. Deixant de banda la qüestió –òbvia- de la responsabilitat de l'agència, el fet il·lustra la fragil·litat de la seguretat jurídica dels ciutadans quan decisions tan essencials com la destinació a enderrocament d'una casa es fien a la publicació en un diari oficial.

3.-SI L'OCUPANT ÉS PROPIETARI, QUE NO SIGUI ADJUDICATARI D'APROFITAMENT RESIDENCIAL O D'UNA INDEMNITZACIÓ SUBSTITUTÒRIA, EQUIVALENT O SUPERIOR A UNA EDIFICABILITAT D'ÚS RESIDENCIAL EN RÈGIM LLIURE SENSE URBANITZAR SUPERIOR AL DOBLE DE LA SUPERFÍCIE MÀXIMA ESTABLERTA PER LA LEGISLACIÓ D'HABITATGE DE PROTECCIÓ PÚBLICA.

Quant l'ocupant sigui propietari, rebrà en la reparcel·lació un aprofitament o bé una indemnització substitutòria. L'article 114.2 del TRLUC disposa que quan aquest aprofitament tingui un determinat valor, el propietari-ocupant perdrà el dret a reallotjament. La ràtio del precepte sembla ser l'apreciació d'una suficient capacitat econòmica en el propietari el qual, amb el valor que li és adjudicat en la reparcel·lació, podria procurar-se pels seus propis mitjans un nou habitatge. No obstant, ésser adjudicatari de l'aprofitament que la norma estableix com a llindar no garanteix necessàriament la autosuficiència de l'afectat per substituir l'habitatge originari. Cal veure que l'aprofitament pot haver-li estat adjudicat en indivís, cosa probable si els seus drets no són quantiosos o si la parcel·la mínima és gran, en el qual cas l'afectat mancarà de liquidesa per afrontar la situació. D'altra banda, en llocs no especialment cèntrics el valor de l'adjudicació pot no assolir el valor d'un nou habitatge.

4.-CAL QUE ELS OCUPANTS REUNEIXIN ELS REQUISITS PER ACCEDIR A HABITATGES DE PROTECCIÓ PÚBLICA?

La D. Ad. 11ª. 1, del TRLS2008, en relació a les actuacions seguides per expropiació, estableix que la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación deberán garantizar el derecho de aquéllos al realojamiento, poniendo a su disposición viviendas **en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a régimen de protección pública.**

L'article 114.2 TRLUC en relació a les actuacions seguides per reparcel·lació, reconeix el dret de reallotjament a favor dels ocupants legals d'habitatges que constitueixin llur residència habitual, **sempre que compleixin les condicions exigides per la legislació protectora** i sempre que, en el cas d'ésser propietaris, no resultin adjudicataris d'aprofitament urbanístic equivalent a una edificabilitat d'ús residencial superior al doble de la superficie màxima establerta per la dita legislació.

L'abast del dret, en la dicció dels legisladors –estatal i autonòmic- fa referència a les condicions establertes per la legislació protectora, les quals són tant objectives –dels habitatges- com subjectives –dels adquirents-. El TRLUC, en particular, és molt expressiu en reconèixer el dret dels ocupants <u>sempre que compleixin les condicions exigides per la legislació protectora</u>, el que *a contrario* implica que els ocupants que no reuneixin aquestes condicions no tenen dret a reallotjament.

Però el RLUC estén el dret a tots els ocupants, reuneixin o no les condicions subjectives de la legislació protectora, en establir, quant a les actuacions reparcel·latòries (128.2 c), que *l'accés al nou habitatge s'ha d'oferir en les condicions de preu, per a la venda o per al lloguer, vigents per als de protecció pública si les persones ocupants legals reuneixen les condicions subjectives necessàries per accedir a un habitatge de protecció pública d'acord amb la normativa aplicable. <u>No s'han d'aplicar obligatòriament aquestes condicions de preu si les persones ocupants que exerceixen el dret de reallotjament no reuneixen les indicades condicions subjectives</u>*. L'apartat 7 del mateix article estén les mateixes condicions als supòsits expropiatoris o d'ocupació directa.

Des del punt de vista dels ocupants, el cert és que la norma reglamentària no és contrària a la legal atès que tots els protegits segons l'article 114.2 TRLUC resten inclosos. Però des del punt de vista de l'obligat a fer efectiu el reallotjament, el precepte apareix com una norma reglamentària que imposa a la propietat una càrrega sense fonamentar-se en un precepte de rang legal.

5.-CARÀCTER PERSONAL DEL DRET.

Tot i que la regulació no conté previsió taxativa sobre la qüestió, crec que el dret de reallotjament és rigorosament personal i no transmissible. El projecte de Decret regulador el qualifica de dret personalíssim, tot excloent de forma expressa la transmissibilitat tant per actes intervius com per causa de mort.

6.-EL SUBJECTE PASSIU DE LA RELACIÓ JURÍDICA. QUI ÉS L'OBLIGAT A FER EFECTIU EL DRET DE REALLOTJAMENT.

En els casos expropiatoris i d'ocupació directa, l'obligat a fer efectiu el reallotjament és l'Administració o bé el beneficiari de l'expropiació, en el seu cas.

Quan el planejament s'executa pel sistema de reparcel·lació, la llei designa la comunitat reparcel·latòria o bé, si s'escau, el concessionari de la gestió urbanística integrada, com a subjectes obligats a fer efectiu el dret de reallotjament i d'indemnitzar les persones ocupants legals afectades per les despeses de trasllat i d'allotjament temporal fins que es faci efectiu el dit dret. Com abans ja hem vist, no és aquesta la primera solució que el legislador va oferir. En la primera versió de la LUC (Llei 2/2002) l'obligat era l'Administració actuant o el concessionari de la gestió urbanística integrada, en el seu cas. La mateixa previsió contenia el TR1992. La designació de la comunitat reparcel·latòria com a subjecte obligat va ser introduïda en la Llei 10/2004. Sembla que l'opció presa pel legislador hagi volgut descarregar de responsabilitat l'Administració a costa, potser, de la seguretat jurídica dels afectats. Convé veure que la comunitat reparcel·latòria està formada per *totes les persones propietàries de finques compreses en un polígon d'actuació urbanística sotmès a reparcel·lació* (art. 123.1 TRLUC), algunes de les quals, a més, poden no estar integrades en la Junta de Compensació, si se segueix aquesta modalitat. El resultat és que l'obligat a fer efectiu el compliment del dret és una comunitat sense personalitat jurídica que, a més, no es pot entendre sempre personificada en la Junta de Compensació, la qual pot tenir una composició diferent de la comunitat reparcel·latòria. D'altra banda, si se segueix la modalitat de cooperació, l'opció del legislador és encara més difícil d'entendre perquè la comunitat reparcel·latòria no té en aquesta modalitat una efectiva intervenció en la gestió, sinó que és només l'Administració actuant qui centralitza i pren totes les decisions. Com es veu, situar en la part passiva de la relació jurídica la comunitat reparcel·latòria crea problemes processals al titular del dret que necessiti exigir-ne el compliment, perquè haurà de considerar si demanda a la Junta de Compensació –si tots els propietaris de l'àmbit hi són integrats- o bé demandar a tots i cadascun dels membres de la comunitat reparcel·latòria en cas contrari; a més, i en aquest cas podrà dubtar-se fins i tot de la jurisdicció competent per tal com es podrà al·legar que és competent la jurisdicció civil, tractant-se d'un conflicte entre privats. En els casos de denegació del dret per l'Administració els problemes de procediment no existeixen, però sí existiran quan es tracti d'un mer incompliment material que no podrà ser atribuït a l'Administració sinó a la comunitat reparcel·latòria, concepte que sempre serà de mal portar en el terreny processal.

La modificació introduïda per la Llei 10/2004, designant la comunitat reparcel·latòria com a subjecte obligat a fer efectiu el reallotjament, no respon a la simple voluntat de repercutir-ne els costos sobre la propietat, perquè en la redacció originària de la Llei 2/2002 ja s'establia que els costos serien a càrrec de la comunitat de reparcel·lació, malgrat que l'obligació de fer efectiu el reallotjament venia atribuïda a l'Administració. Per tant, la nova determinació legal sembla obeir realment a la voluntat del legislador de què sigui la comunitat qui aporti els habitatges de substitució i mantingui les relacions jurídiques corresponents amb els titulars del dret de reallotjament. Al meu parer aquesta intenció manca de realisme. L'experiència mostra que les operacions d'intervenció en la ciutat construïda necessiten d'un gran protagonisme de l'Administració la qual, al capdavall, serà sempre qui haurà de respondre, encara que sigui de forma subsidiària, atesa la naturalesa pública de l'execució urbanística. La interposició d'una entitat sense personalitat jurídica i presumiblement sense gaire capacitat de gestió per tal que assumeixi una obligació de fer de notable complexitat, no sembla convincent. Si hom entén que és la Junta de Compensació l'obligada, en els casos que aquesta existeixi, la solució legal tampoc no és satisfactòria. A l'inconvenient ja esmentat de la possible manca d'identitat entre els membres de la Junta de Compensació i els de la comunitat reparcel·latòria, cal afegir la naturalesa temporal de les Juntes, que les fa incompatibles amb el manteniment de relacions jurídiques de llarga durada, com ara els arrendaments que poden tenir, fins i tot, pròrroga forçosa. La realitat obligarà, per tant, a que sigui l'Administració qui es faci càrrec de les relacions jurídiques permanents que neixin del reconeixement del dret de reallotjament, sense perjudici que el seu cost sigui repercutit a la comunitat reparcel·latòria.

7.PROCEDIMENT.- TEMPS PER SOL·LICITAR L'ALLOTJAMENT I PER POSAR A DISPOSICIÓ DE L'OCUPANT L'HABITATGE NOU O EL TRANSITORI.

El dret de reallotjament exigeix petició de part. A aquest efecte, en el sistema de reparcel·lació, ha de donar-se audiència als ocupants després de l'aprovació inicial de la reparcel·lació, per tal que sol·licitin el reallotjament si aquesta és la seva voluntat. La notificació ha ser prou explícita donada la importància dels interessos afectats. El projecte de Decret conté una regulació molt detallada del contingut de la notificació, la qual –si el projecte arriba a tenir vigència- haurà de comprendre un advertiment de les conseqüències de no sol·licitar el reallotjament en aquell moment (la pèrdua del dret), l'expressió dels requisits legals necessaris per ser beneficiari del dret, el requeriment del títol d'ocupació i la informació de les condicions i

característiques del dret de reallotjament. Tot i que no es tracti d'una norma vigent, constitueix una bona guia pràctica de procediment.

En els casos d'expropiació el moment en el qual sol·licitar el reallotjament és el posterior a l'audiència oferta amb aquesta finalitat, que caldrà notificar de forma anàloga al cas de les actuacions sistemàtiques no expropiatòries.

8.-CARACTERÍSTIQUES DE L'HABITATGE DE SUBSTITUCIÓ.

Cal oferir un habitatge per cadascun dels habitatges afectats. L'habitatge de substitució ha de tenir la superfície adequada a les necessitats de la unitat familiar, dins dels límits de superfície propis de la legislació sobre habitatges de protecció pública.

La ubicació de l'habitatge de substitució ha de ser el mateix àmbit d'actuació, llevat d'aquells supòsits en què no sigui possible per raó de les tipologies edificatòries o els usos previstos o, excepcionalment, per altres causes degudament justificades. En aquests casos, regeix el criteri de major proximitat a la ubicació originària. Així ho prescriu l'article 128.3 RLUC.

La impossibilitat de reallotjament en l'àmbit deguda a la inadequació tipològica pot propiciar els processos de substitució forçada de la població d'un sector de la ciutat. Vegi's que aquest supòsit d'exclusió no es presenta amb caràcter excepcional sinó que les excepcions són unes altres, inespecificades. La inadequació tipològica, per tant, podria ser resultat de l'exercici ordinari de la potestat de planificació, el que posaria en risc la cohesió social si la tipologia a tot l'àmbit fos inadequada pel reallotjament. Aquestes consideracions porten a pensar que la tipologia inadequada ha de ser especialment justificada i que no serà admissible quan les dimensions de l'àmbit permetin definir diferents tipologies donant entrada entre les mateixes als habitatges de substitució.

9.-TÍTOL D'ADJUDICACIÓ DE L'HABITATGE DE SUBSTITUCIÓ.

Seguint el RLUC, Quan la persona ocupant legal ho és en virtut d'un dret real, s'ha d'oferir l'accés al nou habitatge en virtut del mateix títol. Quan l'ocupació té lloc en virtut d'un dret personal, el reallotjament es produeix en virtut del mateix dret i amb idèntica durada que la corresponent al títol originari; tanmateix, res no impedeix que per acord entre les parts s'estableixin altres condicions o títols per a fer efectiu el dret regulat en aquest article. Com es veu, la norma pretén respectar el títol originari en virtut del qual posseïa l'ocupant, aproximant-se d'aquesta manera a una subrogació real. Malgrat que el precepte sembla perfectament lògic en la seva concepció, l'aplicació pràctica ha de produir importants disfuncions. La designació de la comunitat reparcel·latòria com a subjecte obligat a fer efectiu el dret de reallotjament, implica designar-la com a eventual arrendatària, nua propietària o fins i tot, si es vol, com a comodant. Una comunitat reparcel·latòria que, com hem vist, no té personalitat jurídica i que, a més, té una composició variable en el temps per les transmissions de propietat posteriors a la reparcel·lació, no sembla que pugui reeixir en l'exercici d'aquelles titularitats jurídiques. La personificació en Junta de Compensació –al marge del problema ja esmentat que comporta la eventual diferent composició d'aquesta i de la comunitat reparcel·latòria- tampoc no resolt del tot el problema si es pensa en el seu caràcter transitori, que no s'adiu gens amb el manteniment d'una relació jurídica permanent. La solució més natural seria situar en el centre de la relació l'Administració –o qualsevol ens instrumental d'aquesta- per tal que mantingui la relació jurídica permanent amb l'ocupant reallotjat, liquidant a la comunitat reparcel·latòria el cost global del cost del reallotjament, en el qual còmput caldria considerar el valor de les rendes futures, si és el cas, a pagar pel reallotjat.

Res no obsta, d'altra banda, a que l'obligat a reallotjar i el beneficiari del dret acordin una altra forma de titularitat pel nou habitatge.

10.-RELACIÓ ENTRE EL DRET DE REALLOTJAMENT I DRET INDEMNITZATORI.

El dret de reallotjament no té naturalesa econòmica sinó prestacional. Per tant, tots dos drets coexistiran ordinàriament. No res menys, cal observar que els perjudicis que l'execució urbanística comporti a l'ocupant poden dependre, en la seva intensitat, de la forma en què el reallotjament es produeixi. L'article 128.5 RLUC estableix, en aquest sentit, que *El reconeixement del dret de reallotjament és independent del dret a percebre la indemnització que correspongui, si s'escau, per l'extinció dels drets preexistents, sens perjudici de la incidència que el reconeixement del dret de reallotjament pugui tenir en la determinació de la indemnització que correspongui per l'extinció de drets afectats. Quan el reallotjament es produeix en règim de propietat o altres drets reals, l'administració actuant, previ acord amb la persona ocupant legal, pot retenir les indemnitzacions a percebre com a pagament a compte per a l'adquisició de l'habitatge en el que es fa efectiu el dret de reallotjament.* Com es veu la independència dels dos drets no impedeix que hi hagi una interrelació atès que els termes en els quals tingui lloc el reallotjament poden tenir efectes econòmics.

VIII.-LES ACTUACIONS AÏLLADES NO EXPROPIATÒRIES.

Les actuacions aïllades no expropiatòries comprenen una diversitat de situacions que tenen com a punt de referència el dret de retorn establert a la LAU1964. Es tracta d'un conjunt de situacions heterogeni que sovint té més a veure amb el dret privat que no pas amb el dret urbanístic. L'article 103.7 TRLUC in fine reenvia a la "legislació aplicable" als efectes de la seva regulació, la qual sembla en primera instància que és la D.Ad. 11ª del TRLS2008 la qual reenvia, al seu torn, a la legislació arrendatícia, que trobem a la D. Ad. 8ª LAU1994, i a la LAU1964 com a dret supletori que aquella indica. Segons la D.Ad. 8ª, *El derecho de retorno regulado en la disp. adic. 4ª, 3 TR Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por RDLeg. 1/1992 de 26 junio, se regirá por lo previsto en esta disposición y, en su defecto, por las normas del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964*.

Cuando en las actuaciones urbanísticas aisladas no expropiatorias exigidas por el planeamiento urbanístico, fuera necesario proceder a la demolición total o a la rehabilitación integral con conservación de fachada o de estructura de un edificio, en el que existan viviendas urbanas arrendadas sea cualquiera la fecha del arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a que el arrendador de la citada finca le proporcione una nueva vivienda de una superficie no inferior al 50 por 100 de la anterior, siempre que tenga al menos 90 metros cuadrados, o no inferior a la que tuviere, si no alcanzaba dicha superficie, de características análogas a aquélla y que esté ubicada en el mismo solar o en el entorno del edificio demolido o rehabilitado.

En aquest grup hem d'incloure, doncs, aquelles actuacions que tenen un origen urbanístic (demolició o rehabilitació imposades pel planejament) però que produeixen un efecte sobre una relació arrendatícia privada. No es tracta d'un supòsit perfectament tipificat sinó més aviat d'un concepte general que pot comprendre moltes situacions diferents, en funció de la regulació que la legislació de les CCAA estableixi. A Catalunya, per exemple, el règim d'edificació forçosa previst a l'article 167 i següents pot donar lloc a situacions d'aquesta mena. En altres CCAA les transferències d'aprofitament, quan poden obligar a l'enderrocament d'habitatges, són un altre cas d'actuació aïllada no expropiatòria.

Quant a la declaració de ruïna, la doctrina majoritària entén que aquests casos són aliens al concepte d'actuació aïllada no expropiatòria i que l'arrendatari no té dret de retorn, amb fonament en l'article 28 b) de la LAU1994 (i en el seu precedent, l'article 114, 10ª, de la LAU1964). No obstant, a Catalunya l'article 34 de la LDH disposa:

Dret general d'informació i retorn dels ocupants

1. En els procediments administratius instruïts per a adoptar resolucions que obliguin o habilitin a executar obres per a conservar o rehabilitar els edificis, s'ha de donar audiència als ocupants legals i s'han de determinar les repercussions que el procediment pot tenir sobre la situació d'ocupació.

2. Amb caràcter general, els ocupants legals que tinguin llur residència habitual en edificis objecte de conservació i rehabilitació, o en edificis declarats en ruïna per una resolució administrativa, si no són responsables del deteriorament, tenen el dret de retorn, que va a càrrec del propietari o propietària de l'immoble, d'acord amb el que estableix, si escau, la legislació urbanística, hipotecària i d'arrendaments urbans.

Aquest precepte que d'una banda reconeix el dret de retorn a l'arrendatari de l'habitatge en ruïna, remet per una altra banda a la legislació d'arrendaments urbans en la qual està considerat el cas de ruïna sense reconeixement del dret de retorn. La contradicció sembla obeir a que el legislador català hagi volgut protegir-se d'una possible al·legació d'incompetència tot remetent a la legislació de l'Estat. La interpretació que crec més plausible, tot i que molt discutible, és entendre que en el procés civil subsegüent a la declaració de ruïna, el Jutjat ha de valorar la responsabilitat de les parts en la producció de la ruïna i reconèixer el dret de retorn a l'arrendatari si es verifica que aquest no ha tingut responsabilitat en la seva producció. La LDH hauria vingut així a incidir en la matèria d'arrendaments urbans per via de l'exercici de les competències de la CA en matèria d'habitatge9.

Finalment, resta considerar el cas de demolició de l'edifici per posterior sobreelevació prèvia autorització governativa –que també s'acostuma a considerar com a no inclòs entre les actuacions aïllades no expropiatòries-, recollit com un cas d'excepció a la pròrroga forçosa a l'article 62.2n de la LAU 64 (l'eficàcia de la qual encara sobreviu, com ja he dit abans) i desenvolupat en els articles 78 a 94 en els quals es reconeix i regula el dret de retorn de l'arrendatari (l'autorització governativa sobreviu avui estranyament, atorgada pels Subgovernadors civils, malgrat les competències de la Generalitat en matèria d'habitatge10).

[9] El dictamen del Consell Consultiu no va fer observacions sobre la competència de la Generalitat en la matèria.

[10] Sobre aquesta anomalia i la seva situació actual pot veure's l'interessant comentari de MOLTÓ DARNER "La autorización gubernativa para la demolición de fincas urbanas en la ley de arrendamientos urbanos de 1964. Problermas de derecho transitorio" en EL DERECHO URBANÍSTICO DEL SIGLO XXI, llibre homenatge a M. Bassosl Coma, Madrid 2008.

X.- SÍNTESI DEL PROJECTE PEL QUAL ES REGULA EL DRET DE REALLOTJAMENT DELS AFECTATS PER ACTUACIONS URBANÍSTIQUES.

El projecte de Decret pel qual es regula el dret de reallotjament dels afectats per actuacions urbanístiques instituiria un nou tipus d'habitatge protegit anomenat "Habitatge per afectats urbanístics" que vindria a afegir-se als tipus avui existents, i en regula el seu règim jurídic que divergeix en molts punts del règim aplicable als restants tipus d'habitatge protegit, tot fent-lo més flexible. La preocupació del projecte és que l'ocupant no pateixi perjudici i benefici injust amb la substitució de l'habitatge. En aquest sentit es regula que el reallotjat haurà de pagar només el valor de la superfície d'habitatge en excés que li sigui adjudicat. Quan a la resta de la regulació no és contradictori amb el règim vigent sinó solament més precís.

Des del punt de vista formal, el projecte comportaria la modificació dels articles 128 i 219 del RLUC.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 235/2007 A Coruña (Sección 2), de 4 junio

En A Coruña, a cuatro de junio de dos mil siete.

LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA, constituida por las Ilustrísimas Señorías Dª MARÍA DEL CARMEN TABOADA CASEIRO-Presidenta, D. LUIS BARRIENTOS MONGE y Dª MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALIÑO, Magistrados/das, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY

SENTENCIA

En el recurso de apelación penal número 123/07, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal NÚM. 1 de Ferrol, en Procedimiento Abreviado número 164/04, seguidas de oficio por un delito contra la ordenación del territorio, negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos y nombramiento ilegal y aceptación de nombramiento ilegal, figurando como apelante Dª Juana representada por la procuradora Sra. Román Masedo y defendida por el letrado Sr. Santaló Junquera y D. Raúl representado por el procurador Sr. Pérez Lizarriturri y defendido por el letrado Sr. Patiño Junquera, y como apelados D. Agustín y el MINISTERIO FISCAL, como adheridos Dª Juana, D. Raúl, D. Daniel, D. Víctor, D. Augusto y Dª Daniela.- Siendo Ponente la Ilma. Dª MARÍA DEL CARMEN TABOADA CASEIRO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Ilmo./Ilma. Magistrado/a Juez del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol con fecha 19-9-2006, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice como sigue: "FALLO: Declarar la nulidad de las imputaciones realizadas en el presente procedimiento a Daniel, Víctor, Augusto y Daniela y, en consecuencia, la nulidad de la providencia de 10 de octubre de 2002, así como del auto de apertura del juicio oral de 22 de septiembre de 2003 en el extremo relativo a tener por formulada acusación contra ellos. Que debo condenar y condeno a Juana como autora criminalmente responsable de un delito de prevaricación urbanística, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a la pena de ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público en Corporaciones Locales y quince meses de multa con una cuota diaria de doce euros (5.400 €) y, en caso de impago quedará sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria legalmente prevista. Que debo condenar y condeno a Raúl como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación urbanística de dilaciones indebidas, a la pena de ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público de arquitecto técnico al servicio de las Administraciones Públicas y

quince meses de multa con una cuota diaria de doce euros (5.400 €) y, en caso de impago quedará sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria legalmente prevista y, como autor criminalmente responsable de un delito de negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a la pena de quince meses de multa con una cuota diaria de doce euros (5.400 €) y, en caso de impago quedará sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria legalmente prevista, e inhabilitación especial para empleo o cargo público de arquitecto técnico al servicio de las Administraciones Públicas por un período de dieciocho meses. Que debo absolver y absuelvo a Juana del delito de nombramiento ilegal objeto de acusación. Que debo absolver y absuelvo a Raúl del delito de aceptación de nombramiento ilegal objeto de acusación. Se condena a Raúl al pago de dos novenas partes de las costas, y a Juana al pago de una novena parte de las costas. Se declaran de oficio las seis noventas partes restantes".

SEGUNDO.- Que notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por Juana y Raúl, que le fue admitido en ambos efectos, por proveído de fecha 22-11-2006, dictado por el instructor, acordando dar el traslado prevenido en el art. 790.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), a las restantes partes.

TERCERO.- Por proveído de fecha 8-3-2007, se acordó elevar todo lo actuado a este Tribunal, para resolver el recurso y recibidas que fueron las diligencias se acordó pasar las mismas a la Ilma. Sra. Magistrada Ponente.

CUARTO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones y formalidades legales.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos declarados probados de la resolución recurrida que en aras de la brevedad damos aquí por reproducidos.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- *Recurso formulado por la defensa de Juana*

El primer motivo de este recurso invoca la vulneración del principio de tipicidad al no concurrir los elementos objetivos y subjetivos del tipo contemplado en el art. 320 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), y la vulneración del principio acusatorio.

La cuestión esencialmente planteada en este recurso, versa sobre la consideración del "Estudio de Detalle", alegando que en este supuesto lo que se imputa es la aprobación del E.D., y esa aprobación no integra el tipo penal contemplado en el art. 320 CP que únicamente contempla los proyectos de edificación y la concesión de licencias; en todo caso al ser el Estudio de Detalle una norma jurídica, instrumentos de planeamiento urbanístico, su aprobación, la legalidad o ilegalidad, entraría dentro del ámbito de la prevaricación administrativa del art. 404 CP pero no de la prevaricación urbanística.

art. 320 CP 1 "La autoridad o funcionario público que a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código, y además con la de prisión de 6 meses a 2 años o la de multa de 12 a 24 meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por si mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia".

La imputación es por la conducta contemplada en el pf.2º.

Conviene hacer referencia a la naturaleza jurídica del E.D., así la St. TS de 21-1-1981 (RJ 1981\181) (Sala 3ª Contencioso-Administrativo) considera que "es un instrumento introducido con carácter general en nuestro ordenamiento positivo por la Ley de 2 de mayo de 1975 (RCL 1975\918) y regulado en el art. 14 del texto refundido vigente TRL. S. de 9 de abril de 1976 (RCL 1976\1192) que tiene por finalidad arbitrar un procedimiento flexible y de tramitación rápida que permita completar o adaptar a la realidad urbanística los Planes Generales, si se trata de suelo urbano, y los Parciales en los demás casos, reajustándolos y detallándolos en las deficiencias o imprevisiones de que adolezcan en relación exclusiva con las alineaciones, rasantes y ordenación de volúmenes y en este sentido es legalmente concebido para responder a la limitada y específica función de complemento o adaptación de una ordenación urbanística previa a la cual viene imperativamente subordinado el E.D., hasta el punto de que carece en absoluto de carácter innovativo o determinador en forma tal que ni siquiera en los dos supuestos citados, que constituyen su único contenido admisible, puede dejar de cumplir y respetar sustancialmente las alineaciones, rasantes y volúmenes que vengan establecidos y predeterminados en el Plan General o Parcial al que sirven de detalle o especificación".

Los E.D. integran el planeamiento urbanístico, participan de la naturaleza jurídica de los Planes de Ordenación Urbano, pero están limitados a aquella función específica de cumplimiento o adaptación de una ordenación previa. Constituyen el último escalón de los Planes de Ordenación, y dada su función no pueden infringir las determinaciones de rango superior.

Las STS de la Sala 3ª del TS hacen referencia a los límites conforme al art. 14 TRL.S. y las STS 25-11-99 (RJ 1999\8753), 9-12-97 (RJ 1998\667) y 27-7-01 (RJ 2001\8323) y esta última señala asimismo que incurren en ilegalidad tanto si contradicción el Plan como si, excediéndose de su finalidad subordinada o complementaria, intentar colmar un vacío de ordenación urbanística adoptando determinaciones originarias que son propias de los planes.

Así también en cuanto a legislación autonómica la Ley 9/2002, 30 de diciembre (LG 2002\377), L. S. Galicia que contempla los E.D. esencialmente en el art. 73.

SEGUNDO.- Expuesto lo anterior hay que considerar el contenido ya referido del p.2º del art. 320 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) que se refiere a "licencias" y las acusaciones lo que le imputan es la aprobación inicial del Estudio de Detalle por resolución y esencialmente votar a favor de la aprobación definitiva del E.D. que fue aprobada con el voto de la alcaldesa y otros concejales.

Así exponer también que los hechos imputados los califican las acusaciones como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio (prevaricación urbanística) del art. 320.2, en concurso con un delito de prevaricación del art. 404 CP a resolver conforme al art. 8.1 CP.

Por tanto conforme a lo referido no se imputa a la acusada votar a favor de la concesión de licencia, sino a favor de la aprobación definitiva del E.D.; en consecuencia los hechos imputados no pueden encuadrarse en la conducta contemplada en el art. 320.2, sino teniendo en cuenta la naturaleza del E.D. estaríamos ante una prevaricación genérica del art. 404 CP y no ante una prevaricación específica o agravada.

Así ya en los hechos probados no se hace referencia a la concesión de licencia, únicamente a la solicitud de la misma, y los hechos esencialmente giran en torno al E.D., informe que se refiere al otro acusado, y aprobación del E.D.; aunque si bien se alude a la concesión de licencia en el fundamento de derecho tercero (pg. 11 de la sentencia y pg.16), pero ello no se compagina con el relato de los hechos probados que sólo contiene la sentencia referida, y es que en definitiva salvo esas referencia toda la fundamentación gira entorno al E.D. y en base a ello se efectúa la valoración y las conclusiones que extrae la Juzgadora y las concretas en cuanto a la conducta de la acusada.

TERCERO.- Así en cuanto a la aprobación del E.D. y en relación con el delito de prevaricación del art. 404 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) hay que considerar el contenido del mismo "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años".

La aprobación del E.D. debe incluirse en ese concepto de "resolución" ya que la jurisprudencia y doctrina ha venido considerando (STS 14-11-95 [RJ 1995\8308], 21-2-

94 [RJ 1994\1552] y 26-2-92 [RJ 1992\1355]) que es cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados, es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad general, bien sea expresa o tácita, escrito u oral. Así también la doctrina señala que puede definirse como actos de la Administración Pública que afecten a los derechos o intereses de los administrados, considerando que el acto por el que se aprueba un plan urbanístico entra dentro de aquélla definición, ya que los cambios en el introducidos afectan a derechos o intereses relativos al urbanismo y ordenación del territorio, y es que en definitiva como hemos expuesto el E.D. integra el planeamiento urbanístico con una función específica.

En consecuencia concurre el primero de los requisitos se trata de una resolución dictada por una autoridad, la alcaldesa que vota favorablemente la aprobación definitiva del E.D., que inicialmente había aprobado conforme a la tramitación correspondiente.

CUARTO.- El segundo de los requisitos del delito de prevaricación del art. 404 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) es que la resolución sea arbitraria, es decir, no adecuada a la legalidad.

No basta cualquier ilegalidad sino que según reiterada doctrina tiene que tratarse de una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible; así las STS TS 28-2-05 (RJ 2005\1907), 29-9-04 (RJ 2004\6059), 2-4-03 (RJ 2003\4204) y 23-9-02 (RJ 2002\8169), reiteran que se exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley.

En el ámbito urbanístico en el que nos encontramos la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso ya en unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable.

QUINTO.- El tercer requisito, de evidente carácter subjetivo consiste en dictar la resolución "a sabiendas de su injusticia".

El delito de prevaricación constituye una infracción especialmente dolosa, en la que, además del dolo genérico, se exige un específico ánimo subjetivo, consistente en dictar la resolución a sabiendas de su injusticia.

Así la st. del TS de 25 de mayo de 2004 (RJ 2004\3796) viene a decir que el otro requisito de carácter subjetivo, viene recogido en los términos "a sabiendas", que es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este

delito. Dolo es actuación del sujeto conociendo la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, en este caso, actuación con conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa.

Así se alega que en la sentencia de instancia con relación a este requisito, que es común a ambas prevaricaciones, se refiere en eL fundamento 2º, pag.10º "La expresión a sabiendas de la injusticia no limita el tipo subjetivo al dolo directo sino que incluye el dolo eventual por cuanto con su expresión se quiere indicar que el autor debe tener conocimiento de la injusticia. De que modo llegue a ese conocimiento no forma parte de la exigencia del tipo que se limita a exigir ese conocimiento".

La jurisprudencia como hemos señalado exige dolo directo. Así la st. TS 30-5-02 (RJ 2002\5582) señala que ya en otras sentencias anteriores, STS 4-7-96 (RJ 1997\5426), 29-10-98 (RJ 1998\8307) y 4-12-98 (RJ 1998\9225) se ha considerado que la expresión "a sabiendas" no sólo elimina del tipo de prevaricación administrativa la comisión culposa -antes prevista en el art. 358.2º L.P. 1973 (RCL 1973\2255) y hoy desaparecido del art. 404 CP 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777)- sino también la comisión con dolo eventual de suerte que el delito en cuestión sólo es concebible ya si la resolución arbitraria se dicta con dolo directo; es precisa la clara conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad que se ha cometido.

Si bien pese a la referencia que en la sentencia se hace al dolo eventual lo que se desprende de la fundamentación es que se ha apreciado el dolo directo, y en concreto en lo que aquí interesa con relación a la conducta de la alcaldesa.

SEXTO.- En el motivo segundo del recurso se invoca el error en la apreciación de las pruebas y aplicación indebida del art. 320 C.P (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

Como ya hemos expuesto señalar que los hechos imputados se encuadran en el art. 404 del CP y en lugar del art. 320.2; los requisitos vienen a ser coincidentes excepto en cuanto a la prevaricación urbanística es una modalidad específica, la diferencia radica en la concreta conducta típica y en la penalidad.

Para cuestionar las conclusiones expuestas por la Juzgadora se exponen múltiples alegaciones que analizaremos.

Así esencialmente sostiene con las alegaciones que expone que la aprobación inicial y la aprobación definitiva mediante la votación favorable no son acuerdos contrarios a la normativa urbanística, ni resultan arbitrarios, no se ha producido una contrariedad a Derecho susceptible de ser calificada como patente y clamorosa, ni concurre conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad.

a) Incluiremos las alegaciones relativas a la procedencia del E.D., e informes de los técnicos al respecto.

Señalar que la procedencia de la tramitación del E.D. ya la habían puesto de manifiesto tanto el Secretario como la aparejadora municipal en sus respectivos informes, la

necesidad del mismo, pero ello no se cuestiona en la sentencia lo que se valora es si era o no conforme a la normativa vigente y su aprobación, porque en definitiva tales informes no vienen a garantizar el resultado del E.D. ni que éste después que tiene su propia tramitación sea acorde con la normativa.

Alude también especialmente al visado del Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia del E.D. y Proyecto Básico para la construcción de 13 viviendas, que ya estaban construidas al aprobarse el E.D.

El visado no tiene la trascendencia pretendida porque ello no presupone que definitivamente no contravenga la normativa vigente, y ello ha de ser analizado aquí dentro del conjunto en el que se estaba actuando, téngase en cuenta que se estaba actuando con relación a dos parcelas y dos proyectos, y el relativo a las 13 viviendas, ya construidas, y que se había concedido la licencia sin la aprobación del E.D. en su momento aunque se había redactado.

b) Alegaciones relativas a la autorización de RENFE para la construcción de las 13 viviendas en zona objeto de licencia urbanística solicitado por Prominfer el 7-7-1994, entre los PPKK 25/223 y 25/338 de la Línea Betanzos-Ferrol a 16 metros de la vía, y en relación con las NNSS. del Planeamiento Municipal de Cabañas.

Señalar que tales cuestiones han sido analizadas de manera concreta en la sentencia y los razonamientos son coherentes y lógicos. Considerar, en esencia, que esa autorización de RENFE no puede prevalecer ni atribuírsele la trascendencia pretendida porque ha de ser analizada al hilo de lo dispuesto en las NNSS. y también en el RD que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres.

Así las NNSS. Epígrafe 6.2.2. "Suelo Urbano. Núcleo de Cabanas".

"En el caso de parcelas superiores a 3.000 m^2se permite una ordenación específica a través de Estudios de Detalle. Para su formulación se entenderá que no se puede sobrepasar la relación de 300 m^2por vivienda a los efectos de establecer el número de ellas. La ordenación del Estudio de Detalle, con las condiciones que se regulan, será la que establezca la vinculación definitiva de edificios y parcelas.

En este caso se podría realizar una vivienda por cada 300 m^2de suelo, lo que implica sobre la parcela mínima para actuar 3.000 m^2la posibilidad de realizar 10 viviendas".

También en cuanto al cómputo de la superficie ha que acudir al "sistema general ferroviario" que establece lo siguiente: "En el caso de usos pormenorizados de vivienda unifamiliar a los efectos de contabilizar la dimensión de la parcela, los terrenos afectados por la servidumbre de ferrocarril se contabilizaron. No obstante la edificación deberá realizarse siempre fuera del ámbito de afección".

Por tanto aunque se establezca ese cómputo para zona de servidumbre se recoge claramente que la edificación deberá realizarse fuera del ámbito de afección, y se respetaría lógicamente la distancia contemplada para la zona de afección. Y hay que considerar que la perito judicial ha expuesto claramente al hilo de las NNSS. Vigentes

en aquél momento y el Plano de Calificación del suelo -usos pormenorizados- la subparcela norte está afectada por dos clasificaciones de suelo: Suelo no urbanizable de protección del ferrocarril de aproximadamente 1900 m^2, y suelo urbano -núcleo de Cabanas. Zona B- Zona de Playa de aproximadamente 2000 m^2.

Por otra parte la subparcela Sur de 1.600 m^2está toda ella dentro de la clasificación de suelo urbano-Zona B.

En consecuencia hay que acudir también a o dispuesto en el RD 1211/1990 (RCL 1990\2072) (Ordenación de los Transportes Terrestres).

El art. 282 establece que "En suelo calificado como urbano por el correspondiente planeamiento urbanístico, las distancias establecidas en los artículos anteriores para la protección del ferrocarril serán de 5m. para la zona de dominio público, 8m. para la de servidumbre y 25 m. para la de afección, contados en todos los casos desde las aristas exteriores de la explanación.

Dichas distancias podrán ser reducidas por el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicación siempre que se acredite la necesidad de la reducción y no se ocasione perjuicio a la regularidad, conservación y libre tránsito del ferrocarril, sin que la correspondiente a dominio público pueda ser inferior a 2m".

Asimismo el art. 286.1 establece "Para construir y reedificar en la zona de afección, así como para realizar en dicha zona cualquier tipo de obras e instalaciones fijas o provisionales, cambiar el uso o destino de las mismas y plantar o talar árboles y, en general, realizar cualquier actividad que implique limitaciones al ferrocarril, sus terrenos, instalaciones o dependencias, se requerirá la previa autorización de la empresa titular de la línea, la cual podrá establecer las condiciones en las que deba ser realizada la actividad de que se trate".

En consecuencia no se puede compartir la tesis sostenida por la recurrente de entender que podría RENFE autorizar el límite de edificabilidad a 16 m., variando así el límite de 25 m. contemplado en el referido precepto, por lo que debe mantenerse la interpretación expuesta en la sentencia y de conformidad con lo expuesto por la perito judicial en cuanto a cómputo de la parcela, zona de protección y consideración de suelo no urbanizable.

c) Alegaciones relativas al informe técnico-jurídico aportado por las defensas de la Sra. Juana y Sr. Raúl, emitidos por arquitecto superior, Sr. Félixy por el urbanista y abogado Sr. Juan Miguel.

Este informe es menos preciso y detallado que el emitido pro la perito judicial, Sra. Antonia, ha versado sobre determinadas cuestiones y tiene un ámbito más limitado que el de la perito judicial, versa sobre el cómputo de la superficie bruta de la finca, dos subparcelas, y aprobación y tramitación simultánea de licencia de obras y E.D.

Aluden a las NNSS. de Planeamiento Municipal, para entender que conforme a las mismas podía efectuarse el cómputo de edificabilidad y densidad en actuaciones

superiores a 3.000 m^2 sobre la parcela bruta sin descontar el terreno afecto al sistema general ferroviario ni el destinado a viales; tesis ésta contraria a la de la perito judicial. Así el informe de aquellos sostiene que la parcela bruta que contempla el E.D. 7. 278 m^2 reflejado en la memoria podrían construirse hasta 24 chalets, debiendo considerarse que en el E.D. se proponer 19 viviendas y la perito judicial que solo cabría construir 12 en total.

Aluden también a la aprobación simultánea de la licencia de obras y E.D., y que en este caso vienen a resaltar que se aprobó con posterioridad a la concesión de licencia, la de Prominfer, lo que resulta incorrecto porque debió hacerse con anterioridad.

Ya hemos expuesto todo lo relativo al E.D. que se consideró necesario por consecuencia de las nuevas licencias solicitadas; pero esta cuestión de la aprobación simultánea nada aclara con relación a los hechos imputados a la acusada.

En consecuencia puede concluirse que este informe no puede desvirtuar el contenido del emitido por la perito judicial, ni por tanto las conclusiones expuestas por la Juzgadora.

d) Alegaciones que plantean la incompetencia de la perito judicial por ser arquitecto técnico y al hilo de lo expresado por la Juzgadora en el fundamento 3º(p.12).

Hay que considerar que aquí no puede plantearse y analizarse dicha alegación en plano estrictamente teórico y al hilo de las competencia al amparo de la Ley 12/86 (RCL 1986\994 y 1298); así debe analizarse desde la perspectiva en que nos movemos, así sus conocimientos deben considerarse acordes a la realidad del informe a emitir.

Téngase en cuenta que el Concello cuenta con arquitecto técnico, aparejador municipal Sra. Marta y no por ello se ha cuestionado su competencia, así como también el otro coacusado es aparejador y no se cuestiona su competencia.

Hay que valorar también que solicitado el nombramiento de un arquitecto o bien arquitecto técnico para efectuar el informe pericial el Servicio de Urbanismo-Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda, nombró a la perito, por tanto se consideró también que tenía conocimientos específicos y concretos.

Señalar así que en las alegaciones ya se recurre continuamente a los informes de la aparejadora municipal y no se cuestiona su competencia.

SÉPTIMO.- El tercer motivo del recurso viene a invocar nuevamente el error en la apreciación de las pruebas y a la vulneración o infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E. [RCL 1978\2836]).

Reitera la recurrente similares alegaciones a las expuestas en el motivo anterior para cuestionar nuevamente la existencia del requisito de la injusticia y del dolo directo.

Señalar como ya hemos expuesto que la diferenciación entre la prevaricación urbanística y la administrativa o genérica radica en la concreta conducta típica y en la

pena, y comparten los requisitos a los que también hemos hecho referencia, y que en definitiva lo que se cuestiona es como han sido apreciados en la sentencia de instancia con relación al art. 320.2 C.P (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) y que se analizaron desde la perspectiva del art. 404 CP aún cuando vienen a ser coincidentes.

Arbitrariedad de la resolución.

Procede mantener la argumentación expuesta por la Juzgadora en cuanto a la aquí recurrente así como considerar lo expuesto en el motivo anterior.

Debemos resaltar especialmente que el informe de la perito judicial es claro, concreto y detallado y en modo alguno puede resultar desvirtuado por el informe aportado por las defensas en el acto de juicio oral y emitidos por un arquitecto y un abogado; nos remitimos en cuanto a los informes a lo expuesto en el motivo anterior y así como también a la zona de afección de ferrocarril.

Así concluir que la resolución es arbitraria, aprobación del E.D., toda vez que en el E.D., antecedentes, se establece que actualmente la totalidad de la parcela, a la que se atribuye una superficie de 7.278 m^2, esta calificada como suelo urbano Ordenanza B y que por tener más de 3.000 m^2se permite su ordenación específica mediante E.D.

Si bien la perito judicial y de acuerdo con las NNSS. pone de manifiesto que para obtener tal superficie el E.D. computa el suelo urbano y lo que es suelo no urbanizable de protección de ferrocarril y también incluye los viales públicos proyectados en el planeamiento; considera la perito que estaríamos ante una superficie de 3.600 m^2, clasificado como suelo urbano zona B, con la posibilidad de construir 12 viviendas en total y no las 19 viviendas que se proponen en el E.D.

En definitiva con ese cómputo efectuado en el E.D. aprobado se aumenta la densidad permitida, y en esencia considerar que se trata de legitimar lo ya construido para lo que era necesario el E.D. no aprobado en su momento y para poder construir las dos viviendas cuya licencia finalmente se concedió, solicitud que fue la que desencadenó la aprobación de aquél dada la situación que se venía arrastrando.

También señalar que esa referencia a la invasión de los viales por el muro de cerramiento y parte de los jardines es materia de disciplina urbanística, no había invasión en el proyecto de ejecución; si bien esas irregularidades se han considerado a mayor abundamiento, pero como hemos expuesto la cuestión esencial no radica en ello.

"A sabiendas de la injusticia"

Conviene reiterar que aún cuando en la sentencia se hace una referencia genérica al dolo eventual, la argumentación de la misma pone de manifiesto que se ha apreciado el dolo directo.

Así en el fundamento 3º, el apartado relativo a la conducta de la acusada, se efectúan unas inferencias o deducciones que no pueden considerarse hipotéticas, sino lógicas y coherentes.

En definitiva puede apreciarse esa actuación con conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución, clara conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad.

Así en primer lugar puede deducirse del hecho de que la alcaldesa ignoró la denuncia de los vecinos de la urbanización de Torre Pinemar sobre la construcción en zona de afección de RENFE, obras efectuadas por Prominfer, y que se había producido en el año 1996; y que conforme hemos expuesto esa tan invocada autorización de RENFE no puede en modo alguno legitimar la actuación en la zona de afección; tampoco puede considerarse el argumento de que no hubiese denuncias o quejas posteriores a aquéllas y téngase en cuenta que se produjeron posteriormente a través del Concejal denunciante así como también las incompatibilidades con respecto al arquitecto técnico.

En segundo lugar el hecho de aprovechar las vacaciones de la aparejadora titular para nombrar como sustituto al otro coacusado, nombramiento para el período del 9 al 31 de agosto de 1999, resultando también que en los últimos tres años no se le había nombrado sustituto a la titular; días después le pidió que emitiese informe sobre el E.D. que lo efectuó el 12 de agosto; la acusada aprobó inicialmente el E.D. por resolución dce 20 de agosto, para posteriormente ser aprobado por el Pleno. Esa celeridad que en modo alguno resulta justificado por esa urgencia en realizar obras atrasadas lo que no ha resultado acreditado.

En tercer lugar conociendo ya la acusada la polémica suscitada con relación al E.D. y a las supuestas incompatibilidades del arquitecto técnico, toda vez que en la reunión de la comisión informativa de Obras y Servicios del Ayuntamiento el Concejal Sr. Agustín puso de manifiesto que la finca que se reflejaba en el proyecto no coincidía con la realidad, y la incompatibilidad por la relación del arquitecto técnico con el redactor del proyecto y sociedad de la que provenía, votó a favor de la aprobación definitiva en esa Comisión de 21 de octubre de 1999 ante la situación planteada simplemente manifestó que se cumplieron los trámites requeridos.

En cuarto lugar señalar el hecho de que la aprobación definitiva del E.D. se produce en el Pleno de 27 de octubre de 1999 votando la acusada nuevamente a favor de la aprobación definitiva, y en dicho Pleno se formuló un voto particular por el Sr. Agustín sobre las cuestiones planteadas en la Comisión y solicitando que se uniese más documentación al respecto lo que fue rechazado.

Como la recurrente viene a decir que no se había presentado prueba alguna ni en la Comisión ni en el Pleno al respecto de tales cuestiones, hay que considerar que se había presentado cierta documentación que por lo menos podría haber dado lugar a efectuar alguna indagación, y que en el Pleno al pretender presentar más documentación la acusada contestó que no procedía y que se trataba, en cuanto a la incompatibilidad, de un asunto privado con interpretaciones personales. La documentación que se dice presentada con posterioridad a la aprobación definitiva y relativa a Capitel Consulting no es relevante el momento de la aportación, porque podía haberse comprobado con anterioridad, en definitiva ignoró todas las cuestiones suscitadas y no se efectuó indagación alguna.

En consecuencia, de lo expuesto en esencia, y en relación con todo lo referido en los dos motivos anteriores podemos inferir que tenía plena conciencia de que estaba resolviendo al margen del ordenamiento jurídico y de que con ello ocasiona un resultado materialmente injusto quiere ese resultado y antepone su voluntad particular a cualquier otra consideración, en definitiva a los intereses públicos.

OCTAVO.- Considerar que como la condena de la acusada es como autora de un delito de prevaricación del art. 404 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), procede suprimir la pena de multa; en cuanto a la pena de inhabilitación como se ha apreciado la atenuante analógica de dilaciones indebidas la Sala considerar que aún cuando no puede apreciarse como muy cualificada (planteada por adhesión) valorando el tiempo invertido en la instrucción, la espera para la celebración de juicio oral justifican la imposición de la pena en su mínimo legal que se fija en 7 años de inhabilitación para empleo o cargo público en Corporaciones Locales.

NOVENO.- *Recurso formulado por la defensa de Raúl*

El primer motivo del recurso plantea la nulidad de la sentencia por vulneración del principio acusatorio y del deber de imparcialidad judicial, en definitiva, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que establece el art. 24.2 C.E. (RCL 1978\2836), y que aunque no recoge expresamente una de las garantías a que la persona sometida a un proceso tendrá derecho a que su caso sea decidido por jueces imparciales si está expresamente recogida en el art. 6.1º del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26-9-1979 (RCL 1979\2421).

La imparcialidad de la Juzgadora es cuestionada por motivo de la grabación en el C.D. núm. 3, ya que el juicio oral fue grabado, y en el referido C.D. se recogen unas conversaciones en un descanso del juicio, por tanto no se trataba de audiencia pública. Si bien sucede que la grabación no fue detenida por ello ha resultado grabada una conversación en la que intervienen la agente judicial, la Secretaria del Juzgado, la Fiscal y la Juzgadora; la conversación se inicia por la agente judicial hallándose la Fiscal, la Secretaria en la Sala, e incorporándose instantes después la Juzgadora, la conversación versaba esencialmente sobre el Sr. Raúl, su comportamiento y también sobre la Sra. Juana, y por lo que aquí se cuestiona y es lo trascendente la manifestación efectuada por la Magistrada-Juez con relación a aquéllos "están pringados".

La st. del TC de 8 de mayo de 2006 (RTC 2006\143) que reitera también las de 22-3-04 (RTC 2004\39) y 28-2-05 (RTC 2005\41) establece que: "la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art.6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (RCL 1979\2421), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías, constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre

la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el Juzgador una relación o contacto previo con el thema decidendi. Se ha puntualizado, no obstante, que lo determinante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el Juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto".

También la jurisprudencia del TC ha señalado al respecto de la imparcialidad que la necesidad de que el Juez se mantenga alejado de los intereses en litigio y de las partes "supone de un lado, que el Juez no pueda asumir procesalmente las funciones de parte, y, de otro que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en contra". Asimismo la exteriorización por parte de los jueces de puntos de vista u opiniones sobre la culpabilidad del acusado, pueden justificar las dudas sobre su imparcialidad.

Por ello al hilo de lo expuesto podemos considerar que las manifestaciones de la Juzgadora con respecto a la conducta de los acusados fueron efectuadas durante la suspensión del juicio, no se hallaba en el ámbito de la audiencia pública, sino que puede considerarse una conversación en el ámbito privado aunque con su constancia en la grabación del juicio; dicha conversación fue detectada cuando la parte se hallaba preparando el recurso.

La sentencia dictada se halla ampliamente fundamentada y razonada, y además absuelve a ambos acusados de otro de los delitos imputados.

Por tanto, podemos concluir que ese comentario de la Juzgadora en cuanto a la actuación de los acusados, en el ámbito en que fue efectuado y con relación a la fundamentación de la sentencia, no permite deducir una previa toma de posición en contra de los acusados, por tanto la falta de imparcialidad.

DÉCIMO.- El tercer motivo del recurso invoca la vulneración del principio de tipicidad al no concurrir los elementos objetivos y subjetivos del tipo contemplado en el art. 320 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), la vulneración del principio acusatorio, y por consecuencia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E. [RCL 1978\2836]).

Las diversas alegaciones expuestas en este motivo versan esencialmente sobre los requisitos de la prevaricación del art. 404 CP, y más específicamente los requisitos de la prevariación urbanística del art. 320.1 CP que es el delito imputado.

Siguiendo el argumento esencial del recurso alude al segundo de los elementos del tipo penal del art. 320.1 y tal como se exponen en la sentencia de instancia la enumeración de los requisitos, así alude a la conducta típica consistente "en informar favorablemente tanto las licencias como los proyectos de edificación cuando unos y otros sean contarios

a las normas jurídicas vigentes". Así la sentencia de instancia establece que no existe discusión sobre los dos primeros elementos del tipo, el carácter de autoridad o funcionario público y la conducta típica.

Si bien en cuanto al primer elemento no hay discusión, el acusado es funcionario; pero sobre los demás requisitos o elementos efectivamente hay discusión, y esencialmente en lo que se refiere a la conducta típica.

Por ello conviene reiterar, como ya se ha referido en el recurso anterior la cuestión esencial versa sobre el estudio Detalle, en concreto aquí sobre el informe del E.D. emitido por el acusado, en definitiva si puede incluirse o no en esa conducta contemplada en el art. 320.1 "informar favorablemente proyectos de edificación". Así en la sentencia se refiere que no puede excluirse porque ya el propio acusado admite que el E.D. forma parte del proyecto y también que complementa el proyecto.

Expuesto lo anterior conviene hacer referencia a la naturaleza jurídica del E.D. y al respecto reiterar el contenido de la sentencia TS de 21-1-81 (RJ 1981\181) (Sala Contencioso-Administrativo) ya transcrito anteriormente.

Conforme a la doctrina y jurisprudencia los E.D. participan de la naturaleza de los Planes de Ordenación Urbana, integran el planeamiento urbanístico, es planeamiento si bien limitado a aquélla función específica de cumplimiento o adaptación de una ordenación previa. Constituyen el último escalón de los planes de ordenación, y dada su función no pueden infringir las determinaciones de rango superior.

También reiterar que la sentencia del TS Sala 3ª de 23-10-03 (RJ 2003\8246) viene a señalar y a reiterar la St. de 5-10-01 (RJ 2001\7960) considerando que los E.D. son normas.

Así como debe también considerarse el contenido del art. 14 RD 1346/1976 (RCL 1976\1192) que es el que contempla la delimitación y contenido de los E.D. y la legislación autonómica en concreto el art. 73 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre (LG 2002\377) L.S.Galicia.

El art. 73 de la Ley 9/2002, 30 de diciembre L.S.Galicia.

Contempla los Estudios de detalle, así en el ap.1º establece "En desarrollo de los planes generales, planes parciales y especiales podían redactarse estudios de detalle para manzanas o unidades equivalentes completas con los siguientes objetivos:

a) Completar o reajustar las alineaciones y rasantes.

b) Ordenar los volúmenes edificables.

c) Concretar las condiciones estéticas y de composición de la edificación complementarias del planeamiento".

Por ello conviene también señalar que la Ley 38/99 de 5 de noviembre (RCL 1999\2799) de Ordenación de la edificación establece el concepto del proyecto de edificación en su 4.1, se refiere al proyecto como elemento diferenciador del proceso constructivo.

En concreto establece "El proyecto es el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras contempladas en el art. 2. El proyecto habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable".

En consecuencia el informe sobre el E.D. no puede equiparse al informe sobre el proyecto de edificación dada la naturaleza del E.D. y la del proyecto de edificación; así no pueden encuadrarse estos hechos en la conducta que consiste en informar favorablemente proyectos de edificación contrarios a las normas urbanísticas vigentes. En el ámbito penal no puede hacerse una interpretación extensiva en perjuicio del reo.

En conclusión procede revocar la sentencia de instancia ya que los hechos objeto de imputación no pueden encuadrarse en el art. 320.1º CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) y la absolución de este acusado de dicho delito.

Asimismo, a mayor abundamiento, señalar que los informes no constituyen una resolución administrativa por lo que tampoco estos hechos podrían encuadrarse en la prevaricación del art. 404 CP, y sin que tampoco se haya formulado acusación al respecto.

UNDÉCIMO.- El quinto motivo del recurso invoca la vulneración del principio de tipicidad al no concurrir los elementos objetivos y subjetivos del art-439 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), y la vulneración del principio acusatorio, y por consecuencia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E (RCL 1978\2836).

Así conviene hacer referencia al contenido del art. 439 CP: "La autoridad o funcionario público que debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aprovecha de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por medio de 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".

Como señala la jurisprudencia del tipo penal del art. 439 presenta una redacción típica novedosa en relación con su antecedente en el art. 401 del CP anterior; frente a una estructura de delito de resultado, cuyo objeto era el beneficio económico obtenido, la actual redacción refiere una conducta típica de mera actividad.

Es un delito especial, pues el sujeto activo del delito será la autoridad o el funcionario público, pero no cualquiera, sino aquél "que deba informar"; al describir al sujeto activo del delito lo determina con la expresión "la autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto,

operación o actividad, "expresión que limita la autoría a los funcionados que emiten informes"".

Así reiterada jurisprudencia STS TS 27-11-2000 (RJ 2000\9749), 5-2-01 (RJ 2001\270), y 22-10-01 (RJ 2001\9382) establece que han de concurrir los siguientes requisitos: a) que dicha autoridad o funcionario deba informar en cualquier clase de asuntos por razón de su cargo, considerando que el término "informar" es más preciso y concreto que el de "interesarse", y b) que con una clara puesta a disposición de sus intereses particulares de las ventajas que le concede su condición pública, aprovecha tal circunstancia para "forzar o facilitar cualquier forma de participación" lo que pone de manifiesto una clara instrumentalización del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública para en asunto público en el que debe informar, obtenga un interés particular.

La acción típica del delito consiste en aprovecharse de la circunstancia de que el autor debe informar sobre un asunto, contrato u operación, para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en ese negocio o actividad. El aprovechamiento consiste en la utilización de la función pública para la obtención de beneficios particulares, mediante la participación en el negocio o actuación; así la acción de participar ha sido interpretada como cualquier forma de intervención en el negocio o actividad dirigida a obtener un interés personal, pero no es necesario que se obtenga de manera efectiva el citado beneficio personal, ni tampoco que se cause un efectivo perjuicio patrimonial a la Administración Pública.

Expuesto lo anterior referir que el recurrente sostiene que nada hay en el proceso que justifique esa actuación que fuerce la participación en la actividad a desarrollar derivada de su informe porque fue la Sra. Juana quién lo llamó y habilitó para ejercer el cargo de aparejador; tampoco puede sostenerse en que la ventaja sea "el pertenecer la esposa del acusado al tiempo de emitir el informe en la sociedad de la que proviene el proyecto. Así la conducta que se pretende imputar al recurrente no puede incardinarse en el art. 439 CP".

El análisis de la concurrencia de los requisitos se hará en el análisis de motivo siguiente, el error en la valoración de las pruebas que es en el que el recurrente cuestiona la fundamentación concreta de la sentencia de instancia.

En este motivo también se aduce que no se define en la sentencia cual es la concreta conducta integradora del tipo del art. 439 del CP lo que impide conocer lo que exactamente se imputa.

Señalar que aun se habla, por tanto, de falta de concreción o de los hechos imputados, conforma el relato de hechos probados hay que tener en cuenta que se efectúa un relato por orden cronológico y en el que se incluye la conducta que integra este tipo delictivo. Así se relata todo lo concerniente a la constitución de la sociedad "Capitel Consulting, SL" los socios de la misma, la esposa del acusado, el arquitecto Sr. Luis María y otro, el tiempo en que el acusado fue administrador solidario de la misma, el proyecto de Probande, SL fue redactado por el referido arquitecto así como el E.D., y en definitiva la esposa del acusado era socia de Capital Consulting al tiempo de emitir el informe

favorable al E.D. y de dicha sociedad provenía el proyecto, y en la documentación relativa a la licencia para la construcción de dos viviendas unifamiliares se había designado como domicilio el de aquélla sociedad.

En consecuencia dicha alegación no puede prosperar.

DUODÉCIMO.- Considerar que en el motivo 6º de su recurso viene a reiterar el error en la valoración de la prueba, de lo que deriva la aplicación indebida del art. 439 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) y vulneración a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E. [RCL 1978\2836]) y en el motivo 8º reitera y además alude a la vulneración de la presunción de inocencia en estas alegaciones se cuestiona la fundamentación, que también se considera escasa, de la sentencia en cuanto a la determinación de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo contemplado en el art. 439 CP

Así en el motivo anterior se han expuesto cuales son los requisitos que han de concurrir para apreciar dicho tipo delictivo.

En esencia considera el apelante que es errónea la valoración expuesta en el fundamento 3º.II de la sentencia de instancia.

En este supuesto resulta que la valoración de las pruebas resulta razonable, así como las inferencias o deducciones efectuadas por la Juzgadora resultan coherentes.

Reiteramos lo expuesto por la Juzgadora en el referido F.3º.II (pg.16).

Analizar así en concreto esa discusión sobre el aprovechamiento "para forzar o facilitarse cualquier forma de participación; al considerar el apelante que no puede deducirse la presión que haya ejercido el acusado para la obtención de beneficio derivado de su informe favorable; pero hay que resaltar que en este caso ese informe favorable al E.D. tanto si se considera vinculante como no si no se considera, ha servido para facilitar la participación del funcionario que lo emite, y es que en definitiva se aprobó el E.D., con lo que se venía a legitimar la construcción efectuada por PROMINFER, SL de las 13 viviendas en la subparcela norte y hacía posible como así lo fue la concesión de la licencia para las dos viviendas unifamiliares que el mismo había solicitado con anterioridad, en representación de PROBANDE, SL, en la Subparcela Sur, y conforme al informe pericial sólo cabría construir doce viviendas en total y no las 19 que se proponían considerando una única parcela".

Reitera el recurrente y así lo alega que no se ha acreditado la ventaja que ha obtenido, no la concreta la sentencia. Si bien hay que considerar que la conclusión expuesta en la sentencia es razonable al considerar que lo es porque al tiempo de emitir el informe pertenecía a la sociedad de la que proviene el proyecto, clara participación indirecta, que necesariamente tuvo que redundar en beneficio del acusado y de ahí su interés en que el proyecto saliese adelante.

Por otra parte no puede pretenderse que esa ventaja se cuantifique o concrete patrimonialmente, porque al hilo de los requisitos expuestos no es necesario que se

plasme de tal forma, y es que esa ventaja se ve plasmada en el hecho de que se aprobase el E.D. con la construcción de viviendas que proponía y que por tanto, que ese proyecto saliese adelante.

DECIMOTERCERO.- El último motivo del recurso invoca la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por considerar que la atenuante analógica del art. 21.6º (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) apreciada debe serlo como muy cualificada.

En la sentencia de instancia se ha apreciado la atenuante analógica de dilaciones indebidas esencialmente al valorar la tardanza en el señalamiento en juicio oral derivado del número de asuntos pendientes en el Juzgado, y por ello las penas se imponen en la mitad inferior.

Hay que considerar que no existe base suficiente para apreciarla como muy cualificada toda vez que aún cuando las diligencias se iniciaron en marzo del año 2000 debe tenerse en cuanto la complejidad de la causa que justifica el tiempo invertido en la instrucción y ello en relación también con el número de acusados, y que en definitiva la mayor tardanza en espera de señalamiento de juicio ya ha sido valorada.

Si bien la Sala considera que para compensar esa dilación las penas deben fijarse en el mínimo legal doce meses de multa, cuota diaria de 12 euros (4.320 euros), e inhabilitación especial para el empleo o cargo público de arquitecto técnico al servicio de las Administraciones Públicas por un período de un año.

DECIMOCUARTO.- *Adhesión a los recursos*

En primer lugar la defensa de la Sra. Juana formula además escrito de adhesión al recurso de apelación formulado por el Sr. Raúl; la adhesión es al motivo 1º nulidad de sentencia y a los motivos 2º, 3º, 4º, 7º y 9º, condena por el delito de prevaricación urbanística.

La nulidad como ya hemos expuesto ha sido rechazada al resolver el motivo 1º del recurso del Sr. Raúl.

En cuanto a los restantes motivos 2º, 3º, 4º, 7º y 9º carecen de relevancia y no puede estimarse toda vez que en lo que ha sido estimado en cuanto al Sr. Raúl no se refiere a la conducta de la acusada y otros motivos ya no se han analizado por virtud de la absolución del delito de prevaricación urbanística.

En segundo lugar la defensa del Sr. Raúl formula adhesión al recurso de la Sra. Juana

Tal adhesión carece de toda concreción y por ello debe ser rechazada además como la adhesión tiene que ser esencialmente coincidente con el recurso tampoco es admisible ya que en definitiva viene a plantear su absolución y ya la ha formulado en su recurso.

En tercer lugar por la defensa de Daniel, Víctor, Augusto y Daniela se adhieren a los recursos de apelación formulados por la Sra. Juana y el Sr. Raúl en concreto a los motivos 1º, 2º y 3º y a los motivos 1º, 2º, 3º, 4º, 7º y 9º, respectivamente.

Expuesto lo anterior señalar que aquéllos han sido absueltos en la sentencia de instancia y no ha sido recurrida en cuanto a tal pronunciamiento y los mismos no pueden entenderse legitimados para vía de adhesión solicitar la nulidad de la sentencia formulada por el Sr. Raúl, motivo 1º y que ha sido rechazado, ni para solicitar la absolución de los acusados que han sido condenados.

DECIMOQUINTO.- Las costas causadas en los recursos y adhesiones se declaran de oficio.

Asimismo al acusado se le impone una novena parte y la otra novena se declara de oficio de las costas de primera instancia.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso formulado por la defensa de Juana, parcialmente el interpuesto por la defensa de Raúl, y desestimamos las adhesiones, y por consecuencia revocamos parcialmente la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada Juez de lo Penal núm. 1 de Ferrol, en juicio oral núm. 164/04 en los siguientes extremos: 1) Condenamos a Juana como autora de un delito de prevaricación, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público en Corporaciones Locales. 2)Condenamos a Raúl por el delito de negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos a las penas de doce meses de multa, cuota diaria de 12 euros (4.320 euros) e inhabilitación especial para el empleo o cargo público de arquitecto técnico al servicio de las Administraciones Públicas por un período de un año, y le absolvemos del delito de prevaricación urbanística, imponiéndole por ello una novena parte de las costas de instancia. Se mantienen los restantes pronunciamientos.

Las costas causadas en los recursos y adhesiones se declaran de oficio.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de que proceden, con testimonio de esta Sentencia para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 40/2005 Toledo (Sección 2), de 28 junio

Jurisdicción: Penal

Ponente: Sr. D. Alfonso Carrión Matamoros

PREVARICACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo: resolución arbitraria: concepto; dolo: exclusión de la forma culposa y del dolo eventual; existencia: delito continuado: Alcaldesa que sin hacer expediente sancionador ni dar cuenta al Pleno decide no pagar el sueldo al Secretario del Ayuntamiento; inexistencia: cesión de uso de vivienda a maestro: aprobada por el Pleno del Ayuntamiento.

APROPIACION INDEBIDA: Alcaldesa que percibe cantidades por sus desplazamientos oficiales: no queda acreditado que las mismas fueran superiores a las pactadas en los presupuestos del Ayuntamiento.

DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO: Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes: inexistencia: Alcaldesa que concede licencia de apertura a un negocio que ya existía hacía más de veinte años: la injusticia de la resolución no es patente y manifiesta, ya que no se concedió la licencia de obras, la cual hubiera permitido edificar donde está prohibido; Alcaldesa que concede licencia de carpa móvil: no constituye construcción o edificación.

FALSEDADES: Falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación: Autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, comete falsedad: requisitos; inexistencia: actas de matrimonio en las que consta que las bodas se celebraron en el Ayuntamiento cuando en realidad tuvieron lugar en otro edificio del mismo término municipal: no es trascedente a efectos penales, ya que por lugar se entiende la población que condiciona la inscripción, cosa distinta del local.

MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS: Sustraer o consentir que otro sustraiga: requisitos; inexistencia: Teniente de Alcalde que deposita en su casa el dinero entregado por la encargada del bar de la piscina municipal en tanto se aclaraban unas cuentas: no consta que hubiera efectuado disposición alguna en su beneficio.

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo **condena** a una acusada como autora de un delito continuado de prevaricación a la pena de ocho años y ocho meses de inhabilitación especial para cargo público y al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular, absolviendo del resto de los delitos imputados. También se **absuelve** a la otra acusada de los delitos de malversación y falsedad.

En la Ciudad de Toledo, a veintiocho de junio de dos mil cinco.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Toledo, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Vista en juicio oral y público la causa que, con el número 529 de2000, tramitó el Juzgado de Instrucción Núm. 3 de Illescas, figurando como partes acusadoras Benedicto defendido por el Letrado Sr. Soria Sánchez y el Ministerio Fiscal, contra Ángela, con DNI núm. NUM000, hija de Ruperto y de Clementa, nacida en Yunclillos, el 18 de noviembre de 19 37, y vecina de Yunclillos, con domicilio en C/ DIRECCION000, NUM001, y sin antecedentes penales; representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Dorrego Rodríguez y defendida por la Letrada Sra. Marín Pascual; y contra Raquel, con DNI núm. NUM002, hija de Antonio y de Dolores, nacida en Madrid, el 13 de junio de 1965, y vecino de Yunclillos, con domicilio en C/ DIRECCION001, y cuyos antecedentes penales no constan; representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Puche Pérez y defendida por el Letrado Sr. Caballero Rodríguez

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. Alfonso Carrión Matamoros, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales entiende que los hechos enunciados en su punto primero son constitutivos de:

A) y E) un delito continuado de coacciones, de los arts. 172 y 74 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

B) Un delito de prevaricación del art. 404 CP.

C) y D) Dos delitos contra la ordenación del territorio del art. 320 CP. F) Un delito de Malversación del art. 438 CP.

Considera responsable en concepto de autora de los delitos A, B, C, D. E y F a la acusada Ángela.

Autora del delito F, a la acusada Raquel.

Por lo que procede imponer:

A la acusada Ángela:

Por el delito continuado A) y E) DOS AÑOS DE PRISIÓN.

Por el delito B) 8 AÑOS de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Por cada uno de los delitos C) y D) OCHO AÑOS de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

A la acusada Raquel:

Por el delito F) TRES AÑOS DE PRISIÓN Y TRES AÑOS de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Las penas de Prisión llevarán aparejadas la accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

SEGUNDO.- La acusación particular calificó los hechos provisionalmente en relación con Raquel como constitutivos de los delitos de:

Apropiación indebida del art. 438 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), en relación con el art. 432 del mismo Código referido a la malversación de caudales públicos. Y Falsedad en documento público y oficial del art. 390.4 del Código Penal. Solicitando le impusiera la pena de:

Por el delito de falsedad en documento público y oficial, 4 años de prisión, multa de 12 meses e inhabilitación especial para cargo público por 3 años.

Por el delito de apropiación indebida y malversación de caudales públicos, 4 años de prisión e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por 8 años.

En relación con Ángela:

Entiende que los hechos que se corresponden con los puntos primero, segundo y quinto del escrito de querella son constitutivos de un delito de prevaricación tipificado y penado en el art. 404 del CP por lo que se la ha de imponer una pena de inhabilitación especial para empleo y cargo público por tiempo de 7 años y pide una responsabilidad civil por daños y perjuicios a favor de Benedicto por importe de 12000 euros.

Los hechos que se corresponden con los puntos tercero y cuarto de la querella son constitutivos de un delito continuado de prevaricación y contra la ordenación del territorio, tipificados y penados en los arts. 404, 320 y 74 del CP por los que procede imponer una pena de prisión de dos años e inhabilitación especial para empleo y cargo público por tiempo de 10 años. Solicitando, así mismo, que se declare la nulidad de los decretos de fecha 4 de junio de 1998 y 4 de abril de 2000.

Los hechos que se corresponden con el punto séptimo del escrito de querella son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento público del art. 390.4 CP por el que se la ha de imponer una pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN muta de 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 años.

Los hechos que se corresponden con el punto noveno del escrito de querella son constitutivos de un concurso de los delitos de prevaricación y apropiación indebida de los arts. 252, 249, 404 y 77 del CP por los que se ha de imponer una pena de nueve años de inhabilitación y como responsabilidad civil que se indemnice al Ayuntamiento la cantidad de 600 €.

Los hechos que se corresponden con el punto duodécimo de la querella son constitutivos de un concurso ideal de delitos de prevaricación como medio para cometer un delito contra los derechos cívicos, tipificados en los art. 404, 542 y 77 por los que se ha de imponer una pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Los hechos que se corresponden con el punto décimo tercero del escrito de querella constituyen un concurso ideal de los delitos de prevaricación y apropiación indebida de los arts. 252, 249, 404 y 77 del CP por los que se ha de imponer una pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y como responsabilidad civil que se devuelva al Ayuntamiento la cantidad de 4.267'19 €;

Los hechos que se corresponden con el punto decimoquinto del escrito de querella son constitutivos de un delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal por los que corresponde imponer una pena de 7 años de inhabilitación especial para cargo público y a condenar a la acusada a que indemnice al Ayuntamiento de Yunclillos con 12.800 euros más los intereses de dicha cantidad.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en sus Conclusiones Definitivas y en relación a Ángela suprimió el apartado E) de los hechos, es decir, retiró la acusación por el delito de coacciones que en el mismo se contiene, y calificó por un solo delito de coacciones, el correspondiente al apartado A), al tiempo que interesaba la pena de un año de prisión por el mismo y la inhabilitación especial durante el tiempo de la condena, pena accesoria que extendió a la pena de prisión por él solicitada en el delito contra la Ordenación del Territorio.

En relación con Raquel, modificó sus conclusiones solicitando por un delito de Malversación del art. 438 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) en relación al 252 y 249 CP, la pena de un año y 9 meses de prisión con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio, e inhabilitación especial por el tiempo de condena.

La Acusación Particular retiró la acusación por el Hecho cuarto de su querella, esto es, por la prevaricación y apropiación indebida relativas al mobiliario y adhiriéndose a la calificación definitiva del Ministerio Fiscal respecto de Raquel.

CUARTO.- Las Defensas elevaron a definitivas sus calificaciones provisionales solicitando la total absolución, y en el caso de Raquel, subsidiariamente, interesando la estimación de la atenuante 5ª del art. 21 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) (arrepentimiento y reparación del daño).-

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que la acusada, Ángela, era la alcaldesa de Yunclillos, localidad toledana de la comarca de la Sagra, con una población de derecho de seiscientos habitantes y con un presupuesto anual de 52000.000 de ptas., cuya única industria es un complejo dedicado a dar fiestas y celebraciones (Bodas París) sito en una finca rústica (Los Robles), actividad consentida desde hace más de veinte años, que no está debidamente legalizada, pero que nadie ha cerrado ni denunciado en todo ese tiempo, pese al conocimiento público y notorio de la misma.

En 1992, el querellante Benedicto tomó posesión como Secretario Interventor en el Ayuntamiento de Yunclillos, prestando sus funciones a jornada reducida al ser un Ayuntamiento de pocos recursos, hasta el año 2000 (junio) en que se estableció una jornada laboral completa, agravándose los problemas y diferencias con la Alcaldesa, que recriminaba desde hacía meses al mismo porque no cumplía su horario laboral en los días que debía ir al Ayuntamiento (dos por semana), que a partir de la indicada fecha pasaron a ser cinco días a la semana en jornada completa.

A causa de estas diferencias, Ángela cometió los siguientes actos:

A) No firmó los cheques de las retribuciones mensuales del querellante correspondientes a febrero, marzo, abril y mayo del año 2000 (que le fueron abonados en 27 de junio del mismo año) aunque firmó todos los demás cheques para pago del personal funcionario a principios de los meses correspondientes. El querellante dejó constancia, por escrito de 9 de mayo y 8 de junio de 2000 de su desacuerdo con la actitud de la querellada.

B) En fecha 3 de octubre de 2000, la acusada firmó un Decreto en el que se ordenaba el pago de las nóminas del mes de septiembre de 2000, así como de otras facturas, haciéndose constar expresamente que no se pagaba el cheque del Sr. Secretario D. Benedicto por importe de 250.950 ptas.. Contra dicho Decreto recurrió el Sr. Secretario ante lo Contencioso-Administrativo y el Ayuntamiento reformó su resolución antes de que recayera sentencia en el contencioso, dictando Decreto de 15 de diciembre de 2000 por el que acordó abonar dicho importe al demandante, dándose por terminado el expediente contencioso conforme a lo dispuesto en el art. 76 LJCA (RCL 1998\1741). Asimismo se da por probado que la acusada Ángela, ha realizado como Alcaldesa de Yunclillos los siguientes actos:

C) El 4 de junio de 1998 concedió la licencia de apertura de los Salones París en la finca de Los Rosales, mientras se tramitaba un expediente administrativo de interés social o utilidad pública.

D) El 4 de abril del año 2000 concedió licencia para instalar una carpa móvil en los citados Salones París.

E) En fecha no determinada, de primeros de septiembre del año 2000, Ángela ordenó al Sr. Secretario que pagara con tres cheques al portador al Sr. Millán, el importe de los festejos taurinos de las fiestas del pueblo.

F) Durante los años 1997 a 2000, la alcaldesa asistió como delegada del Sr. Juez a la celebración de bodas civiles en la finca Los Rosales.

G) La señora Alcaldesa, autorizó, de acuerdo con los demás Concejales asistentes a la despedida del que fuera maestro de la localidad de Yunclillos durante cuarenta años, D. Bartolomé, para que siguiera utilizando en fines de semana y por algunos meses, la vivienda oficial de la que disfrutaba mientras desempeño su función de maestro de la localidad.

H) Se acredita documentalmente que la Sra. Alcaldesa cobró dietas para sus desplazamientos, que no se prueba sean superiores a las establecidas por su cargo y funciones.

No se estima probado que la Sra. Alcaldesa se apropiara de una mesa del mobiliario municipal cuando fue cambiado, ni que negara documentación a los Concejales de manera arbitraria.

También se declara probado que Raquel, mayor de edad, Teniente de Alcalde de la Localidad de Yunclillos, a partir de 1999, recibió en el verano del año 2000, la recaudación de la piscina municipal y del bar situado en la misma, para que la ingresara en las arcas municipales, por importe de 586.000 ptas., que le fueron entregadas por Maite, empleada laboral contratada por el Ayuntamiento, no ingresándolas en las arcas municipales hasta diciembre del año 2000.

En su calidad de Teniente de Alcalde, Raquel también celebró, en el complejo Bodas París (finca Los Rosales) dos bodas civiles por delegación, una el 14 de mayo y otra el 26 de agosto del año 2000».-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que procede, en primer término, entrar a conocer de las cuestiones previas propuestas por la Defensa al comienzo del juicio, al amparo del art. 786.2

LECiv (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892), ya resueltas in voce en el momento de la vista.

La primera de ellas, relativa a la falta de legitimidad de la Acusación Particular por imputar los delitos de falsedad documental y prevaricación, de los que no es sujeto pasivo, porque no estaba constituida como Acusación Pública. La querellante inició la acción penal por querella, en la que relataba unos hechos supuestamente delictivos, solicitando la tutela judicial al amparo del art. 24.1 CE (RCL 1978\2836). El Juez de instrucción admitió a trámite la querella y dispensó de la fianza por aplicación del art. 281 LECrim (LEG 1882\16) (por Auto de 7 de noviembre de 2000, que no fue recurrido por la querellada).

La STC, 15 de febrero de 1994 (RTC 1994\40), declara que es doctrina reiterada de este Tribunal, que la primera nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. En nuestro proceso penal dicho libre acceso, y en lo que a la constitución de las partes acusadoras se refiere, se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 CE) y, por ende, de la acusación particular y privada, cuya protección se encuentra garantizada por el derecho a la tutela del art. 24 CE, pues es un interés digno de protección el que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del «ius puniendi» del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad (STC 37/1993 [RTC 1993\37]). Es cierto que este «ius ut procedatur» que ostenta el querellante no contiene ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del Juicio oral, pues el derecho de querella no conlleva el de la obtención de una Sentencia favorable a la pretensión penal (SSTC 203/1989 [RTC 1989\203] y 191/1992 [RTC 1992\191], entre otras).

Fuera de los supuestos de delitos semipúblicos y privados, en los que el ofendido o sujeto pasivo de la acción delictuosa ostenta, por razones de política criminal, el derecho a la no perseguibilidad del delito a través del monopolio del ejercicio de la acción penal, en los demás delitos públicos subsiste, como es sabido, en nuestro ordenamiento, la acción penal popular consagrada en el art. 125 CE.

En el presente caso, la admisión de la querella fue la forma más idónea de favorecer efectividad del derecho fundamental, porque en la amalgama de hechos que de denunciar no es fácil determinar a priori si estamos en presencia de un perjuicio para el querellante o exclusivamente para la Sociedad, habida cuenta de la interrelación de los delitos con actos documentados del querellante (Actas, informes, etc.), y una vez otorgada la condición de querellante, la de acusador le viene dada por la prosecución procesal de los actos procedimentales que concluida la instrucción, convierten a los denunciantes-querellantes personados en Acusadores, y a los denunciados en Acusados.

El resto de las cuestiones previas suscitadas hacen relación a la falta de concreción de actos y documentos relativos al fondo de los delitos que se juzgan, y que el Tribunal desestimó porque los hechos y documentos vienen determinados en el tiempo y en el espacio, constando en los folios del sumario, tanto las actas de bodas supuestamente afectadas de falsedad, (263 a 284 y 631 y ss), como la vivienda del maestro (folio 1030), cantidades percibidas por dietas (folios 285 y ss), de suerte que las acusadas no

pueden dudar de cuales son los hechos a los que se refieren las imputaciones del Ministerio Fiscal y de la Acusación Particular.

El derecho a conocer la acusación (24.2 CE), como exigencia constitucional, implica que el acusado debe saber de qué se le acusa, y no puede ser condenado por delito distinto. Los escritos de acusación son claros y concretos en cuanto a los delitos que imputan a las acusadas, sin perjuicio de su remisión a las pruebas (documentos) en lo que sustentan la autoría y culpabilidad. Dichas pruebas, en esencia la abundante documental incorporada, serán valoradas por el Tribunal conforme a los principios rectores de la prueba, pero a las acusadas se las ha dado a conocer todo aquello que contra ellas se esgrime, y ese conocimiento les permite instruirse y defenderse de los cargos, e impide la existencia de indefensión o inseguridad.-

SEGUNDO.- Que de los hechos que se imputan a la Alcaldesa Ángela, el Tribunal solo encuentra auténtica transcendencia penal en la retención de sueldos al señor Secretario del Ayuntamiento. La acusada se excusa diciendo que «por convenio» con el Sr. Secretario, y en vista de lo mal que andaba de fondos el Ayuntamiento, acordaron pagar solo las nóminas de los otros funcionarios (a todo esto recordemos que el Ayuntamiento de Yunclillos solo tiene tres funcionarios en plantilla, el Secretario, la auxiliar y el Agente) y que el Secretario esperara a cobrar la suya hasta que las arcas municipales se recobraran. Apoya la Defensa esta teoría por la afirmación del Secretario en el acto de Juicio admitiendo que «sabía que iba a cobrar» (no indagó más la defensa en el por qué). Pero la excusa se revela falsa porque la auxiliar testificó que el Ayuntamiento no tenía problemas de dinero para pagar la nómina del Secretario. Luego fue un motivo espurio el que llevó a la Alcaldesa a no pagarle el sueldo durante casi cuatro meses. El motivo lo pone de manifiesto la propia acusada cuando declara que «se debía a las desavenencias con el Sr. Secretario ya que iba poco al Ayuntamiento» (folio 238 declaración ante el Juez de Instrucción). Sin hacer expediente sancionador, sin dar cuenta al Pleno, la Alcaldesa decide no pagar el sueldo al Sr. Secretario, quien, naturalmente conocedor de la Ley, sabía que iba a terminar cobrando. Pero esa seguridad no deriva como la Acusada refiere, de un pacto de espera, sino del conocimiento de la Ley.

La acusada no puede, en este caso, escudarse en un error ni invocar la mejor defensa de los derechos de la Corporación porque, por pocos que sean los conocimientos exigibles a un Alcalde para el desempeño de sus funciones, por un lado tiene el inexcusable deber de asesorarse antes de ejecutar un acto de tanta transcendencia como es privar del sueldo a un funcionario público, y por otro, el hecho es tan fácilmente comprensible que cualquier persona lo entiende, y más quien pretende y consigue la representación ciudadana al frente de una Alcaldía. Fueron por tanto motivos personales, disputas, rencillas entre la acusada y el Sr. Secretario, las que lo motivaron dando lugar además, a la interminable lista de agravios e imputaciones que luego se recogen en la querella.

La ilegalidad de no firmar los cheques para el pago del sueldo al Sr. Secretario los meses de marzo, abril y mayo, y luego la firma del decreto ordenando el pago a todos los funcionarios sin incluir al Sr. Secretario, sin que se dejara constancia de una causa o motivo que justifica tal actitud, deban entenderse como resoluciones injustas, de

ilegalidad patente, evidente, clamorosa y flagrante (SSTS 19 de octubre de 2000, 22 de septiembre de 2003 [RJ 2003\6477]), la primera por omisión y la segunda por acción. En el primer caso, aunque no haya propiamente resolución, si existe acto administrativo contrario a la legalidad que reúne todas las exigencias de un delito impropio de omisión, ya que firmando todos los cheques de los demás y omitiendo firmar los del querellante, se incurre en ejercicio arbitrario del poder dejando de realizar actos debidos y legales, sin que exista duda razonable sobre la ilegalidad de la actuación. La injusticia de la resolución ha de ser determinada con arreglo a un criterio objetivo que prescinda de la representación particular o de las convicciones que pudieran tener el sujeto activo acerca de lo que procede según su concepción del Derecho, ya que constituye algo que le es extrínseco y que está obligado a conocer, dada la evidencia y fácil perceptibilidad de la ilegalidad (STS 3 marzo de 1997 [RJ 1997\1822]). Estas consideraciones han llevado a la jurisprudencia a identificar dicha injusticia con la existencia de un desbordamiento de la legalidad flagrante y clamoroso radicado, además en la absoluta falta de competencia o en la inobservancia de las más elementales normas de procedimiento, en el contenido sustancial de la resolución que supone un torcimiento del Derecho o una desviación del ordenamiento jurídico de tal manera patente, grosera e incuestionable que no puede sostenerse racionalmente (SSTS 10 de mayo de 1993 [RJ 1993\3772], 27 de mayo de 1994 [RJ 1994\9345], 6 de octubre de 1995 [RJ 1995\7043], 23 de abril de 1997 [RJ 1997\3262], 27, de enero de 1998 [RJ 1998\98] y 9 de julio de 1999 [RJ 1999\6207]), dándose, en definitiva, una injusticia clara y manifiesta, sin fundamento razonable, y situada por completo fuera de la legalidad hasta el punto de que nunca podría tener cabida en ella, pudiendo ser apreciada por cualquiera. Al margen de esta tradicional identificación de la injusticia de la resolución con la evidencia o fácil cognoscibilidad de su ilegalidad o contradicción con el derecho, el requisito de la arbitrariedad, entendida como injustificado o abusivo ejercicio del poder, se ha identificado con la ausencia de una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad del autor (S 21 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9436]), siendo arbitraria la resolución que no es efecto de la aplicación del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente producto de dicha voluntad convertida caprichosamente en fuente de una norma particular (SS. 2 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8091] y 26 de octubre de 2000 [RJ 2000\8798]).

Respecto al tipo subjetivo, la resolución ha de ser dictada «a sabiendas» de su injusticia, lo cual implica que el sujeto tenga plena conciencia de que toma una decisión al margen del ordenamiento jurídico y con notoria arbitrariedad, creando una situación materialmente injusta, de forma que antepone su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, a cualquier otra consideración (STS 3 de mayo de 1986 [RJ 1986\4666], 17 de noviembre de 1990, 14 de julio de 1995 [RJ 1995\5435], 24 de noviembre de 1998 [RJ 1998\8980]. 2 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8091] y 21 de marzo de 2000 [RJ 2000\2441]). Esto implica una conducta eminentemente dolosa, con dolo directo excluyente tanto de la culpa como del dolo eventual (SS. 23 de mayo de 1998 [RJ 1998\4256] y 18 de mayo de 1999 [RJ 1999\3823]), sin que sea necesario que el agente obre por motivos espurios o estrictamente particulares (STS 5 de marzo de 1997 [RJ 1997\1697]), y sin que la exigencia de este elemento pueda llevar, naturalmente y como se ha apuntado, a la llamada subjetivización de este delito (SS. 2 de noviembre de 1999 y 26 de octubre de 2000).

La acusada no ha sabido o no ha querido explicar ante la Sala sus decisiones más allá del increíble motivo de defensa (pacto o convenio), por lo que debemos entender que con sus actos castigaba al Secretario sin sueldo, o retrasando el pago del sueldo más allá de lo que podría ser justificable en situación de insolvencia municipal transitoria, en un claro desafío no solo a la legalidad vigente (Ley de Funcionarios Civiles del Estado), sino también a los principios de la ética y la prudencia.

Dichos hechos constituyen un delito continuado de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 en relación al art. 74 del mismo texto legal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

Entiende la Sala que estamos ante un sólo delito de prevaricación continuada, porque aún cuando entre la primera y segunda retenciones de sueldo pasan tres meses (junio a septiembre), los hechos responden al mismo motivo, infringe el mismo precepto y obedecen a un mismo plan.

Los hechos podrían también constituir delito de coacciones, y así fueron calificados por el Ministerio Fiscal, (la Acusación los calificó como prevaricación), si no fuera porque a la coacción le falta el propósito doble previsto en el tipo: que la víctima deje de hacer algo que la Ley no prohíbe o compelerla a hacer algo que no quiere (art. 172 C.P), y porque el sujeto pasivo no se sintió coaccionado, y prueba de ello es que, primero, siempre supo que iba a cobrar, segundo, nada se le impuso a cambio por la acusada, y tercero, él mismo califica los hechos como delito de prevaricación. Es decir, la perturbación de ánimo que, lógicamente debe existir en la víctima ante la imposición de una conducta (positiva-compeler, negativa-impedir) del agente, no se manifiesta en el transcurso de los hechos.

TERCERO.- La concesión de una licencia de apertura, tras el informe del arquitecto municipal y la realización de obras menores por parte de la empresa solicitante, así como la concesión de instalación de carpa móvil, no constituyen el delito de prevaricación que se describe en el art. 320 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) bajo la rúbrica de los delitos sobre la ordenación del territorio. La licencia de apertura no contiene en sí misma disposición urbanística alguna, y con ella, tanto la acusada de obrar en beneficio del Ayuntamiento por una actividad que se desarrollaba desde hacía más de 20 años (mucho antes de ser elegida Alcaldesa), como tienen reconocido los testigos y corroboran los documentos unidos a los autos.

La finca Los Rosales (Bodas París) solicita licencia de obras que fue denegada por el Ayuntamiento, porque los terrenos en que se situaba dicha empresa son de calificación rústica. La licencia de apertura no altera ni modifica la ordenación del territorio a efectos urbanísticos.

El Tribunal cree a la Alcaldesa cuando afirma que consultada la Diputación le aconsejaron que como no podía conceder la licencia de obras, concediera la licencia de apertura para poder cobrar los árbitros o impuestos municipales por la actividad desarrollada por la solicitante.

La injusticia de la resolución no aparece en este caso patente y manifiesta como en el anterior, porque no es lo mismo una licencia de apertura de algo que ya funciona aunque sea irregularmente, y que en virtud de esa licencia sufre una inspección municipal ajustando sus instalaciones a los requisitos de la actividad que desarrollaba, que una licencia de obras que permite, contra la calificación del suelo, edificar donde no está permitido.

Consta al folio 254, el Decreto de la Alcaldía de 4 de junio de 1998, por le que se concede licencia de apertura a Bodas París en la Finca Los Rosales, y al folio 256, la concesión de licencia para una carpa a favor de la misma solicitante.

La primera licencia no está informada en contra por el Sr. Secretario, que luego se querella y hace gala de conocimientos técnico-jurídicos (informe de 4 de junio de 2000) a propósito de la licencia de la carpa.

La cuestión no puede ser jurídicamente más dudosa. La legislación que se cita por la Junta de Comunidades (Consejería de Obras Públicas), a propósito del cambio de calificación urbanística de los terrenos, es de fecha posterior al Decreto (Ley 4 de junio de 1998 [RCL 1998\1891 y LCLM 1998\143] de ordenación del Territorio, folio 255). Pero sobre todo, el delito de que se trata, recoge únicamente aquellas conductas que mediante la edificación, alteran la condición del territorio (obras de construcción-obras de edificación art. 319). Nadie advierte a la Señora Alcaldesa de la imprudencia o ilegalidad de conceder la licencia de apertura, y a decir de la acusada, es la propia Diputación la que le aconseja dar la licencia de apertura que no es lo mismo que la licencia de obras solicitadas (que fue denegada), para legalizar una actividad ya existente.

Respecto a la licencia de carpa de 4 de abril de 2000, la Alcaldesa contaba con la autorización del Pleno en licencia de carpa anterior (para la elección de Mises en 8 de julio de 1997), que tampoco fue informada desfavorablemente por el querellante (en aquellas fechas se llevaban bien), y que constituye una base jurídica para entender que la licencia de carpa (las carpas son provisionales y desmontables por naturaleza), tampoco contravenía la ordenación del territorio, que dicho sea de paso, pertenece en cuanto a su calificación al Ayuntamiento en cuestión, a través del correspondiente Plan de Ordenación Municipal (POM). El informe del Sr. Secretario, fechado el mismo día 4 de abril de 2000 (folio 257), afirma la Acusada que no fue conocido por ella hasta después de otorgada la licencia (que lleva fecha del mismo día) y el Tribunal así lo cree, dada la mala relación ya existente entre quien tiene el deber de informar y quien tiene el deber de informarse.

Exige el art. 320 que la Autoridad o funcionario actúe «a sabiendas de su injusticia», con lo que viene a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución (RCL 1978\2836), en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y

el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23 de mayo de 1998 [RJ 1998\4256], 4 de diciembre de 1998 [RJ 1998\9225]; STS 766/1999, de 18 de mayo [RJ 1999\3823] y STS 2340/2001, de 10 de diciembre [RJ 2002\1791]), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre [RJ 2000\9963]). En el presente caso, el Tribunal no encuentra el dolo requerido por el tipo, ni siquiera el dolo genérico del art. 10 del Código Penal, en la actuación de la Alcaldesa de un pequeño pueblo (600 habitantes) sin mas ayuda técnico-jurídica que la que se procura en sus constantes viajes a consultas en la capital y con un Secretario, permítasenos decir, «a la contra».

El «coeficiente de importancia» que alguna resolución reclama para este tipo de prevaricación (STS 27 de septiembre de 2004 [RJ 2004\7950]) no se da en quien, atendiendo las indicaciones de la Consejería de Obras Públicas, inicia el expediente de utilidad pública para tramitar las licencias de obras sin perjuicio de conceder la licencia de apertura y de carpa, que no constituye conducta grave y dolosa contra el bien jurídico comunitario (la utilización racional del suelo), por lo que, como sostiene la, SAP. León 10 de julio de 2002, el análisis del acto debe realizarse desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando el principio de mínima intervención cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, ya que el tipo penal no puede servir como mero reforzamiento de la actividad administrativa, sin el contenido material de la antijuridicidad. La Alcaldesa acusada no ha autorizado construcciones en el sentido estricto del término –una licencia de apertura de un negocio que existía hace más de 20 años, y una licencia de carpa móvil– no constituyen construcciones o edificaciones a las que se refiere el tipo penal, (SAP Jaen 21 de enero de 2003 [JUR 2003\45023], respecto a rehabilitaciones y reconstrucciones), no tienen la gravedad suficiente (STS 26 de junio de 2001 [RJ 2001\4521]), para a atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal en blanco que exige cierta entidad para su aplicación, sin perjuicio de que encierren una irregularidad administrativa.-

CUARTO.- Que la orden dada por la Sra. Alcaldesa al Sr. Secretario para que firmara tres cheques al portador para pago del festejo taurino organizado con motivo de las fiestas del pueblo, por la que el ordenado se siente coaccionado, no es un hecho constitutivo de coacciones. No quedan probados exactamente las palabras que le dijo la acusada al Secretario a propósito del cumplimiento de la orden de firmar los cheques, pero frases como «atente a las consecuencias», no encierran en si mismas el presupuesto de las coacciones.

En el ejercicio autoritario de la «potestas», no cualquier restricción a la libertad personal puede estimarse coactiva desde la perspectiva del total ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático (STS 23 Sept 1987 [RJ 1987\6627]). El juicio de valor que necesariamente ha de hacerse sobre la antijuridicidad, nos dice que en este caso, el pago de los festejos, era imperativo. La situación se produce, como revela la prueba testifical del Sr. Julián, porque, el Sr. Secretario aplicó en el caso y fecha (Sept 2000) enjuiciado, una regla que nunca antes se había aplicado al mismo supuesto, pues conociendo que

Don. Millán era apoderado del Sr. Julián, los pagos se los había realizado otros años (1999) sin exigir la exhibición del poder, que en esta ocasión convirtió en requisito «sine qua non» para entregar el dinero. A todo esto, el incidente lo provoca el día anterior a la lidia, esto es, cuando las reses están en el pueblo y tienen que ser desencajonados, planteando a la Alcaldía la disyuntiva de celebrar o no el festejo anunciado. Ni el Agente obra en este caso con finalidad maliciosa, ni atenta contra la libertad de obrar del ofendido, quien, dicho sea de paso, es el encargado de hacer pagos en el Ayuntamiento, y si la Ley no prohíbe, al contrario, ordena el cumplimiento de las obligaciones como es la de pagar los animales comprados para la lidia, al querellante siempre puede salvar cualquier responsabilidad recogiendo in pedem leteram la orden en el correspondiente mandamiento de pago. No hay actos de violencia personal o real en la orden de hacer el pago y hay una legítima autorización de quien la dicta, y el fin, en todo caso, no es impedir por la fuerza (física o moral) el libre ejercicio de la voluntad de quien la recibe.

El Ministerio Fiscal, tras la prueba, retiró la acusación por estos hechos, y la Acusación Particular, en su confuso escrito de acusación, no lo menciona por referencia a los puntos del escrito de querella, y a su vez retiró la acusación por del delito de prevaricación y apropiación indebida de una mesa de cristal perteneciente a los antiguos muebles del Ayuntamiento, que al ser sustituido, se acordó por el Pleno que se regalasen a la Casa Parroquial, extraviándose momentáneamente la mesa en el traslado y siendo repuesta inmediatamente, según testifica el transportista, el destino acordado por la Junta.

Dos hechos entresacados del proceso a la actuación de la alcaldesa en el año 2000, que son retirados por las acusaciones, lo que da idea de la profusión despreocupada con la que se ha revisado el quehacer de la edil desde que sus relaciones con el Sr. Secretario se quebraron.

QUINTO.- Que no se ha probado que la Alcaldesa deniegue petición de documentos a los Concejales, siendo la documentación obrante en autos (folios 636 y 637) de fecha que hace dudar de su verdadero contenido y alcance (octubre de 2000), y siendo contraria la declaración del testigo, supuestamente perjudicado D. Donato, quien reconociendo que pertenece a la comisión de festejos, admite en abril de 2001, que ya ha recibido la documentación solicitada. La referencia a una documentación pedida en 1999 sobre el Cortijo Los Rosales y supuestamente no atendida, se hace sobre la base del relato del Sr. Secretario en sus informes de 13 y 18 de octubre 2000 (quince días antes de presentarse la querella), pero no hay constancia anterior de que dichos documentos se hubieran pedido y denegado por acto de la Alcaldesa.

No hay por tanto más prueba de la supuesta denegación de documentos que las afirmaciones del testigo. En todo caso, es un acto administrativo recurrible, y por ello, exento de la prevaricación imputada.-

SEXTO.- Que no se estima probado que la acusada percibiera por su desplazamientos oficiales cantidades superiores a las pactadas en los presupuestos del Ayuntamiento por viajes oficiales.

Solicita la Acusación Particular por estos hechos pena por delitos de prevaricación y apropiación indebida.

Basa su acusación el querellante en que la cantidad establecida por dietas para viajes oficiales fuera de la localidad se fijaron en 1993, en 5.000 ptas., habiendo percibido la acusada, como se constata con los documentos obrantes a los folios 285 a 392, cantidades superiores en tal concepto.

La primera afirmación de la acusación es cierta en cuanto a que la dieta se fijó en 1993 en 5.000 ptas., por desplazamiento fuera de la localidad, pero además de la dieta (estrictu sensu), consta que se incluían los gastos de transporte (locomoción) y ya en el año 1992 y 1993 (folios 355-350) aparecen cantidades superiores a las 5.000 ptas., abonadas sin reparo ni consignación alguna del interventor en las órdenes de pago.

Es un hecho reconocido que la Alcaldesa no usa taxi sino que viaja en su coche haciendo de chofer su esposo, y es un hecho que no precisa demostración, que las dietas nada tienen que ver con los gastos, siendo, sin embargo, ambos conceptos debidos, los primeros como asignación lícita y los gastos como reembolso de las cantidades abonadas por la Autoridad o funcionario que soporta el gasto.

Consta en la certificación de las Actas municipales (folios 338 Vto, tomo II de la documental y 356 Vto de la misma prueba y tomo) que en Sesiones Ordinarias de 29 de junio de 1998 y 9 de abril de 1999, se acordó el cobro de 10.000 ptas. para asistencia a Plenos y 5.000 ptas. por asistencia a Comisiones, manteniendo las 5.000 ptas. por desplazamientos fuera de la localidad (los acuerdos fueron aprobados por los Plenos respectivos). Centra la Acusación el tema en el supuesto cobro indebido de dieta por asistencia a las reuniones de la Mancomunidad cuando la Mancomunidad ya pagaba 5.000 ptas. por asistencia a sus sesiones. Las dos cantidades son compatibles, la primera porque el acto tiene lugar fuera de la localidad y se acoge a la regla general y la segunda porque se percibe en concepto distinto y de diferente pagador.

Por último, se aclara en certificación del Ayuntamiento, de fecha 29 de junio de 2001 (folio 816), que a partir de 1992, la dieta era de 5.000 ptas. sin pernocta y 10.000 ptas. en caso de pernocta fuera de la localidad, que a partir de 1984 pasaron a ser de 5.000 ptas. y 15.000 ptas. respectivamente. Puede que en los gastos de viaje y dietas que presentaba al cobro la Alcaldesa no estuviera debidamente especificado el concepto y debidamente separadas las cantidades (dietas-gastos de locomoción), pero la irregularidad formal no presupone que la cantidad no sea debida. El Sr. Secretario, objetaba en algunas partidas (folio 289, 293) que «desconoce si se han realizado los viajes», y se insiste en lo de la Mancomunidad. Pero que el Sr. Secretario desconozca o consigne que desconoce si se han realizado los viajes no es un hecho que permita dar por probado que los viajes no se realizaron. Por otro lado, desde 1991, fecha a la que se retrotraen los gastos y dietas más antiguos (folios 369, 370, 371) se constata que la

asistencia a las sesiones de la Mancomunidad se pagan por encima del resto de dietas (el doble), estando todos los presupuestos aprobados por los Plenos.

De lo anterior se deduce que no cualquier cantidad pagada por encima de las 5.000 ptas. era una cantidad indebida, porque no comprendía solo el concepto de dieta sino que forzosamente debe creerse a la acusada cuando alega que se comprendían también los gastos de transporte y estancias o pernoctas.-

SÉPTIMO.- Que la cesión de la vivienda al maestro de la localidad D. Bartolomé, que lo fue durante 35 años, fue aprobada por el Pleno del Ayuntamiento, para su uso a favor del mismo y mientras no se tuviera necesidad de ella por el Consistorio.

El maestro ocupaba sin pagar renta alguna dicha vivienda cedida por el Ministerio de Educación.

No consta oposición de los concejales ni acuerdo o decreto por el que se aprueba dicha cesión temporal, que, a partir de la jubilación del maestro comportaba el pago de gastos de agua, luz, etc., que antes eran gratuitos, esto es, a cargo de la titularidad de la vivienda.

La Acusación ve en el hecho prevaricación porque atribuye a la única orden de la Alcaldesa dicha cesión, y porque, según sus cuentas, el Ayuntamiento ha dejado de ingresar un dinero que podía haber obtenido alquilando la vivienda.

El testimonio del maestro y la ausencia de documentos o testimonios contrarios permiten deducir que la cosa fue como dice la Alcaldesa. Estando presentes todos los concejales en la fiesta de despedida del maestro con motivo de su jubilación, y para agradecer o recompensar de alguna manera los servicios prestados, se accedió a su petición de uso temporal de la vivienda que venía ocupando gratis. Fue, en definitiva, una decisión municipal, aunque el Pleno y lugar fueron irregulares, pero el acierto o desacierto de la decisión no es revisable en esta instancia ni constituye un acto prevaricador por falta del elemento esencial del delito (dolo especial y directo).-

OCTAVO.- Que se imputa por la Acusación Particular un delito continuado de falsedad documental, por el hecho de celebrar las bodas civiles por delegación del Juzgado en la finca Los Rosales (Bodas París), haciendo constar en el Acta de matrimonio que la boda se celebraba en el Salón de Plenos del Ayuntamiento. El Tribunal ha oído varios testimonios de los, en su día, contrayentes, que de forma casi unánime, afirman que sus matrimonios tuvieron un doble acto. El formal, en el Ayuntamiento (firma del acta y manifestación de voluntad propiamente dicha), y el informal, supuesto, fingido (Boda en Los Rosales), según los cuales, la Alcaldesa hacía el paripé en la finca a petición de los novios y con los invitados presentes (que no caben en el Ayuntamiento) sin perjuicio de casarlos en el Ayuntamiento donde iban antes o después.

La cuestión del lugar donde se celebra la unión matrimonial tiene una importancia relativa a efectos del delito de falsedad. El CC no impone un lugar determinado y la

Instrucción de la Dirección General de los Registros de fecha 26 de enero de 1995 no tiene carácter imperativo.

Pero sobre todo, el concepto de falsedad que se imputa (390.4) por la Acusación Particular, referido a la «falta de verdad en la narración de los hechos», implica la expresión o manifestación en el documento que no se corresponde con la realidad, siempre que esas alteraciones de la realidad sean transcendentes, fundamentales o esenciales elementos del documento.

La STS 5 de julio de 2004 (RJ 2004\4446), remitiéndose a la de 21 de noviembre de 1996 (RJ 1996\7996), recoge la jurisprudencia que de forma continuada y estable viene refiriéndose a los requisitos exigidos en la falsedad de que tratamos (SSTS 27 de enero de 1993 [RJ 1993\195], 15 de enero de 1994 [RJ 1994\15], 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8035], 3 de mayo de 1996 [RJ 1996\3798], etc.) definidos por

1) El elemento objetivo o material, propio de toda falsedad, la mutación de la verdad por alguno de los procedimientos o forma enumerados en el artículo 302 (RCL 1973\2255) (hoy 390) del Código Penal.

2) Que la mutatio veritatis recaiga sobre elementos capitales o esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, con lo que se excluyen de la consideración del delito los mudamientos de la verdad inocuos o intranscendentes para la finalidad del documento.

3) Elemento subjetivo o dolo falsario, consistente en la concurrencia en el agente de la conciencia y voluntad de transmutar la verdad. Es decir, que la mutatio veritatis debe tener suficiente entidad como para conseguir afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas».

En este caso, el lugar, solo sería transcendente cuando condicionara el sentido y función del acto.

Debe significarse, en cualquier caso, que en la concepción material hoy absolutamente dominante en la doctrina y en la legislación –frente al sistema antiguo francés o formal–, la existencia de una falsedad punible depende, precisamente, de que afecte a elementos transcendentes «ad ultra», para probar hechos relevantes en el tráfico jurídico o susceptibles de producir una prueba mendaz. Es decir, que quedan excluidas del ámbito del Derecho Penal las alteraciones de verdades que no sean significativas para la prueba jurídica de algún hecho relevante.

Por lugar, en todo caso, debe entenderse la población que condiciona la inscripción, cosa distinta del local, que si bien ha de estar en la circunscripción registral que efectúe dicha inscripción, no tiene otro condicionante que el de pertenecer al Ayuntamiento (en sentido territorial) en cuyo edil se delega la celebración del matrimonio. A efectos penales no es transcendente que se diga que el matrimonio se celebre en el edificio del Ayuntamiento (Salón de Plenos, despacho del Sr. Alcalde, etc.) y tenga lugar en otro edificio del mismo término, porque no resta verdad al acto. No hay por ende, intención falsaria alguna en el supuesto de que los hechos fueran ciertos y aceptado incluso que la

bodas se celebraron en los salones París, por lo que no se estima punible el hecho denunciado.-

NOVENO.- Que a Raquel, Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Yunclillos, se la acusa por el Ministerio Fiscal de la malversación del art. 438 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) y por la Acusación Particular, además, de un delito de falsedad en documento público, en relación, este último a las bodas civiles que celebró como delegada de la Alcaldesa en al Finca Los Rosales.

Respecto al delito de falsedad en documento público debemos reproducir todo lo expuesto en relación al mismo, al considerar la actuación de la Alcaldesa para llegar a la misma conclusión de inexistencia de acción punible por ausencia del requisito objetivo del tipo.

La malversación de que se acusa a Raquel es la denominada malversación propia, esto es, la apropiación definitiva (animus rem sibi habendi) del dinero que le fue entregado por la encargada del bar de la piscina municipal, en agosto del año 2000, para su posterior ingreso en la cuenta corriente del ayuntamiento, y que asciende a la cantidad de 586.000 ptas..

Dicha cantidad fue recibida por la acusada y entregada al Ayuntamiento a finales de año, sin que se haya precisado la fecha (diciembre de 2000), por reconocimiento del Sr. Secretario que admite la devolución en su testimonio en juicio. El Tribunal tiene sus dudas respecto al ánimo de la acusada en apoderarse definitivamente de la cantidad por lo que más adelante expondrá.

El Capítulo VII del actual Código Penal ha introducido importantes reformas en la regulación de este delito, como por ejemplo la supresión en la rúbrica de la referencia a los caudales públicos, la desaparición del sistema de cuantías para la determinación de la pena y la notable reducción de la pena máxima a imponer, siendo las más importantes la desaparición de delito imprudente que daba lugar a la sustracción de caudales públicos, la exigencia expresa del ánimo de lucro en algunas de las figuras y concretamente en el art. 432 y la supresión del delito consistente en dar a los caudales o efectos una aplicación pública diferente a aquella a la que estuvieran destinados.

El bien jurídico protegido lo constituye la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos, con una plural protección por estos delitos contra la Administración pública de un mismo bien jurídico, concretado en el caso de la malversación en el patrimonio público, en cuanto está destinado a la satisfacción de los intereses generales a los que se refiere el art. 103.1 de la Constitución (RCL 1978\2836). Los elementos que integran esta figura delictiva son los siguientes:

a) El autor tiene que tener la cualidad de autoridad o funcionario público. No hay duda de que la Teniente de Alcalde reúne la primera condición.

b) La sustracción de fondos públicos para hacerlos propios, en el sentido de apartarse de su destino.

El término sustraer se ha entendido en el sentido amplio de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos del servicio para hacerlos propios. De hecho la doctrina ha señalado que el sinónimo más adecuado de sustraer es «apropiarse» ya que la conducta penada en el delito de malversación tiene un claro correlativo en la del delito de apropiación indebida y que por igual razón el delito de malversación se consuma o perfecciona en el momento que los fondos son apartados del destino público.

c) la concurrencia de un ánimo de lucro, entendiendo por tal cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que recibe el autor de un delito o un tercero es respecto de los dos últimos requisitos que el Tribunal tiene sus dudas. Primero, Raquel recibe el dinero en mano de la encargada de la piscina, que no lo puede ingresar porque en el mes de agosto estaba de vacaciones la persona que normalmente recibe la cuantía. Sin embargo, la acusada manifestó que el motivo era que las cuentas no salían por el distinto precio de las entradas de adulto y de niño, habiéndose agotado las primeras y tirado del taco de las de niño, pero vendiéndose al precio de adultos. Continúa diciendo la acusada que guardó el dinero en casa y que una vez que resolvió la anomalía, hicieron cuentas con la encargada y cuadraron el resultado al que faltaban 6.000 ptas.. Esto fue a finales de octubre. La testigo (Maite) también reconoce que «hubo que hacer cuentas a petición del Sr. Secretario, así como la cantidad que faltaba». También declara que la Teniente de Alcalde no podía cuadrar las cuentas porque el Sr. Secretario no le entregaba las facturas de los productos del bar, y porque hacía falta una ordenanza en la materia, que no se había dictado. Este testimonio coincide con el de la acusada en cuanto, primero a la necesidad de hacer cuentas, y después, en las pegas puestas por el Sr. Secretario en relación al precio de las entradas sin haber aprobado la ordenanza.

No ignora el Tribunal que fueran cuales fueran los problemas reales o ficticios con que se encontró Raquel, le bastaba con haber ingresado lo recibido y aclarar después los motivos. Pero no es menos cierto que su actitud ha de valorarse en función de las circunstancias de tiempo, lugar, personas y aptitudes. Raquel no metió el dinero en sus cuentas particulares, lo depositó en su casa y cuando fue a entregarlo al Ayuntamiento le vinieron los problemas. Que si no cuadraban, que si no se podían justificar, que si era necesaria una ordenanza, que si no se le entregaban las facturas de las bebidas etc.

La declaración del Secretario querellante a 15 de diciembre de 2000 ante el Juez de Instrucción de Illescas, es de lo más opaca al respecto. Viene a reconocer que Raquel le pidió las facturas de los suministros, y que no se los dio «porque ella, así como otras personas tienen llave del archivo». Afirma que la manifestación de Raquel sobre la Ordenanza no es cierta porque se había aprobado un año antes. La Ordenanza que se aporta es de dos años antes (1998), pero en cualquier caso, la testigo Maite oyó al Sr. Secretario como le decía a Raquel «que no se podían justificar las cuentas porque hacía falta una Ordenanza que no se había dictado».

Ante tal situación, la depositaria del dinero (Raquel) decide guardarlo hasta que se aclare el tema, haciendo entrega de la cantidad tras declarar ante el Juez. (15 de diciembre de 2000).

No consta que la acusada haya efectuado disposición alguna en su beneficio del dinero que recibió en depositó, y las razones que esgrime para justificar el retraso en la devolución, además de responder a hechos probados, convencen al Tribunal sobre la ausencia de malversación propia o impropia en el presente caso.-

DÉCIMO.- Que los hechos probados son constitutivos de un delito continuado de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) en relación al art. 74 del mismo texto legal.-

UNDÉCIMO.- Que de dicho delito resulta responsable en concepto de autor la acusada Ángela, por su participación directa, material y voluntaria.-

DUODÉCIMO.- Que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.-

DECIMOTERCERO.- Que todo responsable criminal de un delito lo es también de las costas y de los daños y perjuicios que su conducta delictiva haya producido a los perjudicados (arts. 109 y 123 CP [RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777]).

La parte querellante solicita por daño moral una indemnización de 12000 euros por el hecho de no habérsele pagado su sueldo, prevaricación continuada de la Alcaldesa que es el único delito estimado esta causa. El daño moral por el retraso injustificado y delictivo en el pago de salarios no está acreditado. Psicológicamente el querellante no sufrió por esta causa, como reconoce al afirmar que «estaba seguro que le iban a pagar». Es decir, conoce la Ley, sabe de la importancia de la resolución y pone en práctica las medidas para evitarla. Ya fue condenado el Ayuntamiento al pago de costas por el TSCLM en el Contencioso-Administrativo en ambas instancias. El perjudicado no ha padecido angustia o inquietud incardinable en el ámbito de los daños morales derivados de la orden de la Alcaldesa de no abonarle el sueldo, primero, porque tenía otra fuente de ingresos reconocida, segundo, porque sabía, era consciente de que iba a cobrar, y tercero, porque en el último caso (cheque de septiembre), el retraso fue mínimo (menos de un mes en hacerle el ofrecimiento).

Las costas del delito de prevaricación se imponen a la condenada, declarándose de oficio las correspondientes a los demás delitos, declarándose de oficio también las costas de la acusada Raquel.-

FALLO

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Ángela como autora culpable de un delito continuado de Prevaricación a la pena OCHO AÑOS Y OCHO MESES DE

INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CARGO PÚBLICO y al pago de las costas procesales incluidas las de la Acusación Particular por dicho delito, ABSOLVIENDO a la acusada del resto de los delitos imputados por el Ministerio Fiscal y por la Acusación particular, declarando de oficio las costas correspondientes a la misma. Y que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Raquel de los delitos de malversación y falsedad por los que fue acusada por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, declarando de oficio sus costas procesales

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, a medio de escrito autorizado con firmas de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.–Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Alfonso Carrión Matamoros, en audiencia pública. Doy fe.– En Toledo, a trece de julio de dos mil cinco.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 755/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 25 septiembre
Ponente: Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

En la Villa de Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil siete.

En el recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por Jaime y Antonio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección Primera), con fecha quince de enero de dos mil siete, en causa seguida contra los mismos por un delito de prevaricación, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente los acusados Jaime y Antonio representados por el Procurador Don Javier Cuevas Rivas.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número tres de los de Tolosa, incoó Procedimiento Abreviado con el número 55/2004 contra Jaime y Antonio, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección Primera) que, con fecha quince de enero de dos mil siete (JUR 2007\122347), dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- El Pleno del Ayuntamiento de Andoain, en sesión ordinaria celebrada el día 30-3-1997, adoptó el Acuerdo 23º mediante el que aprobó la organización de funciones de la Comisión de Derechos Humanos de los presos creada por el Pleno Municipal en sesión de fecha 28-6-1996, conforme al siguiente detalle: a) Funciones: 1º Analizar la situación de todos los presos andoaindarras con el fin de que se respeten sus derechos, y realizar seguimiento en cada caso. b) Organización: 1ª Adscribir esta Comisión, en aras a su organización, al Departamento de Bienestar Social.- 3ª La Comisión estará creada por las representaciones de los partidos de la corporación, midiéndose la representación de cada partido conforme a la que se posee en el Pleno.- 4ª Esta Comisión, al igual que el resto de las Comisiones, será abierta, y se cree conveniente la participación de representantes y familiares de presos.- 5ª Será necesaria la intervención de un administrativo o trabajador municipal, para que recoja las propuestas y acuerdos realizados en el seno de la Comisión.- 6ª En los presupuestos del Departamento de Bienestar Social se abrirá una partida nominativa y cerrada, siendo necesaria la aprobación del encargado de la Comisión para realizar cualquier gasto de ella.- 7ª Dicha partida será: 7.1. Para hacer frente a los problemas derivados de la vulneración de los derechos humanos de los presos, es decir: -Para ayudar a los familiares de presos que se encuentran fuera de Euskal Herria.- Para ayudar a presos en situación de indigencia.- (Estas ayudas se realizarán mediante convocatoria).- 7.2. Para realizar seguimiento de la situación de los presos, y para emitir los informes y ayudas

que esta Comisión considere.- 8ª Esta partida recibirá el mismo tratamiento que recibe cualquier otra en el Ayuntamiento, tanto a la hora de ejecutarla como, en adelante, realizar nuevos presupuestos".- El Pleno del Ayuntamiento de Andoain, en sesión ordinaria celebrada el día 30-12-1999, adoptó el Acuerdo 8º cuya parte dispositiva es como sigue: "1.- Modificar el punto 7.1 del apartado b) de Organización, sustituyendo "Para ayudar a los familiares de presos que se encuentran fuera de Euskal Herria" por "Para ayudar a los familiares y amigos de presos que se encuentran fuera de Euskal Herria, siempre que se respete el número de visitas acordado. 2.- Con las cantidades establecidas en la Comisión de Derechos Humanos de los Presos el 10.10.97, aprobar el gasto de los viajes ocasionados por las visitas a presos, conforme a dos visitas al mes, y en el caso de Aritz... conforme a dos visitas y un vis-a-vis al mes, con cargo a la partida presupuestaria núm. 10400-480-460-00-01".- SEGUNDO.- En aplicación del mencionado Acuerdo, el Ayuntamiento de Andoain sufragó con regularidad gastos de viajes realizados por familiares y amigos de presos de la localidad, para visitar a éstos.- TERCERO.- Por Resolución de Alcaldía de fecha 14-3-2002 fue nombrada Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de los Presos la Concejal Blanca y por comunicación presentada ante el Ayuntamiento de Andoain de fecha 10-12-1999 formaba parte de la misma como vocal el concejal Javier.- La Comisión de Derechos Humanos de los Presos fue convocada para el día 19 de mayo de 2003, asistiendo a ella la presidente Sra. Blanca y familiares de presos, no haciéndolo el concejal Sr. Javier. Pese a no existir acta de la reunión, en ésta se acordó proponer al Ayuntamiento que abonara los gastos para la compra de un ordenador para el preso andoaindarra Esteban, que se encontraba internado en la prisión francesa de Fleury Merogis (París), así como 2.560 euros a Autocares URPA, SL, correspondientes a los gastos de los autobuses organizados para asistir a los juicios que se iban a celebrar en la Audiencia Nacional de Madrid contra los presos y vecinos de Andoain Alejandro y Jose Pablo.- La Presidenta de la Comisión trasladó dicho acuerdo al Presidente-Concejal Delegado de la Comisión de Servicios Sociales, al aquí acusado Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales y se dio traslado del mismo a la Interventora Interina del Ayuntamiento de Andoain Sonia.- CUARTO.- Ésta realizó el día 20-5-2003 un Informe de fiscalización del gasto y existencia de crédito presupuestario respecto al asunto del Ordenador para el preso andoaindarra Esteban y el presupuesto de URPA, SL para ir a Madrid, en el que indica: "LEGISLACIÓN APLICABLE: arts. 194 y siguientes de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre (RCL 1988\2607 y RCL 1989, 1851), Reguladora de las Haciendas Locales.- INFORMO: Que en el presupuesto vigente a la fecha de hoy, no existe consignación presupuestaria para los gastos que se mencionan en la propuesta realizada por la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos.- Siendo además, que la imputación de los gastos que se proponen contraer con cargo a la partida 1.0400.480.469.00.01 "Comisión de Derechos Humanos" no es la correcta. El destino de esa partida debe ser el establecido en acuerdo 23 adoptado por el Pleno Municipal, en la sesión celebrada el día 20 de marzo de 1997, modificado posteriormente el 30 de diciembre de 1999 en el punto octavo.- Por lo tanto y conforme a la normativa aplicable, su aprobación constituye un acto nulo de pleno derecho.- En relación con el órgano competente para resolver las discrepancias planteadas (basándose el reparo de Intervención en la insuficiencia de crédito para los gastos propuestos) concluir diciendo que conforme al art. 198 de la LRHL ésta corresponderá al Pleno Municipal...".- QUINTO.- El saldo disponible de la partida presupuestaria número 1.0400.480.469.00.01 del Presupuesto Municipal de 2003 correspondiente a la

Comisión de Derechos Humanos de los presos en los días 20 y 21 de mayo de 2003 era de 15.458,98 euros, de un presupuesto definitivo de 21.035,42 euros.- SEXTO.- El acusado Antonio, en su condición de Concejal Delegado de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Andoain, dictó el día 21-5-2003 la Resolución 224/2003, con el contenido que se expone a continuación, pese a tener conocimiento del reparo de intervención formulado, así como de que, a consecuencia del mismo, la competencia para aprobar el gasto y acordar su realización, no le correspondía a él, sino al Pleno de la Corporación: "Vista la factura presentada por la familia de Esteban, vecino de Andoain, preso en situación de aislamiento en la cárcel de Fleury Merogis de Francia, para la compra de un ordenador, por un importe de 2057,72 euros al objeto de atenuar la situación de incomunicación de sufre.- Vistos los presupuestos que ha presentado Autocares URPA, SL.., correspondientes a los gastos de los autobuses que se han organizado para asistir a los juicios que se van a celebrar en la Audiencia Nacional de Madrid contra los presos y vecinos de Andoain Alejandro y Jose Pablo... y que ascienden a 2.560 euros Visto el informe emitido por el interventor el 20 de mayo de 2003, donde se manifiesta que no existe consignación dentro del presupuesto municipal y que los gastos mencionados quedan al margen de los objetivos aprobados por la Corporación, RESUELVO 1.- Aprobar el gasto por importe de (4.617), a cargo de la partida presupuestaria núm. 1040048046690001 de este Ayuntamiento, para el abono de la compra de un ordenador al preso y vecino de Andoain Esteban, y para hacer frente a los gastos de los autobuses que se han organizado para asistir a los juicios que se van a celebrar en la Audiencia Nacional de Madrid contra los presos y vecino de Andoain Alejandro y Jose Pablo 2.- Efectuar los pagos a la presentación de las facturas. 3.- Notificar la presente resolución a los interesados y al departamento de intervención".- Dicha Resolución tuvo entrada en la Secretaría Municipal el mismo día de su fecha.- SÉPTIMO.- El acusado Jaime, mayor de edad y sin antecedentes penales, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Andoain ordenó el mismo día 21-5-2003 el pago de la cantidad de 2057,72 euros, para la compra de dicho ordenador, con cargo a la Partida 1.0400.480.469.00.01 del presupuesto municipal, correspondiente a la Comisión de Derechos Humanos de los presos, pese a tener conocimiento del reparo de intervención formulado a la Resolución 224/2003 dictada por el co-acusado y de que, a consecuencia de este reparo, la competencia para aprobar dicho gasto y su realización no correspondía al concejal-delegado Sr. Antonio, sino al Pleno, que sabía que no se había celebrado. Como consecuencia de el mencionado mandamiento, se realizó el pago que ordenaba.- No ha resultado acreditado que el acusado Sr. Jaime ocultara la actuación que él mismo y el resto de intervinientes realizaron en relación al presente tema.- OCTAVO.- El día 25 de mayo de 2003 se celebraron elecciones municipales, a raíz de las cuales, en sesión constitutiva celebrada con fecha 14 de junio de 2003, fue proclamado Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Andoain Gustavo, dejando de ocupar dicho cargo el aquí acusado Sr. Jaime.- NOVENO.- El Ayuntamiento de Andoain ordenó el día 17-6–2003 el pago de la cantidad de 2.560 euros a Autocares URPA, SL por gastos de dos traslados en autocar a Madrid a los juicios celebrados contra Alejandro el día 26-5-2003 y contra Jose Pablo el 4-6-2003, ante la presentación por AUTOCARES URPA, SL de sendas facturas fechadas el día 6-6-2003. El mismo día 17-6-2003 se realizó dicho abono.- Tampoco ha resultado acreditado que el acusado Sr. Jaime ocultara la actuación que él mismo y el resto de intervinientes realizaron en relación al presente tema.- DÉCIMO.- El Pleno del Ayuntamiento de Andoain, en sesión ordinaria celebrada el día 23-10-2003 adoptó, el Acuerdo 11º: Dar cuenta de las resoluciones de Concejal/a-

Delegado-a, desde la NÚM. 195/2003 a la NÚM. 404/2003 -incluyendo, por tanto, la 224/2003, que hemos mencionado anteriormente, dictada por el acusado Sr. Antonio- dando cuenta el Sr. Alcalde de tales resoluciones, si bien previamente a la celebración del Pleno se tiene conocimiento del conocimiento de las mismas, dándose por enterado el Pleno de la Corporación.- UNDÉCIMO.- Los aquí acusados realizaron el día 23-2-2006 un ingreso en la cuenta del Ayuntamiento de Andoain abierta en la entidad Kutxa por importe de 2057,72 euros, coincidente con el pago realizado para la compra del ordenador mencionado. A consecuencia de ello, el Ayuntamiento de Andoain renunció a las acciones que le correspondían en la presente causa.- DUODÉCIMO.- Los aquí acusados realizaron el día 20-11-2006 un ingreso en la cuenta del Ayuntamiento de Andoain abierta en la entidad Kutxa por importe de 2.560 euros, cifra a la que ascendía el reintegro de los abonos efectuados por el Ayuntamiento de Andoain el día 17-6–003 a Autocares URPA, SL por gastos de traslados en autocar a Madrid a los juicios celebrados contra Alejandro el día 26-5-2003 y Jose Pablo el 4-6-2003".(sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia (JUR 2007\122347), dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"1º CONDENAMOS a Jaime, como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), con la atenuante de reparación del daño, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años y al pago de una cuarta parte de las costas devengadas en el proceso.- 2º.- ABSOLVEMOS a dicho acusado del delito de malversación de caudales públicos del que fue acusado y declaramos de oficio una cuarta parte de las costas causadas en el proceso.- 3º.- CONDENAMOS a Antonio, como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), con la atenuante de reparación del daño, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años y al pago de una cuarta parte de las costas devengadas en el proceso.- 4º.- ABSOLVEMOS a dicho acusado del delito de malversación de caudales públicos del que fue acusado y declaramos de oficio una cuarta parte de las costas causadas en el proceso". (sic)

TERCERO.- Notificada la resolución (JUR 2007\122347) a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, por la representación de Jaime y Antonio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de los recurrentes Jaime y Antonio se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), por cuanto que, dados los hechos que declara probados, la sentencia infringe el artículo 404 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) por aplicación indebida.

2.- Por infracción de Ley, por el cauce procesal del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), al infringir la Sentencia (JUR 2007\122347) el artículo 21.6 del Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777). La sentencia incurre en la infracción alegada, al no estimar la concurrencia de la atenuante analógica de dilación indebida en el proceso.

3.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), por cuanto que, dados los hechos que declaran probados, la sentencia infringe el artículo 21.5º y el artículo 66.1.2º y 1º del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) al estimar que la circunstancia atenuante concurre, en la conducta de los acusados, con el carácter de atenuante simple o común, siendo la actividad reparadora de los acusados reviste caracteres e intensidad que le hacen merecer la consideración de atenuante cualificada.

4.- Por infracción de Ley, por el cauce procesal del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), basado en documentación que obra en autos y que demuestra la equivocación del Juzgador en la apreciación de la prueba, sin resultar contradicha por otros elementos probatorios.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró el día dieciocho de septiembre de dos mil siete.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ambos recurrentes han sido condenados como autores de un delito de prevaricación con la atenuante de reparación del daño a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público. En el primer motivo de su recurso de casación contra la sentencia de instancia (JUR 2007\122347), sostienen, en razonamientos separados, que no concurren, en ninguno de los dos casos, los requisitos que el artículo 404 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) exige para apreciar el delito de prevaricación.

Respecto del acusado Antonio, alega que agotó su acción al dictar la resolución 224/2003, en la que acordaba el pago de las cantidades a que se refieren los hechos probados relativas al importe de la adquisición de un ordenador para una persona que se encontraba en Francia en situación de prisión y de las cantidades facturadas por una empresa de transportes por los viajes realizados para asistir al juicio oral de otras dos personas en Madrid, sostiene que tal resolución se ajustaba a la ley, pues la propia sentencia recoge en el F. 5º que se trataba de gastos comprendidos en las previsiones de

las finalidades de la Comisión de Derechos Humanos de los presos creada por acuerdo municipal de 28-6-1996; que las causas alegadas en el informe de la interventora incurren en error manifiesto y en inveracidad, pues sí existía consignación presupuestaria; y que era competente para dictar la resolución mencionada. En definitiva, sostiene que una vez formulado el reparo por la interventora, el dictado de la resolución es una forma de hacer patente la disconformidad del órgano inicialmente competente con tal reparo, dando entonces lugar al procedimiento que correspondiera para resolver el conflicto generado. Y que dados los aspectos antes mencionados, su actuación estuvo presidida por el convencimiento de que su contenido se ajustaba a la ley.

En relación al acusado Jaime su conducta consistió en ordenar el pago de la cantidad correspondiente al importe del ordenador (2057,72 euros) pese a tener conocimiento del reparo de intervención. Nada se dice acerca de que participara en el pago de la otra cantidad relativa a los gastos originados por los viajes entres referidos. Este segundo pago fue ordenado por la nueva corporación municipal, sin que haya tenido secuela penal. Sostiene, en consecuencia, que ambos actos deberían ser valorados de igual forma.

Admite que no acordó la suspensión del expediente una vez conocido el reparo de intervención, pero entiende que no tiene relevancia penal dado que la decisión se ajustaba a la Ley y que las causas alegadas en el reparo eran inveraces, pues se referían a insuficiencia del crédito, cuando la propia sentencia reconoce que había crédito bastante en la correspondiente partida presupuestaria. Asimismo resalta una vez más que sin celebración del Pleno del Ayuntamiento se acordó el pago de esta cantidad comprendida en la resolución dictada por el otro acusado, y además, que elevada la cuestión al Pleno hubo aquietamiento por parte del mismo.

1. El delito de prevaricación administrativa viene definido en el artículo 404 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) que sanciona «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo».

Por lo tanto, se sancionan penalmente conductas realizadas por quienes forman parte de los órganos administrativos, con capacidad resolutoria, y dentro del ámbito propio de funcionamiento de la Administración Pública.

Debemos recordar aquí lo que se decía en la STS núm. 331/2003, de 5 de marzo (RJ 2003\2814) recogido luego en la STS núm. 1658/2003, de 4 de diciembre (RJ 2004\1781). Como se decía en la STS núm. 1015/2002, de 31 de mayo (RJ 2002\5583), el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9436] y 12 de diciembre de 2001 , entre otras). La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho,

que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre [RJ 2000\9963]), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre [RJ 2002\1791] y STS núm. 76/2002, de 25 de enero [RJ 2002\3568]).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción Contencioso-Administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.

La jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación. Así, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996 [RJ 1996\3759]), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 [RJ 1992\4318] y de 20 de abril de 1995 [RJ 1995\3898]) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo [RJ 1993\3772]).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución (RCL 1978\2836), en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998 [RJ 1998\4256]; 4-12-1998 [RJ 1998\9225]; STS núm. 766/1999, de 18 mayo [RJ 1999\3823] y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre [RJ 2002\1791]), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre [RJ 2000\9963]). En el mismo sentido, la STS núm. 226/2006, de 19 de febrero (RJ 2006\2275).

2. Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre [RJ 2002\8169]), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo [RJ 2002\6387]) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero [RJ 2002\3568]). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS núm. 627/2006, de 8 de junio (RJ 2006\6295), en la que se dice que "La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 (RJ 2003\4204) y de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8169), exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995 [RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777]) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 [RJ 2002\5449], con mayores indicaciones jurisprudenciales)".

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.

Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

3. En el caso, la arbitrariedad que el tipo requiere no debe referirse al fondo de la cuestión que, como los recurrentes ponen de manifiesto, ha sido calificado en la propia sentencia impugnada como conforme a Derecho, en tanto que ambos gastos pueden considerarse comprendidos dentro de las finalidades de la Comisión de Derechos Humanos de los Presos.

Sin embargo, como hemos señalado, la arbitrariedad puede apreciarse asimismo en relación a una absoluta falta de competencia o bien a la inobservancia del procedimiento establecido. En ambos casos, las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso, e incluso la atribución de la competencia para resolver a determinados órganos, tienen entre otras funciones la de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre [RJ 2002\1791]). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [RCL 1992\2512 y 2775 y RCL 1993, 246]). Sin embargo no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, la STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero (RJ 2002\3568), entre otras, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales. (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo [RJ 2003\2814]).

4. El primero de los recurrentes, Antonio, tal como se declara probado, procedió a dictar el día 21 de mayo, pocos días antes de las elecciones municipales, una resolución en la que acordaba aprobar el gasto, efectuar los pagos contra la presentación de las facturas y notificar la decisión a los interesados. Todo ello, a pesar del reparo formulado por la intervención.

Es claro que en el funcionamiento de los municipios, al igual que en otros ámbitos de la actuación administrativa, la presencia de la intervención no tiene un carácter meramente formulario. En el caso, el reparo, fundamentado con claridad suficiente en la inadecuación de la partida presupuestaria en la que se pretendía incluir y en la

inexistencia de otra previsión de crédito diferente, producía como efecto que la decisión no correspondía al Concejal, sino al Pleno del Ayuntamiento, donde la labor de control es realizada directamente por los demás Concejales. Por lo tanto, el recurrente no solo dictó una resolución para la que carecía de competencia, sino que además lo hizo privando a quienes debían controlar esa actuación de la posibilidad de ejercer cualquier control sobre la misma en la forma en que viene previsto en la Ley. No puede entenderse, como pretende el recurrente, que la decisión pretendiera poner de manifiesto la disconformidad con el reparo de la intervención, pues nada impedía que así lo hiciera, remitiendo la cuestión al Pleno o al Alcalde para su remisión al Pleno, sin necesidad de adoptar la forma de otra resolución sobre el fondo, y además, en ese caso, resultaría innecesario acordar al mismo tiempo que los pagos se efectuaran contra la presentación de las facturas, dando lugar a su efectividad, como así ocurrió al acordarlo el Alcalde, pues precisamente la remisión al Pleno causaría la suspensión del expediente hasta su resolución por quien tenía competencia para ello.

Tampoco, como se desprende de lo dicho hasta ahora, es decisivo el que el fondo de la cuestión pueda ser considerado conforme a Derecho. El carácter arbitrario de la resolución se deriva de la falta de competencia y de la omisión del procedimiento establecido, en cuanto causan la desaparición de las posibilidades de control por parte del Pleno del Ayuntamiento, al que correspondía finalmente decidir si aceptaba o no el reparo formulado por la intervención en uso de sus legítimas atribuciones, según la ley.

Finalmente, en cuanto al tipo subjetivo, es claro que el recurrente conocía el contenido y las consecuencias del reparo de la intervención, pues incorpora su texto a su propia resolución. No podía ignorar, por lo tanto, que sustraía indebidamente la cuestión del conocimiento del Pleno.

5. En lo que respecta al otro recurrente, Jaime, su decisión consistió en ordenar, el mismo día de la anterior resolución, el pago efectivo del importe del ordenador, lo que determinó que se hiciera efectivo. El efecto de su decisión fue asimismo sustraer al conocimiento del Pleno una decisión que legalmente le correspondía, con lo cual suprimió ilegalmente cualquier posibilidad de control acerca de la cuestión. No se trata, una vez más, de la legalidad del fondo de la decisión, ni tampoco del acierto del reparo de la Intervención municipal, formulado con el contenido antes ya relacionado, sino de la supresión ilícita de las posibilidades de control causada al evitar que interviniera en la decisión el Pleno municipal, lo cual resultaba necesario como consecuencia del referido reparo y tal como en el mismo se explicitaba. El recurrente, Alcalde de la localidad, a pesar del contenido de la resolución, en lugar de proceder a hacerla definitivamente efectiva, debió remitir al Pleno la decisión final. Su conocimiento de la injusticia de la decisión, habida cuenta de sus efectos, se desprende con claridad del contenido del reparo formulado por la Intervención municipal, incorporado a la resolución acordada previamente por el Concejal responsable.

Por otra parte, en nada afecta a la valoración jurídico penal de su decisión el que otros actos de apariencia similar no aparezcan en este proceso.

Consecuentemente, el motivo se desestima en sus distintas alegaciones.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso alega la existencia de dilaciones indebidas que debieron ser apreciadas como atenuante. Fundamentalmente se refiere al tiempo transcurrido desde la interposición de los recursos de reforma y subsidiario de apelación el 8 de noviembre de 2004 hasta la Providencia de 23 de diciembre de 2005, que une a las actuaciones testimonio del Auto resolviendo el segundo recurso.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución (RCL 1978\2836), no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1979\2421), se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003 [TEDH 2003\59] Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003 [TEDH 2003\60], Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4ª y 5ª del artículo 21 del Código Penal. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6ª del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

2. La Audiencia ha reconocido la existencia de retrasos en la parte de la tramitación a la que se refiere principalmente el motivo, y aunque argumenta que la causa reviste un relativo grado de complejidad, concluye que la tramitación no ha sido desproporcionada en lo que se refiere al tiempo invertido que considera dentro de los parámetros normales.

En realidad, el retraso injustificado se reduce al tiempo comprendido entre el auto de 29 de noviembre de 2004, en el que se omitió acordar el traslado a la parte recurrente para que formulara alegaciones y aportara documentación, lo cual no se hizo hasta el 25 de enero de 2005, y en el comprendido entre la resolución del recurso apelación el 31 de octubre de 2005 y la providencia del Juzgado acordando unir el testimonio del Auto resolutorio del mismo de 23 de diciembre del mismo año.

Además, solamente es apreciable el tiempo invertido en subsanar el defecto de tramitación consistente en la ausencia de remisión de los testimonios pertinentes por el Juzgado de instrucción, requiriendo posteriormente la remisión de un nuevo testimonio.

Es evidente que la interposición de los recursos pertinentes, lo que constituye una opción legítima de las partes y concretamente de una defensa efectiva, supone la necesidad de invertir un plazo de tiempo para su tramitación, estudio, deliberación y resolución.

En el caso no se advierte que haya existido una paralización injustificada, ni que el tiempo empleado en la resolución del recurso haya sido excesivo, dada la complejidad de las cuestiones resueltas.

Consiguientemente el motivo se desestima.

TERCERO.- En el motivo tercero sostiene que la atenuante de reparación del daño debió apreciarse como muy cualificada. Alega que, tal como se recoge en el hecho probado, en fechas 23 de febrero y 20 de noviembre realizaron dos ingresos por el importe total de las cantidades a las que se refieren los pagos efectuados. Argumenta que además, el segundo ingreso se efectuó el día antes de que el Ministerio Fiscal incluyera esa cantidad en sus conclusiones definitivas, pues en las provisionales no se contemplaba el gasto relativo al pago de los viajes a Madrid para asistir a la celebración de determinados juicios.

En el motivo cuarto denuncia error en la apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2º de la LECrim (LEG 1882\16), designando como documentos los obrantes a los folios que señala, que acreditan que el recurrente Antonio tiene como únicos bienes el subsidio del INEM por importe de 345,38 o de 368,40 euros, y el recurrente Jaime un vehículo turismo matriculado en 1994 y emolumentos como agente comercial con una base anual bruta de 30.286,04 euros, de donde se deduciría el esfuerzo económico que han debido hacer para abonar las referidas cantidades.

1. El Tribunal ha apreciado la atenuante de reparación del daño como atenuante simple. Es evidente que no ha encontrado ningún obstáculo derivado de las fechas de las

entregas de dinero, especialmente de la última. La cuestión se limita, pues, a la entidad del esfuerzo reparador, que ha de ser superior a lo normal para que pueda dar lugar a una atenuante muy cualificada, pues como ha señalado esta Sala, ese carácter solo puede apreciarse cuando la razón de la atenuación concurra con una especial intensidad.

2. En cuanto al error los requisitos exigidos por la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3. En el caso, los documentos no demuestran el error del juzgador, pues además de los designados, al folio 200, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, consta una base imponible del recurrente Antonio por importe de 46.397,06 euros. Ha de tenerse en cuenta que la cantidad total abonada por ambos recurrentes asciende a 4.617,72 euros, lo cual puesto en relación con la base declarada por Jaime que asciende a 30.386 euros y con la mencionada que consta al folio 200 respecto de Antonio, la entrega de la cantidad reclamada no supone un esfuerzo económico de tanta relevancia como para justificar por sí mismo la aplicación de la atenuante como muy cualificada.

Por lo tanto, ambos motivos se desestiman.

CUARTO.- En el quinto y último motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim (LEG 1882\16), denuncia la infracción de los artículos 66.1.2ª por inaplicación y el artículo 66.1.1ª por aplicación indebida, para el caso de que los anteriores motivos fueran estimados.

1. Habiendo sido desestimados en su integridad los anteriores motivos, este debe decaer.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, interpuesto por la representación de Jaime y Antonio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial

de Guipúzcoa (Sección Primera), con fecha quince de enero de dos mil siete (JUR 2007\122347), en causa seguida contra los mismos por un delito de prevaricación.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Siro Francisco García Pérez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1043/2004 (Sala de lo Penal), de 27 septiembre

En la Villa de Madrid, a veintisiete de septiembre de dos mil cuatro.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por Claudio, representados por el procurador Sr. Rosch Nadal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, de fecha 17 de enero de 2003 (JUR 2003\227780). Ha intervenido el Ministerio Fiscal sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción número 13 de Sevilla instruyó procedimiento abreviado 234/2000, a instancia del Ministerio Fiscal que ejerció la acusación pública y de Darío, que ejerció la acusación particular por delito contra la ordenación del territorio contra Arturo, Luisa, Ángel Jesús y Claudio y abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial que, con fecha 17 de enero de 2003 (JUR 2003\227780), dictó sentencia con los siguientes hechos probados: Primero. La entidad Elanvi, SL de la que el acusado Arturo era DIRECCION000, adquirió a Promociones Carreto, SL en documento privado de fecha 17 de octubre de 1996, elevado a escritura pública el 29 de julio de 1997, la FINCA000 situada dentro del núcleo urbano de Castilleja de la Cuesta, con la finalidad de promover y construir la FINCA000 «que ya tenía aprobado Estudio de Detalle y Proyecto de Urbanización y Parcelación, redactados, todos ellos, por la arquitecta Luisa, ahora acusada.– Arturo, en nombre de Elanvi, SL, con proyecto elaborado por la citada arquitecta, obtuvo en sesión de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de fecha 8 de abril de 1997, licencia para obras de nueva planta de 17 viviendas unifamiliares (1ª Fase de 62 viviendas que componía la FINCA000), una de las cuales se iba a edificar en la parcela NUM000 que tenía 125,51 metros cuadrados de superficie y era similar al resto de las parcelas de la misma unidad de edificación. Las viviendas proyectadas se componían de planta baja, primera y ático y ocupaban un solar de 56 metros cuadrados destinándose el resto a jardín delantero y trastero, siendo su superficie útil de 100,91 metros cuadrados y la construida 124,27 metros cuadrados.– Dicha parcela NUM000, lindaba con terrenos que habían sido cedidos de forma gratuita e incondicional al Ayuntamiento por su anterior titular «Promociones Gudalquivir S.A» en cuyo nombre actuó, para tal acto, el acusado Claudio que, posteriormente, ocupó el cargo de Técnico Municipal. Dicha cesión fue aceptada en sesión plenaria extraordinaria del Ayuntamiento de fecha 13 de mayo de 1995.– Estos terrenos cedidos pertenecían al ámbito territorial y de actuación del Plan Parcial de Reforma Interior (Peri) «Divina Pastora» aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo el 21 de noviembre de 1986, que los calificaba como «Club Social y Deportivo», siendo de dominio privado, en los que se autorizaba la construcción de pistas deportivas así como piscinas (art. 57). Posteriormente las Normas Subsidiarias aprobadas definitivamente el 1 de junio de 1990, asumen las prescripciones del PERI pero adjudican a esta zona el destino de «equipamiento social cultural», esto es, para actividades de carácter público

relacionadas con la difusión de la cultura, conferencias, reuniones, charlas..., estando prohibidas las edificaciones con carácter residencial y aquellas no relacionadas estrictamente con el uso pormenorizado al que se destinan los terrenos (arts. 223 y 224 de las citadas N.N.S.S).– El acusado Arturo en nombre de Elanvi, SL, propuso el 8 de noviembre de 1996, la permuta de unos terrenos de su propiedad por los señalados como zona social cultural y zona verde en el Peri «Divina Pastora», a los que reconocía su pertenencia municipal, siéndole denegada su petición por precisar una modificación puntual de las Normas Subsidiarias, entre otros extremos.– Como estaba interesado en la construcción de una vivienda propia en la indicada parcela NUM000 y en disponer de una mayor extensión de terreno, inició una estrategia de enmascaramiento de la realidad presentando, en un primer momento y de forma sucesiva, reformados al proyecto de parcelación de la FINCA000», en los que bajo la inexplicable alegación de recoger las medidas definitivas de las parcelas después de su medición exacta, atribuye a la citada parcela NUM000 una extensión 237,86 metros cuadrados en 2 de junio de 1997, y 361,33 metros cuadrados el día 26 de septiembre del mismo año, solicitando, además, un nuevo trazado de la prolongación de la Avda. de Andalucía (c/Fernanda Cuadrado) que afectaba reduciéndola igualmente la zona social cultural antes reseñada. Dichos reformados fueron dictaminados favorablemente por el Técnico Municipal Claudio sin que conste su aprobación.– Finalmente, para culminar su propósito constructivo, Arturo, el 30 de octubre de 1998, existiendo un previo acuerdo para ello con el Técnico Municipal y tras iniciar las obras de ejecución de su vivienda, solicitó una «tira de cuerda» con la inexistente excusa de definir la línea medianera entre su propiedad («FINCA000» y la que llama «zona verde» colindante de la calle Fernanda Cuadrado que, realmente, era la zona calificada en las N.N.S.S. como «equipamiento social cultural».– El día 6 de noviembre de 1998 tuvo lugar la llamada «tira de cuerda» en la que, sin tramitación de expediente alguno ni solicitud de documentación justificativa a la propiedad ni iniciar expediente de modificación de la N.N.S.S. se definen los linderos de la plaza del Aljarafe, comprendida dentro del ámbito del Peri Divina Pastora, quedando éstos fijados, al oeste, «con una línea quebrada, colindante con CALLE000, lateral de casa núm. NUM001 de dicha calle y parcela NUM000 de la FINCA000», cuando en realidad la línea divisoria estaba perfectamente delimitada y marcada geométricamente en los distintos instrumentos de planeamiento que regulaban la zona (Peri «Divina Pastora», N.N.S.S., Estudio de Detalle de la FINCA000) y en los proyectos de urbanización y parcelación aprobados y licencia de obras de 8 de abril de 1997, donde las traseras de las viviendas núm. NUM001, NUM002 y NUM003 de la CALLE000, edificadas con anterioridad, claramente pertenecían al ámbito territorial del citado Peri, en concreto la zona destinada a «equipamiento social cultural», y ahora, según el pretendido deslinde efectuado, pasaban a colindar con la parcela 18 en construcción. Dicha tira de cuerda fue practicada por el DIRECCION001 de la localidad, Ángel Jesús, en representación del Ayuntamiento, asistido de Claudio, como Técnico Municipal y, de otra parte, Arturo en nombre de Elanvi, SL– Como consecuencia de la anterior diligencia, con el fin de dar apariencia legal a la nueva vivienda iniciada, concluida con su estructura sin licencia, se solicitó por la arquitecta Luisa certificación de la nueva superficie de la parcela que ahora alcanzaba 498'75 metros cuadrados, así como presentó para tramitación de licencia de obra, lo que denominó «reformado del proyecto de vivienda unifamiliar en parcela núm. NUM000, 1ª fase en FINCA000»; peticiones que fueron informadas favorablemente por Claudio como Técnico Municipal en fecha 16 y 17 de marzo de 1999, respectivamente,

afirmando, respecto a la petición de licencia, que «el proyecto es autorizable de acuerdo con la documentación presentada», no obstante conocer que la vivienda proyectada y ya concluida en su estructura, además de la parcela donde se ubicaba, ocupaban suelo incluido en el perímetro de actuación del Peri «Divina Pastora» y calificado como «equipamiento social cultural», y que, previamente, se había incoado expediente por dicha ocupación ilícita del terreno por el Sr. DIRECCION001 (Decreto 21/99 de fecha 11 de febrero de 1999) en virtud de denuncia de particulares afectados por las citadas obras así como por miembros de la corporación, además de conocer la tramitación de expediente por la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo de la Junta de Andalucía por posible infracción urbanística en relación con la ejecución de vivienda a las espaldas de los números NUM001, NUM002, y NUM003 de la CALLE000, en terrenos calificados como «social cultural».– La licencia interesada fue aprobada en base al informe del Técnico Municipal, en sesión de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento celebrada el 24 de marzo de 1999, a la que no asistió el DIRECCION001 Ángel Jesús.– La obra, iniciada ya en el mes de octubre de 1998, fue promovida por Elanvi, SL, y construida por Aroa, SL de las que era DIRECCION000 Arturo estando terminada su estructura en fecha no determinada pero anterior del 11 de marzo de 1998, siendo el diseño, volumen y superficie de la vivienda diferente de la obra proyectada en un principio para la parcela NUM000 y que obtuvo licencia el 8 de abril de 1997, ya que la nueva edificación tiene tres plantas –sótano, baja y alta– además de un ático, con una superficies de 186,65, 146,21, 123,91 y 24,70 metros cuadrados respectivamente».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento (JUR 2003\227780): «Condenamos a Claudio, como autor penalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de veinte meses de multa, a razón de una cuota diaria de dieciocho euros diarios, con aplicación del artículo 53 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante siete años, y pago de Œ parte de las costas con exclusión de las correspondientes a las acusaciones particulares. Debiendo absolver y absolvemos a Arturo, Luisa y Ángel Jesús del delito contra la ordenación del territorio del que venían acusados, declarando de oficio tres cuartas partes de las costas».

TERCERO.- Notificada la sentencia (JUR 2003\227780) a las partes, se preparó recurso de casación por Claudio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de los recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

I y II.–Infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635) por entender que se ha conculcado y vulnerado los derechos fundamentales de los artículos 24.1 y 24.2 (RCL

1978\2836) que proscriben la indefensión y el derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa, en relación con el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16).

III.– Infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635) por entender que, con la sentencia (JUR 2003\227780) que se ha puesto fin al procedimiento, se ha infringido el principio de presunción de inocencia, vulnerando el artículo 24.1 de la Constitución Española (RCL 1978\2836), ya que no existe prueba de cargo suficiente para acreditar la comisión de delito alguno por parte de mi defendido, no ajustándose la declaración y convicción del Tribunal a una estructura racional valorativa sino caprichosa, ilógica y absurda.

IV.– Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16) al considerarse infringido el artículo 320.1 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en cuanto a la exposición, calificación y alcance del delito contra la ordenación del territorio en relación con la conducta de Claudio.

V.– Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16) por haber incurrido la sentencia (JUR 2003\227780) de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla en error de hecho en la apreciación de la prueba designando como documentos y particulares que demuestran la equivocación del Tribunal.

VI y VII.– Renunciados.

QUINTO.- Instruido el Ministerio fiscal del recurso interpuesto se ha opuesto al mismo; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 16 de septiembre de 2004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Bajo los ordinales primero y segundo del escrito de recurso y por el cauce del art. 5, 4 LOPJ (RCL 1985\1578, 2635) se ha denunciado vulneración del derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba y a no sufrir indefensión, invocando al respecto los arts. 24, 1 y 2 CE (RCL 1978\2836) y 448 LECrim (LEG 1882\16).

El argumento es que como el letrado del Ayuntamiento de Castilleja de la Cuesta estaba citado en calidad de testigo en la causa y el Fiscal, por tal motivo, al inicio de la vista, solicitó que fuera sustituido por otro profesional, la sala decidió escuchar su declaración como prueba anticipada, al amparo de lo dispuesto en el art. 448 LECrim, lo que habría impedido a la parte recurrente examinarle una vez oídos los acusados, algo que, entiende, le ha deparado indefensión.

«La indefensión es la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando su capacidad de ejercitar bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTS 89/1986 [RTC 1986\89] y 145/1990 [RTC 1990\145], siempre que la indefensión tenga un carácter material, expresión con la que se quiere subrayar su relevancia o trascendencia, es decir, que produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 126/1996 [RTC 1996\126] y 186/1998 [RTC 1998\186])». (STC 52/1999, de 12 de abril [RTC 1999\52]).

En este sentido el menoscabo de ese derecho se entiende producido cuando pudiera afirmarse que el resultado previsible de la actividad probatoria que no llegó a producirse, de haber concurrido, habría dado lugar a un fallo de sentido diferente al que tuvo lugar (por todas, STC núm. 211/2000, de 18 de septiembre [RTC 2000\211]).

La decisión del tribunal de instancia de acudir al art. 448 LECrim para resolver la cuestión suscitada por el Fiscal con su alegación, no tiene por qué ser pacífica. Pero lo cierto es que el testigo de que se trata fue oído y, en todo caso, el recurrente al plantear ahora su impugnación se limita a sugerir la existencia de algún perjuicio para su línea de defensa, supuestamente producido por ese modo de operar de la sala.

Dicho con otras palabras y más en concreto, no se sabe qué preguntas habría perdido la oportunidad de formular ni de qué manera se ha podido ver menoscabada su estrategia defensiva. Siendo así, todo lo que resulta de su exposición es la existencia de una manera un tanto atípica de proceder en relación con un testigo, pero que, realmente, fue escuchado de forma contradictoria. Y esto sólo, a tenor de la jurisprudencia aludida, no puede entenderse constitutivo de indefensión desde el punto de vista sustancial. Es por lo que los motivos examinados no son atendibles.

SEGUNDO.- Bajo el ordinal tercero y al amparo del art. 5, 4 LOPJ (RCL 1985\1578, 2635) se ha alegado vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del art. 24, 2 CE (RCL 1978\2836), al entender que no existe prueba de cargo en la que apoyar la atribución del delito por el que se ha producido la condena.

El argumento no es que exista algún vacío probatorio, sino que el tribunal no habría tenido en cuenta determinados datos que considera acreditados y de los que a su juicio se derivaría la inocencia del condenado, que, por tanto, no debió haberlo sido. En concreto, no se habrían valorado los informes periciales que –se dice– ponen de relieve la falta de pérdida alguna de suelo destinado a uso público. Tampoco el hecho de que

las actas de deslinde no han sido declaradas nulas por la Sección Cuarta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Ni, en fin, que tanto el proyecto como las sucesivas reformas aparecen debidamente visados por el Colegio de Arquitectos.

Pero el examen de la sentencia (JUR 2003\227780) permite comprobar que, a pesar de lo que afirma el recurrente, la sala de instancia valoró los informes a que se refiere, y en particular el levantamiento taquimétrico llevado a cabo a propuesta de la defensa de la arquitecta acusada y absuelta. Este trabajo aparece descalificado porque la comparación de su resultado con las Normas Subsidiarias aportadas por el Ayuntamiento evidencia que su autor prescinde de la existencia de una zona verde, que es lo que le permite dar por válida la demarcación de la parcela NUM000, objeto de la actuación perseguida.

Junto a esto, el tribunal abunda en referencias a la documentación urbanística oficial que apoya su conclusión, por demás obvia, si se considera que la porción de terreno a que acaba de aludirse, lindante con un área calificada como de equipamiento socio-cultural, fue incrementando su tamaño de manera progresiva, claramente a expensas de ésta. Precisamente, las Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, en informe que consta a los folios 932-933, fechado el 4 de octubre de 2000, afirma que «la edificación objeto de denuncia ocupa un suelo calificado como "club social y deportivo" invadiendo parte del mencionado PERI "Divina Pastora" y superando los límites de la unidad de actuación núm. 4 La Ladera establecidos por las Normas Subsidiarias vigentes».

Aduce también el recurrente que las actas de deslinde no habrían sido declaradas nulas por la jurisdicción administrativa, pero no es así, sino que la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía afirma de los expedientes de deslinde que «su ilegalidad es evidente por lo burdo del procedimiento». Y en lo que hace al visado del Colegio de Arquitectos y su pretendido alcance, se ha de poner de relieve que los Estatutos Particulares del Colegio de Arquitectos de Sevilla, aprobados en Asamblea General Extraordinaria de 29 de enero de 2002, en su art. 38 b) dicen que «El visado tiene por objeto comprobar la suficiencia y corrección formales de la documentación integrante del trabajo, en especial con respecto a las normas legales y colegiales sobre especificaciones técnicas obligatorias y requisitos de presentación sin entrar en el contenido propio de la documentación». Por lo que su constancia en un proyecto en modo alguno prejuzga la plena adecuación de éste a la normativa urbanística en vigor.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que es la obtenida en el juicio (salvo las excepciones constitucionalmente admitidas), que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero [RTC 2002\17] y STS 213/2002, de 14 de febrero [RJ 2002\2473]). Pues bien, lo que acaba de exponerse acredita que la condena tiene consistente apoyo probatorio y que la sala, en contra de lo afirmado por el recurrente, ha hecho una correcta y equilibrada valoración de los elementos de cargo objetivados, que, como se ha visto, no resultan de ninguna manera desmentidos por las actuaciones a que aquél aludo en su escrito. En consecuencia, debe desestimarse el motivo.

TERCERO.- Lo aducido bajo el ordinal cuarto del escrito es infracción de Ley, de las del art. 849, 1º LECrim (LEG 1882\16), por entender indebidamente aplicado en art. 320, 1 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777). El argumento es que para que pueda decirse cometido el delito por el que se ha condenado se requiere que concurran dos elementos: la emisión de un informe favorable en ausencia de las condiciones de pertinencia y que el mismo se haya emitido «a sabiendas», es decir, teniendo conciencia de que éstas faltaban. Pero, afirma el recurrente, es preciso, además, que no quepa la ulterior subsanación de la infracción y que se haya producido un perjuicio para los intereses públicos en presencia.

Además de estas consideraciones, en el escrito se insiste en la existencia de los elementos de prueba antes examinados que, a juicio del que recurre, tendrían que haber conducido a su absolución.

Lo primero que hay que señalar es que el motivo alegado es de infracción de Ley y, por tanto, únicamente habilita para plantear cuestiones de subsunción. Es por lo que la propuesta de reexamen en esta sede de los aspectos de la prueba a que acaba de aludirse carece de toda viabilidad.

La lectura de los hechos probados (JUR 2003\227780) permite comprobar sin asomo de duda que el informe favorable por parte del recurrente existió, puesto que éste dictaminó de esa forma en distintas ocasiones los proyectos que implicaban sucesivas ampliaciones de la parcela a expensas de suelo destinado al equipamiento que se ha dicho.

Y tampoco es dudoso que tal modo de operar, se insiste, integrado por una secuencia de actuaciones, fue consciente. Algo que hay que inferir de la cualificación profesional del autor, de su necesario conocimiento de la legalidad aplicable en su ámbito de actividad y de la misma expresividad de las acciones del dueño de la parcela en sospechoso progresivo crecimiento. Del mismo modo que, en fin, es patente el antagonismo de aquéllas con el orden normativo de referencia.

Se sostiene en el escrito que además de los aludidos requisitos, claramente expresados en el art. 320, 1 CP, sería exigible la concurrencia de otros sobre los que ha discurrido jurisprudencia que cita.

El primero de éstos es que la actuación producida en la ilegalidad no sea subsanable, y para ilustrar este requerimiento se invoca una la sentencia de la Audiencia de Palencia de 14 de marzo de 2000 (ARP 2000\91). Pero, examinada, aparece que en ella la sala expresa sus dudas acerca de que la construcción de que allí se trata hubiera representado peligro real para el bien jurídico tutelado y, además, de que el acusado, que había comenzado a actuar durante la vigencia del Código Penal de 1973 (RCL 1973\2255), hubiera seguido haciéndolo cuando ya estaba en vigor el de 1995 y con él el precepto de referencia, que en este caso es el del art. 319 del mismo. De todo lo que resulta que ese supuesto no guarda ninguna homología con el que aquí se contempla, en el que cabe

advertir, además, que la estructura de la edificación ilegal había sido construida íntegramente ya en marzo de 1998.

El segundo de esos requisitos es que la negativa afectación del orden jurídico no se limite al mero desconocimiento formal de la norma de aplicación, exigencia a la que se refiere la sentencia de esta sala, de 28 de abril de 1997 (RJ 1997\3621), invocada al recurrir. Y es que en efecto, reiterada jurisprudencia (por todas, SSTS núm. 1526/1999, de 2 de noviembre [RJ 1999\8091] y 1720/2003, 23 de diciembre [RJ 2003\9320]), reclama como elemento normativo del tipo de prevaricación un coeficiente de injusticia en la conducta, que consiste en realizar un acto administrativo convirtiendo la propia voluntad en fuente exclusiva de una norma particular. Y no hay duda de que es lo que aquí sucedió, puesto que se está ante una patente –y, se insiste, de nuevo– reiterada inaplicación de preceptos de claridad meridiana, convirtiendo el propio interés o capricho en Ley del caso. Por tanto, tampoco en esta objeción cabe dar la razón al recurrente.

CUARTO.- Bajo el ordinal quinto del escrito y al amparo del art. 849, 2º LECrim (LEG 1882\16), se ha denunciado error en la apreciación de la prueba que resultaría de documentos no desvirtuados por otros elementos probatorios.

Como documentos, se invocan: una denuncia del recurrente sobre la obra en la urbanización a que se refieren los hechos; un acta y un plano de deslinde; un informe también debido al recurrente; diversos folios de las actuaciones; la sentencia de la jurisdicción administrativa a que se ha hecho alusión en otro momento del recurso; el informe taquimétrico asimismo aludido y el debido a dos arquitectos que igualmente obra en la causa.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849, 2º LECrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Así, para que un motivo de esta clase pudiera prosperar sería 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.

Por otra parte, es preciso tomar en consideración 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\1190] y 30 de noviembre de 1990 [RJ 1990\9269]).

Pues bien, examinados los documentos enumerados a la luz de este estándar jurisprudencial, resulta que no cabe objetivar una sola afirmación del contenido de los mismos que entre en contradicción con los elementos de prueba de cargo tomados en consideración con la sala al elaborar su sentencia (JUR 2003\227780). Siendo así, la

objeción que se examina no es, en realidad, la propia del art. 849, 2º LECrim, que sólo podría formularse bajo la forma de puro y simple antagonismo entre un enunciado de los hechos y otro resultante de un documento que haya resultado incuestionable; por lo que el motivo suscita en la práctica una cuestión relativa al tratamiento general del cuadro probatorio, que, como ya ha tenido ocasión de decirse al tratar de la presunción de inocencia, es ciertamente correcto. Así, el motivo debe rechazarse.

FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley por Claudio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 17 de enero de 2003 (JUR 2003\227780) dictada en la causa seguida contra el recurrente y otros por delito contra la ordenación del territorio.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso; reclámese acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.– Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Perfecto Andrés Ibáñez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1091/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 19 octubre

En la Villa de Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil seis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, interpuesto por la Acusación particular Manuel y María Cristina, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, que absolvió a los acusados Simón y Luis Carlos de los delitos contra el medio ambiente, prevaricación y denegación de auxilio. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando la Acusación particular recurrente representada por el Procurador Sr. Infante Sánchez; han comparecido como recurridos la mercantil «Roig Cerámica, SA» y Simón, representados por la Procuradora Sra. Juliá Corujo, Luis Carlos, representado por el Procurador Sr. Rodríguez Rodríguez y el Ayuntamiento de Vila-Real, representado por el Procurador Sra. Juliá Corujo. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Villarreal, instruyó Procedimiento abreviado con el número 9/2003, contra Simón y Luis Carlos y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª que, con fecha 9 de septiembre de 2005, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

I.–El acusado Simón, mayor de edad y sin antecedentes penales era y es legal representante de la mercantil Roig Cerámica, SA, (en anagrama, Rocersa), que se halla ubicada en Villarreal (Castellón), Partida Madrigal, polígono industrial, zona de uso industrial (Ind-2), de uso dominante Industrial y de Almacén, Camino Viejo de Onda-Castellón s/n y recayente también a la calle Río, cuya vía discurre en perpendicular hasta dicho Camino Viejo desde la calle Andalucía, atravesándola y prolongándose después de ella. La calle Andalucía, marca uno de los límites entre dicho polígono y la zona residencial de la localidad y más concretamente de la también perteneciente a la mencionada Partida Madrigal. En dicha zona del polígono industrial, desde los años 1995 hasta el día 26 de octubre de 1998, existían otras veintinueve empresas que desarrollaban diversas actividades industriales.

La mercantil Roig Cerámica, SA, desarrolla las actividades de «pavimento cerámico esmaltado», conforme a licencia municipal otorgada por acuerdo de la Comisión Municipal Permanente en sesión 13 de noviembre de 1979, y «estación distribución GLP para servicio de pavimento», de acuerdo con licencia municipal de apertura concedida por la Comisión Municipal Permanente en sesión de 6 de noviembre de 1979. Así mismo, la mencionada mercantil desarrollaba las actividades de: «fábrica de pavimento esmaltado», careciendo de licencia municipal de apertura, por haber retirado

la documentación presentada al efecto a petición propia en fecha 22 de junio de 1984; «fábrica de azulejos de gres» careciendo de la preceptiva licencia municipal, que solicitada por la mercantil en fecha 17 de enero de 1986, el expediente quedó paralizado por causa imputable a la interesada; finalmente, desde noviembre de 1990 en que quedó instalada, desarrollaba también la actividad de «central de cogeneración» careciendo de la oportuna licencia municipal de instalación, si bien a efectos de la obtención de esta última actividad la referida mercantil, en fecha no precisada de finales del año 1990 ó inicios del año 1991, presentó ante el Servei Territorial dŽIndustria i Energía de la Consellería de Industria, Comerc i Turisme, proyecto oficial de instalación junto al correspondiente Estudio de Impacto Ambiental, que fue objeto de la pertinente tramitación hasta la publicación por la Agència del Medi Ambient en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de la declaración de impacto ambiental estimando aceptable, a los solos efectos ambientales, la realización de dicho proyecto siempre que se cumplieran las condiciones que aquella detallaba, quedando desde fecha 14 de marzo de 1991 inscrita en el Registro Industrial de la Consellería de Industria. Sin que las referidas correcciones fueran llevadas efectivamente a cabo y sin haber obtenido por tanto –según lo ya expuesto– la correspondiente licencia municipal, Rocersa instaló y puso en funcionamiento la central de cogeneración en fecha no precisada del verano de 1991 pero en todo caso anterior a primero de agosto de dicho año.

II.–El día 9 de agosto de 1991 D. Darío, ya fallecido y en esa época vecino de Villarreal, Partida Madrigal, presentó escrito ante el Ayuntamiento de dicha localidad en el que exponía que la empresa de cerámica Rocersa emitía ruidos que según su criterio superaba el límite establecido por la Ley, tanto durante el día como por la noche, procedentes de un alternador de electricidad, que impedía a las personas conciliar el sueño.

Tras esta primera queja formulada ante el Ayuntamiento de Villarreal y hasta el mes de junio de 1995 en que el también acusado Luis Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales, accedió a la Alcaldía de dicho Ayuntamiento, se sucedieron hasta un total de dieciséis quejas más que fueron presentadas bien ante el mismo Ayuntamiento, bien ante la Consellería de Medio Ambiente de la Generalitat Valenciana y el Jefe del Servicio Territorial de Industria y Energía de Castellón, bien por diversos vecinos de Villarreal individualmente, entre ellos D. Manuel y su esposa Dª María Cristina –cuya vivienda (maset) distaba aproximadamente unos 650 metros de Rocersa–, bien por asociaciones o uniones de vecinos del mismo municipio, así como por una Concejal del propio Ayuntamiento, en las que se expresaban sus quejas por molestias sufridas como consecuencia de los ruidos procedentes principalmente, según los denunciantes, de la sociedad Rocersa, así como de algunas otras empresas radicadas en el mismo polígono industrial de Villarreal.

La queja presentada ante la Consellería mencionada fue trasladada al Ayuntamiento de Villarreal y la presentada ante el referido Jefe de Servicio Territorial de industria trasladada a la misma Consellería y de esta al Consistorio municipal. Todas ellas así como las presentadas directamente ante este último, fueron trasladadas bien al Ingeniero Técnico Municipal, bien al Negociado de Actividades, al Departamento de Urbanismo, o la Comisión Municipal de Gobierno, sin que no obstante, respecto de una de las quejas (en concreto, la formulada por la Asociación de Vecinos Camí Bisbal en fecha

12 de agosto de 1991) se realizara traslado alguno, quedando como única actuación su Registro de entrada en el Ayuntamiento. La queja formulada ante la Consellería y la remitida a ella recibieron impulso en su tramitación, de modo que la Comisión Municipal de Gobierno acordó en fecha 27 de diciembre de 1994 ordenar a la Policía Local de Villarreal la medición de ruidos, en un período de quince días, en el Camí Vell Onda-Castellón y urbanización Los Ángeles, próxima a esta vía.

Elaborado el informe por la Policía Local en fecha 16 de enero de 1995, su resultado fue remitido a la Comisión Municipal, la que, de nuevo, ordenó a la anterior la ampliación de aquél a fin de que determinara la procedencia de los ruidos medidos con sonímetro cuya marca, autorización, verificación y calibración no consta, y una vez recibido, la misma Comisión Municipal de Gobierno en fecha 13 de marzo de 1995 acordó «dejar el asunto sobre la mesa».

Las quejas formuladas personalmente por los mencionados Sres. Manuel María Cristina mediante llamadas telefónicas a la Policía Local los días 15 de enero de 1995, 13 de febrero de 1995, 17 de febrero de 1995, 1 de marzo de 1995, 26 de marzo de 1995 y 3 de abril de 1995, dieron lugar a la medición del nivel ruido por agentes de la Policías Local con equipo cuya marca, autorización, verificación y calibración no consta, salvo la del día 3 de abril que fue realizada mediante sonímetro autorizado pero sin que consten los demás datos referentes a su calibración y verificación, utilizándose en todas las mediciones la escala en decibelios (dB), que es la utilizada para medir la magnitud del sonido desde el punto de vista físico y no en decibelios ponderados, que es la escala utilizada para medir la magnitud del sonido atendiendo a la percepción del oído humano, dB (A).

El día 28 de marzo de 1995 el Concejal Sr. Jose Carlos ordenó, mediante mandato verbal, a la Policía Local de Villarreal mediciones de ruido en la zona Camí Vell Onda-Castellón y urbanización «Los Ángeles». La orden fue cumplida entre los días 28 de marzo de 1995 y 4 de abril de 1995, remitiéndose el informe con sus resultados a la Comisión Municipal de Gobierno el día 20 de abril de 1995. Las mediciones fueron realizadas con aparato cuyas características, autorización, verificación y calibración no constan, expresándose sus resultados en dB.

Del mismo modo, la queja formulada por dichos señores mediante escrito presentado por Abogado en representación de los mismos dio lugar a su traslado a la Comisión Municipal de Gobierno que acordó el día 15 de mayo de 1995 «dejar el asunto sobre la mesa». Igual acuerdo tomó la misma Comisión en fecha 29 de abril de 1995 al serle trasladada una de las quejas por la Consellería al Ayuntamiento. Por último, en fecha 5 de junio de 1995 la repetida Comisión acordó «dejar» el expediente de denuncias formuladas por molestias y ruidos como consecuencia del funcionamiento de la industria cerámica Rocersa «sobre la mesa» precisándose que se posponía la tramitación y resolución del expediente correspondiente a la próxima constitución de la nueva Corporación.

Al propio tiempo y como quiera que los Sres. Manuel María Cristina habían hablado con el acusado Simón expresándoles sus quejas por el ruido que percibían en su vivienda y que según los mismos procedía de la mercantil cuya representación ostenta,

conociendo también las quejas expresadas por otros vecinos, esta última encargó a la empresa Novotec Consultores, SA, la emisión de un estudio de contaminación acústica para el conocimiento del nivel sonoro emitido por la fábrica en condiciones de parada de equipos críticos potencialmente emisores de ruidos, excepto hornos, puesto que según la mercantil permanecían sin funcionamiento por la noches.

La actuación del técnico de la consultora, D. Ángel, fue llevada a cabo el día 8 de mayo de 1995 y las mediciones se hicieron a partir de las 22 horas, dentro del período considerado por las Ordenanzas Municipales como nocturno, y en cinco puntos distintos distribuidos perimetralmente a la fábrica. La medición se realizó con un sonímetro Brüel & Kjaer de precisión, modelo 2236 C, autorizado sin que no obstante conste su verificación y calibración. En el punto A, situado frente a la zona de molienda se registraron niveles máximos sonoros de 47,2 dB (A) en frecuencia 31,5 Hz, 61,9 dB (A). En el punto B, situado en la era de Rocersa, frente a la planta de depuración de gases y planta de cogeneración, se registró un nivel máximo sonoro de 50,6 dB (A) y en frecuencia 31,5 Hz, 65,4 dB (A). En el punto D, situado en línea a las instalaciones de depuración de gases y planta de cogeneración, las mediciones arrojaron registros de nivel máximo sonoro de 67,8 dB (A) y 56,7 dB (A) (éste en banda de frecuencia de 31,5 Hz). En el punto E, frente a las oficinas de la mercantil, 63,1 dB (A) y 58,4 dB (A), éste en banda de frecuencia de 31,5 Hz. En las conclusiones de este informe, emitido en fecha 22 de junio de 1995, se expresa que los niveles de ruido emitidos por la actividad de esta mercantil en horario nocturno se originan única y exclusivamente por los hornos, ya que el resto de los equipos permanece parado, siendo que aquellos se hallan ubicados en el corazón de la nave y su ruido resulta imperceptible al oído humano en los puntos analizados. Concluye también que el ruido de fondo emitido por las distintas actividades ajenas a Rocersa que se encuentran en las cercanías son responsables mayoritarios de los niveles máximos sonoros determinados. Por todo ello y teniendo en cuenta que cuando el nivel de ruido de fondo supera el valor máximo sonoro permitido, éste límite se convierte en ruido de fondo incrementado en tres decibelios, no se recomienda tomar ninguna medida de control o aislamiento acústico. Finalmente, concluye que atendida la frecuencia de los ruidos registrados queda excluida la posibilidad de que Rocersa sea la responsable de las molestias por ruido en la zona residencial ubicada en el Camino Viejo de Onda, toda vez que la frecuencia de los ruidos emitidos por esta se halla en la banda de frecuencia 125 Hz y la registrada está en la de 35 Hz.

Paralelamente, la misma mercantil encargó a la consultora Novotec otro estudio de nivel sonoro de su factoría a fin de conocer el existente como consecuencia de su actividad, realizándose el informe, que fue emitido el 31 de julio de 1995, sobre la base de mediciones realizadas el mismo día que el anterior (es decir, el día 8 de mayo de 1995), en horario nocturno según las Ordenanzas Municipales, con la planta en funcionamiento, aunque también con planta parada, excepto hornos, para corregir el ruido de fondo. Estas mediciones fueron efectuadas con el mismo sonímetro que el utilizado para emitir el otro informe con iguales características a las ya señaladas y en los mismos cinco puntos. En el punto A, con la planta en funcionamiento, se obtuvo un nivel máximo sonoro de 75,2 dB (A). En el punto B, con planta en funcionamiento el nivel máximo sonoro corregido resultó ser de 83,3 dB (A). En el punto C, el nivel máximo sonoro corregido fue de 68,6 dB (A). En los puntos ya referidos D y E,

respectivamente, se obtuvo un nivel sonoro máximo corregido de 59,6 dB (A), y de 57,2. En este informe se concluye también que los niveles de ruido emitidos por la actividad de esta mercantil en horario nocturno se originan única y exclusivamente por los hornos que se hallan ubicados en el corazón de la nave, ya que el resto de los equipos permanece parado, y su ruido resulta imperceptible al oído humano en los puntos analizados. Concluye también que el ruido de fondo emitido por las distintas actividades ajenas a Rocersa que se encuentran en las cercanías son responsables mayoritarios de los niveles máximos sonoros determinados. Por otra parte concluye que: los niveles sonoros registrados en las cinco estaciones superan el valor límite de las Ordenanzas Municipales; los niveles sonoros registrados en las estaciones C, D y E no contribuyen a incrementar el nivel de ruido de fondo; los niveles de ruido de fondo son siempre superiores al valor límite fijado en dichas Ordenanzas; y que atendida la frecuencia de los ruidos registrados, queda excluida la posibilidad de que Rocersa sea la responsable de las molestias por ruido en la zona residencial ubicada en el Camino Viejo de Onda, habida cuenta que la frecuencia de los ruidos emitidos por esta se halla en la banda de frecuencia 125 Hz y el registrado está en la de 35 Hz.

III.–Tras la celebración de las elecciones municipales, en sesión constitutiva del Pleno del Ayuntamiento de fecha 17 de junio de 1995, el ya mencionado acusado Luis Carlos fue nombrado Alcalde de Villarreal, el cual, en fecha 6 de julio de 1995 dictó resolución núm. 1712 en la que acordaba delegar a favor de la Comisión Municipal de Gobierno, entre otras atribuciones, la concesión de licencias de apertura de establecimientos fabriles, industriales o comerciales y de cualquier otra índole, y de licencias de obras en general, salvo que las ordenanzas o las Leyes sectoriales la atribuyan expresamente al Pleno, reservándose la Alcaldía la concesión de licencias de obras menores. En fecha 10 de julio de 1995, previa dación de cuenta, el Pleno del Ayuntamiento de Villarreal quedó enterado de la Resolución número 1713 dictada por el Alcalde-Presidente de la Corporación por la que hacía nombramiento de Tenientes de Alcalde que, junto al mismo en calidad de Alcalde-Presidente, integrarían la Comisión Municipal de Gobierno.

También en este período continuó la formulación de quejas ante el Ayuntamiento por los vecinos de la localidad por molestias debidas a ruidos emitidos por las industrias de la misma.

En fecha 28 de junio de 1995, mediante llamada telefónica efectuada a las 5Ž45 horas, Dª María Cristina comunicó a la Policía Local que recibía ruidos que no la dejaban dormir y que la despertaban procedentes de la fábrica Rocersa. Personados los agentes números 411 y 542 en el domicilio de la denunciante, realizaron medición con sonímetro cuya marca, autorización, calibración y verificación no consta, de la que resultó que la intensidad de los ruidos percibidos en la puerta del maset, domicilio de dicha señora, era de 74 dB (A), y en el lugar desde el que posiblemente emanaba el ruido era de 62 dB (A). Esta queja y medición fueron trasladadas al Negociado de Actividades en el mismo día, sin que conste después traslado ni actuación alguna al respecto por órganos municipales.

En fecha 11 de julio de 1995, Dª María Cristina y D. Manuel, representados por Letrado, presentaron ante el Ayuntamiento escrito solicitando la adopción de las

decisiones y medidas necesarias para solucionar el problema de las molestias ocasionadas por los ruidos emitidos por el cogenerador de la mercantil Rocersa.

El día 12 de julio de 1995, a las 6Ž42 horas, los agentes de la Policía Local de Villarreal núms. NUM000 y NUM001 realizaron a instancia de Dª María Cristina mediciones sonométricas, con aparato cuya marca, calibración y verificación no constan, en el rellano de la escalera de acceso al primer piso de la vivienda de dicha denunciante, que arrojó un resultado de 73,8 dB, y a las 6Ž55 horas en un descampado existente al final de la calle Rincón de Jaén y frente a la empresa Rocersa, arrojando un resultado de 95,5 dB. De este informe policial se dio traslado al Negociado de Actividades.

El 17 de julio de 1995 y dada cuenta del expediente referente a las denuncias formuladas por vecinos de la empresa Rocersa relativas a la existencia de ruidos, la Comisión Municipal de Gobierno acordó dar traslado del asunto de referencia al Concejal Delegado de Actividades.

El día 17 de julio de 1995, fueron presentados ante el Ayuntamiento de Villarreal dos escritos dirigidos a su Alcalde, uno, de la Junta de vecinos de la Partida Madrigal y calles adyacentes y, el otro, suscrito por ciento cincuenta y seis personas. En el primero, entre otros extremos, se manifestaba que el informe elaborado por la consultora Novotec en el mes de junio de 1995 y del que habían llegado a tener conocimiento, no refleja la medición correspondiente a la causa de la protesta vecinal, siendo incierto que las fuentes de emisión de ruido no funcionaran por la noche. En el segundo, solicitaban del Ayuntamiento se requiriera a la empresa Rocersa y a otra mercantil próxima a ella para que en un plazo prudencial procedieran a un aislamiento acústico adecuado de sus cogeneradores.

El día 20 de noviembre de 1995 la Comisión Municipal de Gobierno, previa propuesta de la Jefa de Negociado de Actividades de fecha 17 de noviembre de 1995, a la vista del expediente de licencia municipal de apertura que se estaba tramitando en el Ayuntamiento a instancia de Simón en representación de Rocersa para la instalación de la actividad de fábrica de azulejos de gres, y atendido el informe de los Técnicos Municipales en los que se señala que la edificación queda fuera de ordenación por no cumplir el retranqueo mínimo de tres metros a lindes de parcela según el artículo 245 PGOU vigente, acordó requerir a dicho legal representante –el acusado Simón– para que aportara un anexo al proyecto de actividad por triplicado con adopción de ciertas medidas correctoras.

Hacia finales del año 1995 los Sres. Manuel María Cristina, junto al hijo de ambos, se trasladaron a vivir al casco urbano de Villarreal, regresando a partir de entonces en los períodos estivales al maset en el que hasta entonces habían habitado sito en la Partida Madrigal.

En fecha 9 de marzo de 1996 agentes de la Policía Local iniciaron por orden del suboficial de la Policía Local mediciones de ruido ambiental en diversas zonas y puntos de Villarreal, y entre ellos en algunos próximos a Rocersa, las cuales, se llevaron a cabo durante un total de veinticinco días, finalizando el día 23 de abril de 1996. Las primeras mediciones, efectuadas el día 8 de marzo de 1996 y en horario nocturno, se llevaron a

efecto con aparato cuya autorización, verificación y calibración no consta, expresándose la medición en dB. Las mediciones llevada a cabo el día 9 de marzo de 1996, en horario nocturno, se realizaron con sonómetro autorizado pero sin que conste su verificación y calibración, expresándose también sus resultados en dB. Las mediciones del día 10 de marzo de 1996 efectuadas también en horario nocturno se realizaron con sonómetro autorizado sin que no obstante conste su verificación y calibración y expresándose también sus resultados en dB. El día 11 de marzo de 1996 se llevaron a cabo mediciones, igualmente en horario nocturno, con sonómetro autorizado sin que conste su verificación y calibración, expresándose también sus resultados en dB. El día 15 de marzo de 1996 y el día 18 de marzo las mediciones, del mismo modo en horario nocturno, se realizaron con aparato cuyas características no constan, expresándose su resultado en dB (A). Las mediciones efectuadas los días 19 a 23 de marzo 1996 fueron realizadas en horario nocturno con sonómetro autorizado sin que conste su calibración y verificación, y expresándose su resultado en dB. Las mediciones realizadas los días 24 a 29 de marzo de 1996, también en horario nocturno, fueron llevadas a cabo con aparato cuyas características no constan y expresándose sus resultados en dB. Los días 17 a 22 de abril de 1996 se efectuaron mediciones en horario nocturno con aparato autorizado pero sin que conste su verificación y calibración, expresándose sus resultados en dB. Finalmente, las mediciones realizadas el día 23 de abril de 1996 se llevaron a efecto con aparato cuyas características no constan y sus resultados se expresaron en dB (A).

El día 9 de julio de 1996 el Ingeniero Técnico del Ayuntamiento de Villarreal redactó un pliego de condiciones técnico-facultativas para proceder a la contratación de los trabajos necesarios para la evaluación de los niveles ambientales sonoros existentes en cuatro zonas de dicha localidad.

El día 24 de diciembre de 1996, a las 00Ž20 horas, un vecino de Villarreal, mediante llamada telefónica a la Policía Local, formuló queja por molestias ocasionadas por ruidos procedentes de industrias entre las que no se encontraba Rocersa, y personados en el lugar agentes de aquélla se practicó medición con aparato cuyas características y marca no constan, expresándose su resultado en dB.

IV.–El día 14 de enero de 1997 el colectivo de ciudadanos denominado «Proyecto Sonido Sano» presentó ante el Ayuntamiento de Villarreal un escrito (firmado por novecientas treinta y una personas) en el que solicitaban la adopción de las medidas necesarias para el control del ruido emitido por la actividad industrial en Villarreal en cumplimiento de la normativa.

Según lo ordenado por el Concejal Delegado de Medio Ambiente sobre el estado de contaminación acústica en Villarreal, cinco agentes de la Policía Local realizaron nuevo estudio sonométrico entre los días 28 de enero de 1997 y el 23 de abril de 1997 (ambos inclusive), eligiendo seis puntos, tres junto a las empresas, uno de los cuales se hallaba en la zona de influencia de la mercantil Rocersa, y otros tres de contraste con los anteriores, y efectuando un total de quinientas diecinueve mediciones, cuyos resultados se expresan en dB (A), sin que conste el aparato utilizado para llevar a cabo las mismas su autorización, verificación y calibración. Dicho estudio fue remitido el día 25 de abril de 1997.

Habida cuenta del expediente tramitado para la contratación de los trabajos de evaluación de los niveles sonoros ambientales existentes en diferentes zonas de Villarreal y atendido el pliego de condiciones redactado por el Ingeniero Técnico Municipal, en sesión celebrada el día 10 de marzo de 1997, la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento acordó la contratación de la empresa Novotec Consultores, SA, para la evaluación de los niveles ambientales sonoros existentes en diferentes zonas de la localidad.

El día 25 de junio de 1997 tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Villarreal informe emitido por la consultora Novotec de fecha 19 de junio de 1997. En este estudio, realizado con sonómetro debidamente autorizado marca Bruël & Kajer 2236 C núm. de serie 1815032 de Tipo 1, sin que conste su calibración ni su verificación, se analizan cuatro zonas concretas de Villarreal, una de las cuales, referida a la de influencia de la mercantil Rocersa en la que además se ubican otras tres industrias y se efectuaron mediciones en ocho puntos, cuatro más próximos a Rocersa y otros cuatro más alejados de dicha mercantil.

En período diurno y en los cuatro puntos más próximos a Rocersa, resultaron los siguientes niveles sonoros: En el primer punto de medición, próximo a Rocersa y situado frente a otra industria (Meridiano 0), y hallándose en funcionamiento ambas fuentes de ruido, el día 24 de abril de 1997, de 73 dB (A); el día 2 de mayo en el mismo punto, hallándose en funcionamiento Rocersa, el nivel resultante fue de 51,3 dB (A). En el segundo punto, situado frente a Rocersa pero también colindante con otra industria (Muelles y Ballestas), hallándose en funcionamiento ambas fuentes de ruido, el día 2 de mayo de 1997 se obtuvo un nivel de 64,4 dB (A). En el tercer punto, situado frente a Rocersa y también otra industria distinta (fábrica de palets), siendo Rocersa la fuente de ruido en funcionamiento, el día 2 de mayo de 1997 se alcanzó un nivel de 54,9 dB (A). En el cuarto punto, situado frente a Rocersa y también en el linde con la fábrica de palets, el día 24 de abril de 1997 y hallándose en funcionamiento ambas fuentes de ruido, arrojó un resultado de 62,2 dB (A); el día 2 de mayo de 1997, con Rocersa en funcionamiento, se obtuvo un resultado de 52,5 dB (A). En los puntos más alejados de Rocersa, que son los puntos quinto a octavo, se obtuvieron las siguientes mediciones también en horario diurno: en el primer punto, y siendo la fuente de ruido en funcionamiento el polígono industrial de Almazora (Castellón), que está próximo también al de Villarreal y más en concreto de la zona en la que se ubica Rocersa (junto a otras empresas), el día 2 de mayo de 1997 se obtuvo un resultado de 48,4 dB (A). En el segundo de estos puntos más alejados y siendo la fuente de ruido las empresas Rocersa y Muelles y Ballestas, el día 24 de abril de 1997 la medición arrojó un resultado de 69,8 dB (A). En el tercero de estos puntos, el día 24 de abril de 1997 y siendo la fuente de ruido el tráfico rodado denso, se obtuvo un resultado de 53,6 dB (A); y el día 2 de mayo, siendo la fuente de ruido en funcionamiento el tráfico rodado normal, arrojó un resultado de 63,2 dB (A). En el cuarto de estos puntos más alejados de Rocersa, y siendo la fuente de ruido el polígono industrial de Almazora (Castellón) y Muelles y Ballestas, el día 2 de mayo de 1997 se obtuvo un resultado de 52,6 dB (A).

En período nocturno, en el primero de los cuatro puntos más próximos a Rocersa y demás industrias existentes en sus alrededores, el día 23 de abril de 1997, siendo las fuentes de ruido en funcionamiento Rocersa y Meridiano 0, se obtuvo una medición de

68,8 dB (A); y el día 30 de abril de 1997, siendo la fuente de ruido Rocersa, arrojó un resultado de 49,4 dB (A). En el segundo de estos puntos, siendo las fuentes de ruido en funcionamiento Rocersa y Muelles y Ballestas, el día 23 de abril de 1997, se obtuvo un nivel resultante de 63,9 dB (A). En el tercero, el día 23 de abril de 1997, siendo la fuente de ruido en funcionamiento Rocersa, se obtuvo un nivel sonoro resultante de 51, 8 dB (A). El cuarto y último de estos puntos el día 23 de abril de 1997, siendo la fuente de ruido en funcionamiento Rocersa, se obtuvo un nivel sonoro resultante de 54,7 dB (A). También en período nocturno y en el primero de los otros cuatro puntos que se hallan más alejados de Rocersa, el día 23 de abril de 1997, siendo la fuente de ruido en funcionamiento el polígono industrial de Almazora (Castellón), se obtuvo un nivel sonoro resultante de 55,1 dB (A). En el segundo de estos puntos e igual período nocturno, siendo la fuente de ruido en funcionamiento Muelles y Ballestas, el día 30 de abril de 1997 se obtuvo un resultado de 68,8 dB (A). En el tercero y en igual período, el día 30 de abril de 1997, siendo la fuente de ruido en funcionamiento Muelles y Ballestas, se obtuvo un nivel sonoro resultante de 46,7 dB (A). En el cuarto de estos puntos y en el mismo período nocturno, el día 30 de abril de 1997, siendo la fuente de ruido en funcionamiento el polígono industrial de Almazora (Castellón), se obtuvo un nivel sonoro resultante de 49,2 dB (A).

El día 15 de julio de 1997, procedente de la Consellería de Medio Ambiente de la Generalitat Valenciana, fue recibida en el Ayuntamiento de Villarreal denuncia formulada el día 17 de abril de 1997 por Dª Luisa, en representación del colectivo de afectados por la contaminación acústica de Villarreal «Proyecto Sonido Sano» relativa a problemas de ruido ambiental en Villarreal y presentada ante dicha Consellería, la cual requería al Consistorio a fin de que informara acerca de las medidas adoptadas. El Negociado de Actividades en fecha 16 de julio de 1997 requirió al Ingeniero Técnico Municipal para que informara al respecto previamente al inicio por parte del Negociado de Actividades de las actuaciones oportunas.

El día 11 de agosto de 1997 a las 6Ž23 horas fue formulada queja por D. Manuel mediante llamada telefónica a la Policía Local de Villarreal por molestias debidas a ruidos procedentes, según dicho señor, de Rocersa, realizándose como consecuencia de ello una medición en la habitación de su vivienda y con las ventanas abiertas, con aparato cuyas características, autorización, calibración y verificación no constan, que arrojó un resultado de 63 dB (A). De este informe se dio traslado al Negociado de Actividades, el cual, comprobó que la actividad de fábrica de azulejos de gres de Rocersa cuya licencia fue solicitada en fecha 17 de enero de 1986 y se hallaba pendiente de que por el interesado se aportara un anexo al proyecto de actividad conforme a lo acordado por la Comisión Municipal de Gobierno en sesión de fecha 20 de noviembre de 1995, por cuyo motivo, en fecha 20 de agosto de 1997 el Secretario del Ayuntamiento requirió al Ingeniero Técnico Municipal a fin de que realizara visita de inspección al inmueble de dicha mercantil e informara sobre: si la actividad que desarrolla se ajusta a las licencias que le fueron otorgadas en su día; en caso negativo, medidas a adoptar para ajustarse a las mismas y plazo; y si se encuentra en funcionamiento la actividad de fábrica de azulejos de gres que carecía de licencia.

El día 21 de agosto de 1997, en hora no determinada, fue formulada queja por un vecino, cuya identidad no consta, ante la Policía Local de Villarreal por molestias

debidas a ruidos procedentes de Rocersa, realizándose como consecuencia de ello una medición, con aparato cuyas características, autorización, calibración y verificación no constan, que arrojó un resultado de 78,3 dB (A). El resultado de esta actuación se remitió también al Negociado de Actividades del Ayuntamiento de Villarreal.

En fecha 26 de agosto de 1997 el Ayuntamiento de Villarreal requirió a la consultora Novotec a fin de que concretara el apartado 8 del informe emitido en el mes de junio referente a sus conclusiones.

El día 17 de octubre de 1997 tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento el informe emitido por dicha consultora en fecha 5 de septiembre de 1997, en que, entre otros, señala que el origen del ruido emitido por Rocersa procede del motor de salida de gases.

Atendido el contenido de los estudios efectuados por la consultora Novotec a instancia de la Ayuntamiento de Villarreal, en fecha 23 de octubre de 1997, el Ingeniero Técnico Municipal emitió informe en el sentido de estimar procedente requerir a los titulares de las industrias a que el informe se refiere al objeto de que en un plazo determinado de tiempo se adopten las medidas correctoras pertinentes al objeto de que los niveles sonoros a transmitir por cada una de dichas actividades se ajusten a los máximos establecidos en los artículos 188 y 268 de las Normas Urbanísticas del PGOU vigente.

Dada cuenta del informe de Novotec Consultores, SA, la Comisión Municipal de Gobierno en sesión de fecha 3 de noviembre de 1997 adoptó el acuerdo de solicitar al Negociado de Actividades que llevaran a efecto las actuaciones correspondientes relativas a la minoración de los niveles sonoros.

El día 25 de noviembre de 1997 el Ingeniero Técnico Municipal emitió informe complementario del emitido en fecha 23 de octubre de 1997 en el sentido de incluir en el requerimiento a que se refería en su punto 5º este informe (en el que se relacionaba las empresas que habían de ser requeridas y plazo de subsanación de niveles máximos sonoros) a la sociedad Rocersa y otra mercantil que habían sido omitidas del mismo, y de hacer constar que Rocersa carece de la oportuna licencia municipal.

En fecha 5 de diciembre de 1997 la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Villarreal dictó Decreto en el que acordaba: Requerir a Rocersa, al objeto de que en el plazo máximo de seis meses subsane las deficiencias que han sido comprobadas (molestias en el exterior debidas al motor de salida de gases) mediante la adopción de las medidas correctoras pertinentes, tendentes a que los niveles sonoros a transmitir por la actividad (fabricación de pavimento cerámico esmaltado) se ajusten a los máximos establecidos en el artículo 268 de las Normas Urbanísticas del PGOU: 35 dBA de 8 a 20 horas y 30 dBA de 20 a 8 horas, concediendo a dicha mercantil el trámite de audiencia por plazo de quince días, sin perjuicio de cumplir lo ordenado, y acordando así mismo notificar el Decreto al colectivo «Proyecto Sonido Sano». Este Decreto fue notificado a Rocersa el día 17 de diciembre de 1997.

El día 22 de abril de 1998, el Negociado de Actividades del Ayuntamiento de Villarreal remitió comunicación a la mercantil Rocersa, firmada por su Alcalde, en la que se le hacía saber que el día 22 de junio de 1998 finalizaba el plazo otorgado por el Decreto de

Alcaldía de fecha 5 de diciembre de 1997 para que se subsanaran las deficiencias señaladas en el mismo y en los términos indicados, cuya notificación fue recibida por la mercantil en fecha 24 de abril de 1997.

Habida cuenta del transcurso del plazo otorgado para la subsanación de deficiencias, el día 17 de julio de 1998, el Alcalde de Villarreal requirió al Ingeniero Técnico del Ayuntamiento a fin de que realizara nueva visita de inspección e informara si se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el Decreto de 5 de diciembre de 1997.

El día 26 de agosto de 1998 tuvo entrada en el Ayuntamiento de Villarreal escrito remitido por la Consellería de Medio Ambiente al que se acompañaba denuncia presentada por los Sres. Manuel y María Cristina en la que se ponía en conocimiento que el aparato cogenerador de la mercantil Rocersa, para cuya actividad presumiblemente carecía de licencia, se hallaba en funcionamiento día y noche incumpliendo los máximos permitidos por las Ordenanzas Municipales y del PGOU. En su escrito, dicha Consellería comunicaba al Ayuntamiento que adoptara las medidas oportunas para comprobar si dicha instalación estaba en posesión de la preceptiva licencia de apertura, y en el caso de que así fuera, debía comprobar si se ajustaba su funcionamiento al proyecto presentado en su día para su aprobación o las condiciones establecidas en el acto de concesión de la licencia, y para el caso de que careciese de licencia o su funcionamiento no se ajustase a la licencia, las medidas y trámites a seguir.

Atendida la anterior comunicación de la Consellería de Medio Ambiente de la Generalitat Valenciana, y resultando de la consulta de los archivos del Negociado de Actividades del Ayuntamiento de Villarreal que no se había podido comprobar que la instalación de «central de cogeneración» de Rocersa tuviese licencia, el día 28 de agosto de 1998, el Alcalde acusado, Luis Carlos, requirió al Ingeniero Técnico Municipal a fin de que realizara visita de inspección y comprobación e informe sobre si dicha instalación se hallaba o no en funcionamiento.

El día 23 de septiembre de 1998, el Ingeniero Técnico Municipal informó en el sentido de que la empresa Rocersa poseía licencia para el desarrollo de las actividades de «fabricación de pavimento cerámico esmaltado» y «estación distribución GLP para servicio pavimento», careciendo de la oportuna licencia municipal de apertura para las actividades de «fábrica de pavimentos esmaltados», «fábrica de azulejos de gres» y «central de cogeneración», por lo que se debía proceder al cierre de las mismas.

En la misma fecha 23 de septiembre de 1998, el Alcalde ahora acusado dictó Decreto en que acordaba incoar expediente de cierre de las actividades de Rocersa carentes de la preceptiva licencia, concediéndole un plazo de quince días de audiencia para alegaciones, justificaciones y presentación de documentos, cuya resolución fue notificada a la interesada el día 29 de septiembre de 1998.

El día 31 de septiembre de 1998, a las 4Ž40 horas, D. Manuel efectuó llamada telefónica a la Policía Local de Villarreal expresando de nuevo sus quejas por ruidos procedentes según el mismo de Rocersa. Personada la patrulla de agentes, se efectuó medición de niveles sonoros con sonómetro Brüel & Kjaer, con descripción 2221 y núm. certif. 1511-A, calibrado el 2 de febrero de 1993 que arrojó los siguientes

resultados: 1– en la puerta de entrada de la verja del maset, 47 dB; 2– en la ventana del rellano de la escalera 48 dB; y en la habitación de matrimonio, 50 dB.

Mediante Resolución núm. 2460, de fecha 27 de octubre de 1998, el Alcalde de Villarreal acordó ordenar a Roig Cerámica, SA, que procediera al cierre inmediato de las actividades carentes de licencias municipales hasta su oportuna obtención, la cual, fue notificada a la interesada el día 28 de octubre de 1998.

El día 29 de octubre de 1998 el Alcalde ordenó al Ingeniero Técnico Municipal la realización de visita de inspección a fin de comprobar si se había cumplido la orden anterior al objeto de incoar el expediente de ejecución forzosa.

El día 30 de octubre de 1998, el Ingeniero Técnico Municipal realizó la oportuna inspección el día de la fecha a las 11Ž30 horas, informando que la mercantil Rocersa continuaba desarrollando las actividades para las que carecía de licencia. El mismo día, el Alcalde de Villarreal, el acusado Luis Carlos, acordó mediante Decreto incoar expediente de ejecución forzosa al cierre de las actividades carentes de licencia, al no dar cumplimiento a lo ordenado Roig Cerámica, SA, el día 27 de octubre de 1998, y concediendo a dicha mercantil un plazo de quince días para alegaciones, siendo notificada esta resolución a dicha mercantil el día 30 de octubre de 1998.

El día 31 de octubre de 1998, a las 2Ž45 horas, D. Manuel mediante llamada telefónica a la Policía Local de Villarreal formuló queja por las molestias de ruido ambiente procedentes de la empresa Rocersa, y efectuada medición por los agentes que se personaron en la vivienda con sonómetro cuya autorización y características no constan se obtuvo un resultado de 44,2 dB desde el exterior de la vivienda.

El día 12 de noviembre de 1998 el Ingeniero Técnico Municipal emitió el informe consecuencia de la visita e inspección requeridas mediante resolución de la Alcaldía de fecha 20 de julio de 1998 en el que se concluye que las mediciones sonométricas realizadas con aparato autorizado pero sin que conste su calibración y verificación, en la calle Río y Camino Viejo Castellón-Onda, viales sobre los que recae Rocersa, a las 8Ž30 horas de día laborable, arrojaba unos resultados que oscilaban entre 59 y 66 dB (A), así como que con los medios técnicos de que dispone el Ayuntamiento de Villarreal no se puede concretar el origen de los niveles sonoros.

Dada cuenta de las alegaciones formuladas por Rocersa en el expediente de ejecución forzosa referentes a los efectos que podrían derivarse del cumplimiento de la orden del cierre y toda vez que dicha mercantil había recurrido en vía Contencioso-Administrativa la resolución solicitando así mismo la suspensión del acto administrativo impugnado, el día 18 de noviembre de 1998, el Alcalde acusado dictó Resolución núm. 2688 en la que acordaba posponer la ejecución forzosa de las actividades de «fábrica de pavimento esmaltado» y «fabricación de azulejos de gres» hasta el dictado de resolución al efecto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y ordenar la ejecución forzosa del cierre de la actividad de «cogeneración», que se debía materializar el día 20 de noviembre de 1998.

El día 20 de noviembre de 1998, a las 10 horas hasta las 10Ž34 horas, se procedió a la ejecución forzosa de la orden de cierre de la actividad de cogeneración con precinto de su central por el Ingeniero Técnico Municipal y a presencia de Notario de Villarreal, de lo que levantó la correspondiente acta de igual fecha, así como del también acusado Simón y del agente de la Policía Local de Villarreal número 538.

Atendido el informe del Ingeniero Técnico Municipal, la Comisión Municipal de Gobierno en sesión celebrada el día 30 de noviembre de 1998 adoptó el acuerdo de oficiar al Ingeniero Técnico Municipal a fin de que emitiera informe en relación con las posibilidades de todo aquello necesario para acometer la problemática del nivel sonoro, indicando expresamente el coste de dichas soluciones.

Mediante Auto de fecha 21 de diciembre de 1998 dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana se acordó suspender el acto administrativo dictado el día 27 de octubre de 1998 por la Alcaldía del Ayuntamiento de Villarreal en lo que se refiere al cierre inmediato de las actividades de «pavimento esmaltado» y «fábrica de azulejos de gres», y no suspender la parte dispositiva de dicha resolución en cuanto concierne al cierre inmediato de la actividad de «central de cogeneración».

V.–El día 22 de octubre de 1998 la mercantil Rocersa presentó ante el Ayuntamiento de Villarreal sendas solicitudes de legalización con carácter provisional de las actividades de «cogeneración» y de «fabricación de azulejos y pavimentos cerámicos de gres esmaltado», a las que, respectivamente, se unía proyecto. Incoado y tramitado el oportuno expediente por cada una de las solicitudes, se denegó la legalización de la actividad de «cogeneración» por hallarse fuera de ordenación por no guardar las distancias mínimas a todos los lindes de la parcela establecidos en las Normas Urbanísticas. En el expediente incoado para resolver sobre la legalización de las actividades de fabricación de azulejos y pavimentos cerámicos de gres esmaltados, la Comisión Municipal de Gobierno en sesión celebrada en fecha 9 de diciembre de 1999 concedió licencia provisional para el ejercicio de dichas actividades.

VI.–No se han practicado mediciones sonométricas que resulten fiables y permitan concluir con seguridad que los niveles sonoros alcanzados en Villarreal, y en concreto emitidos por la mercantil Rocersa, pudieron afectar gravemente a la salud de las personas.

No consta que D. Manuel y Dª María Cristina sufrieran perturbaciones de carácter físico o psíquico como consecuencia del ruido percibido en su vivienda sita en la Partida Madrigal.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: ABSOLVEMOS a los acusados Simón y Luis Carlos de los delitos contra el medio ambiente, prevaricación y denegación de auxilio de que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal y l! acusación particular, ddclarando de oficio las costas procesales.

Notifíqeese al Ministerio Fiscal y a las demás partes esta resolución.

TERCERO.- Notificada la sentencIa a las partes, se preparó recurso de casacióN por la Acusación particular, que se tuvo pob anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certi&icaciknes necesarias para su substanc)ación y resolución, formá.dose el correspondiente r/llo y formalizándose el recur3o.

CUARTO.- L! representación de la Acusación particular Manuel y María Cristina, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

I.–Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ (RCL 1985\1578, 2635), por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española (RCL 1978\2836), en relación con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que previene el artículo 9.3, del mismo texto legal, en relación, a su vez, con la obligación de motivar las sentencias que impone el artículo 120. 3 del referido texto constitucional.

II.–Al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), por infracción de Ley, por inaplicación del artículo 325, último párrafo, del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) en relación con lo dispuesto en los apartados a), b) y c) del artículo 326 en relación con lo dispuesto, a su vez, en el artículo 28, apartado b) del mismo texto legal.

III.–Al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), por infracción de Ley, por inaplicación del tipo previsto en el artículo 329 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), en relación con lo dispuesto en el artículo 404 del mismo texto legal.

IV.–Al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), por infracción de Ley, por inaplicación del tipo previsto en el artículo 404 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), en relación con lo dispuesto en el artículo 74 del mismo texto legal.

V.–Al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), por infracción de Ley, por inaplicación del tipo previsto en el artículo 412– 3º del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

VI.–Al amparo del artículo 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), por infracción de Ley, al haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas, basado en documentos que obran en Autos que demuestran la equivocación de la Sala sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Procuradora Sra. Juliá Corujo, el Procurador Sr. Rodríguez Rodríguez y el Ministerio Fiscal, por escritos de fecha 24, 29 y 30 de noviembre y 22 de diciembre de 2005, respectivamente, evacuando

el trámite que se le confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

SEXTO.- Por Providencia de 11 de septiembre de 2006 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 11 de octubre de 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En consideración a la cronología de los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento y las características de los mismos, creemos conveniente reestructurar el orden de formulación del recurso comenzando por el motivo sexto y último en el que se denuncia la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. La decisión que se adopte sobre este punto nos llevará a analizar los siguientes a la luz de un posible relato modificado o bien mantener el original para, sobre su contenido, dilucidar si efectivamente se ha cometido la infracción de derechos constitucionales y de normas penales sustantivas que constituyen el objeto del resto de los motivos.

Se invocan como documentos dos planos, a escala distinta, del término municipal donde consta la instalación de una serie de empresas ubicadas en un determinado polígono iNdustrial

Uno es el ¼lan General de Ordenación Urbana y la calificación del suelo en el que se sitúa la vivienda de los denunciantes. Según értE, la única dmpresa que se interponía, en línea recta entre la vivienda de los querellantes y la fábrica denunciada, era una denominada «Géneros de puntm», como se acr%dita también con un informe de los serviCios técnicos del Área $e Actividades, Proyectos e Ingeniería Municipal del Ayuntamient/. Se demuestra también que el resto de las empresas, posibles generadoras de ruidos, no estaban en el polígono industrial x quE, entre ellas y la vivien`a, se sitúa un núcleo urbano.

Consideran también relevante el informe emitido por el Secretario del Ayuntamiento que aporta una relación detallada de las empresas que realizan activ)dades molestas ins!lubres Y peligrosas. Según su tesis, todas ellas estaban muy alejadas de la vivienda y los ruidos no podían ser percibidos por los vecinos cercanos.

2. El segundo bloque se integra por la innumerable serie de denuncias que no fueron tramitadas por el Ayuntamiento ni, por supuesto, objetm de actividades inspectoras. Matiza que, sOlo una de ellas, fue tramitada al ser formulada por un colectivo denominado Proyeato Sonido Sano.

Estos datos no solo fo %videncian error del juzgador sino que son hechos notorios que de manera directa o indirecta se desprenden del contenido del hecho probado por lo que no es necesario alterarlo.

3. En el tercer bloque se invo#a el informe encargado por la empresa y realizado por «Novotec Consultores, S.A»., en fecha 8 de mayo de 1995 y 31 de julio de 1995, así como otros similarer respecto de los qUe la sentencia afirma aue no consta la verificación y calibracIón de los aparatos medidores. Se discrepa totalmente de esta afirmación, puramente fáctica, citando una serie de folios de las actuaciones de-investigación que acreditan lo contrario.

4. Por último, recuerda que la normativa vigente, en la época de las -encionadas mediciones, era la Ley 3/1185, de 18 de marzo (RCL 1985\623). Según dicha norma y los desarrollos reglamentarios, lo único que se exigía a los aparatos sonométricos era la llamada verificación primitiva, es decir, la comprobación de su ajuste y funcionamiento cuando salía al mercado. Con ello, trata de acreditar el informe, frente a la desvalorización que, por razones técnicas, se hace en el relato de hechos probados.

5. Por último, viene a destacar que una vez clausurado el aparato de cogeneración de la empresa denunciada, los focos de ruido disminuyeron de forma sensible, lo que acredita que su actividad era la generadora del ruido. Este punto lo considera acreditado por un informe emitido el día 1 de septiembre de 2003.

6. En un suceso de estas características, en que la descripción de los hechos enjuiciados debe necesariamente recorrer un largo tramo cronológico y en el que, la mayoría de las afirmaciones fácticas no son sustanciales pero si complementarias del objeto del proceso, debemos actuar con criterios más amplios que, en aquellos casos en los que la narración de la conducta que se imputa al acusado o acusados, es más sintética, limitándose a recoger los elementos precisos para la calificación jurídica de los hechos.

7. Como puede observarse, los elementos documentales son la parte fundamental o núcleo de la sentencia. No se puede decir que su revisión suponga una invasión de la valoración de la prueba. Entramos en el análisis y ponderación de otros elementos probatorios que, sin producir una radical confrontación con los seleccionados por la Sala sentenciadora, constituyen elementos complementarios, que contribuyen a dar una panorámica mas completa de lo acontecido. Esta tarea, no obstante, debe utilizarse con moderación y respetar aquellas decisiones en las que el Tribunal sentenciador declara, de forma directa, que descarta documentos por carecer de valor probatorio o se subordina a otros que considera más relevantes.

8. En este punto, es evidente que la sentencia no descarta, de forma tajante y clara, la carencia de valor probatorio de la m`yor parte de los documentos cuya inborpor`ción se so,icita por la parte recurrentd. Asimismo se debe advertir que no es posible acceder a la

introducción de aqtellos datos que sean Accesorios y no anpren en contradicción relevante con los hechos seleccionados por el órgano juzgador, en st tarea de enfrentarse a la valoración de las pruebas.

9. Sin embargo, consideramos que hay dos aspectos 1ue sí pue$en resultar s5stanciales e ancluso acreditar la incorrecta formac)ón de, rela4o de la sentencia. Son lns rel`tivos a las características de los aparatos medidores y a los informes que acreditan que clausurado el generador lor ruidos dEscendieron de forl¼ notable, cudstión que como es lógico corresponde valorar a la SalA.

10. An realidad estos datos, que estimamos acreditados, no aportan ninguna novedad al relato fáctico.
o discutimos que efectitamente se 2ealizaron las mediciones y que los aparatos no se contrastaron en el momento de practicarse. Las exigencMas formales de la legislación que re'ía la soniletría en aquella época no pueden ser trasladadas al ámbito del procdso penal en cuanto que lo verdaderamentd efectivo htbiera sido comprobar su funcionamiento y técjica emplead`, en el momento de realizar o llevar a cabo la medición.
11. No obstante, debemos advertir que la empresa que realizó la mediciñn fue contratado por el Ayuntamiento por lo que, sin perjuicio de la admisible duda que pueda planearse al juzgador, no puede por menos que resultar anómalo que se cuestione la competencia y fiabilidad de unos inforles sobre volumen de ruido que la Corporación Municipal ha contratado, precisamente para contrarrestar las denuncias reiteradas dE los querellantes.

En consecuenc)a, el motivo debe ser desestimado manteniendo el hecho probado en loq términos en que está redactado.

SEFUNDO.- A continuación y antes de entrar en el análisis de los motivos 0o2 error de derecho, abordaremos el motivo primero en el que se suscita la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en relación con la interdicción de la arbitrariedad y con el deber de motivar las resoluciones judiciales.

1. La interrelación entre la tutela judicial efectiva y el deber específico de motivar que se recoge en el artículo 120.3 de la Constitución (RCL 1978\2836) es evidente. Si se llega a la conclusión de que la sentencia ha sido suficientemente motivada, se excluye, por extensión, cualquier atisbo de arbitrariedad.

Con carácter general y como resumen de su proceso discursivo se dice por la sentencia recurrida que los indicios que generaron la acusación y la apertura del juicio oral no se han consolidado a lo largo del desarrollo de las sesiones orales del juicio. En esta tarea se ha inclinado por la existencia de una duda razonable sobre los elementos básicos que podrían sustentar la acusación y la condena.

2. Por ello, sin necesidad de hacer valoraciones más profundas, debemos concluir que la Sala sentenciadora ha realizado una labor de análisis de las pruebas de cargo, según su criterio, expresado por las razones que esgrime.

En consecuencia, se podrá discutir y disentir del proceso lógico valorativo pero, dentro de las líneas que nos marca el motivo, debemos reconocer que ha existido un tratamiento de la prueba de forma que no es posible admitir que se ha producido la vulneración de la tutela judicial efectiva.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

TERCERO.- Descartada la modificación del relato fáctico, vamos a examinar en bloque los tres restantes motivos por infracción de Ley.

1. En primer lugar debemos abandonar cualquier pretensión de calificar los hechos como un delito del artículo 412. 3º del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) que tipifica la denegación de auxilio, ya que los elementos básicos no permiten establecer las premisas necesarias para integrarlo.

Ciertamente los hechos son suficientemente expresivos en relación con la actividad desplegada para responder a las denuncias continuas ante los ruidos que habían sido percibidos, no sólo por los querellantes sino por una generalidad de personas y agrupaciones ciudadanas. Cuestión Distinta son las decisiones adoptadAs.

2. El motivo segundo denuncia la inaplicación del artículo 325, último párrafo en relación ckn el dispuesto en los apartados a), b) y c) del artículo 26, en Relación, a su vez, con lo establecido .n el artículo 28, apartado b). Todos ellos del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

Par` afrontar la #uestión planteada es impr%scind)b,e hacer una remisión a los hech/s probados. La)ldustri!, a l! que se atribuye la generación de ruidos por encima del límite de lo tolerable, está ubicada en un polígono industrial en el que existían, hasta octubre de 1998, otras veintinueve empresas que desarrollaban diversas actividades industriales.

3. La empresa de cerámica denunciada diversificaba su producción, con distintas actividades. Según el hecho probado, para algunas de ellas había obtenido la oportuna licencia municipal, excepto para la instalación de una llamada central de cogeneración, instalada en noviembre de 1990. En principio comenzó si. licencia munichpal, aunque más adelante, según la sentencia, a finales de 1990 o primeros de 1991, presentó ante el Servicio correspondiente, Proyecto oficial de instalación junto al complementario estudio oficial de impacto -ed oambiental.

$. La Agencia de Medio Ambiente estimó aceptable a los sólos efectos ambientales, la realización de dicho proyecto: "ciempre que re ampliasen las aondiciones que detallaba".

De forma #lara y rotunda, afirma que las corpecbiones no fueron llevadas a babo y que, sin obtener la licencia municipal, se instaló la central de cogendr`ción, fuente del ruido, que comenzó a funcionar en fecha no YRecisada del verano de 1991.

5. A partir de esta fecha se iniciaron una serie interminable de denuncias relacionadas con los ruidos que eeitía el cogenerador. El primer denunciante, el día 9 de agosto de 1991, adv)erte que, según su criterio, emitía ruidos, de día y de noche, que impedía a las personas conciliar el sueño.

Desde la fecha anteriormente mencionada y hasta el mes de junio de 1995, en el que uno de los acusados accedió a la Alcaldía, se sucedieron hasta dieciséis denuncias más, ante el Ayuntamiento y Consejería de Medio Ambiente.

6. Las denuncias, unas eran de carácter individual, como la de los dos querellantes, cuya vivienda distaba aproximadamente 650 metros de la industria. También presentaron denuncias asociaciones o uniones de vecinos, así como un Concejal del Ayuntamiento.

A partir de aquí el relato nos muestra un inacabable rosario de quejas inatendidas. De su texto se desprende que una queja presentada por una asociación de vecinos, del 12 de agosto de 1991, se anotó en el Registro de entrada del Ayuntamiento sin que se adoptase ninguna medida.

7. Dando un salto en la cronología de los acontecimientos, la sentencia retrocede al 27 de diciembre de 1994, cuando la Comisión Municipal de Gobierno, ordena a la Policía Local que realice una medición de ruidos durante quince días. Se elaboró un informe, con fecha 16 de enero de 1995. La Comisión municipal ordenó la ampliación del mismo para que determinara la procedencia de los ruidos. A partir de este momento la sentencia insiste únicamente en que los decibelios han sido medidos "con sonímetros, cuya marca, autorización, verificación y calibración no consta". Recibido el informe se acordó que quedase sobre la mesa.

8. Los querellantes realizan nuevas quejas mediante llamadas a la Policía Municipal, en seis ocasiones, la última el 3 de abril de 1995. La Policía realiza nuevas mediciones y se dice por la sentencia, que se utilizaron sonímetros con equipo cuya marca, autorización, verificación y calibración no consta, salvo la del día 3 de abril que fue realizada mediante sonímetro autorizado pero sin que consten los demás datos referentes a su calibración y verificación. La sentencia nos dice que, en todas las mediciones, se registra la escala en decibelios (dB) que se aconseja para medir la magnitud del sonido, desde el punto de vista físico y no en decibelios ponderados, que es la que se utiliza para medir la magnitud del sonido atendiendo a la percepción del oído humano, dB (A).

Siguen nuevas mediciones en 1995 y otra vez el más absoluto rechazo a los aparatos medidores que, sin embargo, Pueden medir los decibelios físicos dB.

9. A pesar de ello, las sucesivas denuncias y sus resultados se "dejan sobre la mesa", endosándose la recolución del conflicto a la nueva Corporación Municipal. Est! decisión se adop4a el 5 de junio de 1995.

El Municipio encargó una medición a una empre3a ext%rna Novotec Consultores, SA. Los registros se realizaron con un sonímetro Brüel & Kjaer de precisión modelo 223 CC

autorizado, pero, una vez mas, para sorpresa de todos, no consta verificación y calibración.

Se realizan mediciones en cinco puntos distintos, siempre en decibelios dB(A). El informe concluye que las emisiones de ruidos, en horas nocturnas, se originan única y exclusivamente por los hornos. Afirma que el ruido supera el máximo autorizado para ruidos de fondo y que la empresa no es responsable de las molestias. Se realiza una nueva medición interna de ruidos por la misma empresa y en circunstancias que lleguen a la misma conclusión de que los ruidos los producen los hornos atribuyéndoselos a industrias ajenas.

10. El Alcalde acusado, tomó posesión el 17 de junio de 1995. Se acuerda una nueva medición con aparatos, al parecer anónimos e inservibles, que esta vez, sin embargo, recogen la intensidad en niveles dB(A). Tampoco hubo respuesta ni actividad alguna por los órganos municipales.

Una medición más, con aparatos cuyas características no constan e inservibles. Esta vez en decibelios d B. La verificación se traslada por el Alcalde, al Concejal Delegado de Actividades. Siguen las denuncias y se solicita el aislamiento acústico adecuado de los cogeneradores.

11. Ante una petición de la empresa implicada para ampliar actividades, el Ayuntamiento pide que, en un plazo prudencial, procedieran al aislamiento acústico de sus cogeneradores.

Con reiteración y obstinación y, a estas alturas, podríamos añadir sin temeridad, que con premeditación, se verifican numerosas mediciones sin aparatos adecuados. Todos los resultados se registraban en decibelios dB y dB(A). Esta historia interminable suscita movilizaciones de ciudadanos y siempre el mismo rechazo de sus peticiones, basándose en que el Ayuntamiento mide los ruidos con aparatos inservibles. Una vez mas interviene la Consultora externa Novotec, SA, observándose la más absoluta pasividad e indiferencia del Ayuntamiento y de la empresa generadora del ruido. Ante las sucesivas e inútiles quejas, objeto de un tratamiento deliberadamente displicente, se llega a una Resolución de la jurisdicción Contencioso-Administrativa que suspende la orden de cierre del cogenerador acordada por el Alcalde, el 27 de octubre de 1998.

12. Conviene recordar que el proceso penal busca la verdad material de los hechos que han sido objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, por encima de reduccionismos probatorios que se refugien exclusivamente en una clase de prueba, desdeñando todas las demás. En los casos en que el derecho penal complementa la redacción de los delitos, integrándolos con referencias genéricas a disposiciones de carácter administrativo, su contenido tiene un valor evidente para conformar el tipo, pero no agota ineludiblemente las fuentes y medios probatorios y la posibilidad de llegar a la determinación de la existencia del delito por otros cauces.

13. En el caso de los delitos contra la seguridad del tráfico, si no consta la autorización, verificación y calibración de los alcoholímetros, no existe el menor inconveniente para condenar, valiéndose de otros elementos probatorios como el olor a alcohol, la

deambulación insegura, la voz pastosa y la descoordinación en la expresión. Estos datos, de simple observación externa, han llevado a muchos Jueces y Tribunales a condenar sin obstáculo alguno.

14. En los delitos medioambientales es cierto que las mediciones tienen un papel más relevante pero no son la única fuente probatoria. Por lo general, los análisis se realizan sobre muestras de sustancias sólidas, liquidas o gaseosas. En el caso de los ruidos no eS posible el análisis de laboratorio sino su medición por los sonímetros. Las medidas de ruido tienen unos parámetros que se expresan en decibelios A y B y que sirVen para determinar, cuándo el ruido supera unas barreras marcadas para el funcionamiento de los emisores de toda clase de ruidos, automóviles, aviones, industrias, etc.

15. Así como e. los casos de contaminaciones por otros medios, es necesario 1u% se garantice al imputado la posibilidad de contradicción y defensa, en este caso, los imputados, Ayuntamiento en la persona de su Alcalde y empresa, son los únicos que disponen de la posibilidad de medir el ruido. Nos encontramos ante una prueba que procede de la parte imputada por lo que se debe extremar sus garantías ya que los denunciantes, están en absoluta desigualdad con la Corporación municipal que debe velar por los intereses de los ciudadanos.

16. Es de total aplicación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 3ª) de 16 de noviembre de 2004 (TEDH 2004\68), Caso Moreno Gómez contra España, "el presente asunto no trata sobre una injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio del derecho al respeto del domicilio, sino sobre la inactividad de éstas para hacer cesar la violación, causada por terceras personas, del derecho invocado por la demandante.

El Tribunal constata que la demandante vive en una zona en la que el ruido nocturno es innegable, lo que evidentemente perturba encierta medida la vida cotidiana de la demandante, sobre todo el fin de semana. Es necesario examinar, por tanto, si los agentes contaminantes sonoros rebasaron el umbral mínimo de gravedad para constituir una violación del artículo 8.

El Gobierno señala que los tribunales internos constataron que la demandante no había probado la intensidad de los ruidos en el interior de su vivienda. En opinión del Tribunal, en este caso, la exigencia de dicha prueba es demasiado formalista puesto que las autoridades municipales había calificado la zona en la que vivía la demandante de zona acústicamente saturada, a saber, según los términos de la ordenanza municipal de 28 de junio de 1986, una zona que sufre un impacto sonoro elevado que constituye una fuente de agresión importante para sus habitantes (apartado 44 supra). En consecuencia, el hecho de haber rebasado los niveles máximos de ruido fue verificado en varias ocasiones por los servicios municipales (apartados 14 y 19 supra). Por tanto, exigir a alguien que habita en una zona acústicamente saturada, como en la que habita la demandante, la prueba de algo que ya es conocido y oficial para la autoridad municipal no parece necesario. Así, en el marco del proceso interno, el Ministerio Fiscal no creyó necesario exigir a la demandante dicha prueba (apartado 31 supra) y consideró que en este caso, había habido inversión de la carga de la prueba.

Teniendo en cuenta la intensidad de la contaminación acústica, fuera de los niveles autorizados y durante la noche, y el hecho de que estos niveles de ruido se mantuvieron durante varios años, el Tribunal concluye con la vulneración de los derechos protegidos por el artículo 8".

17. En esta clase de asuntos no se puede descartar, de forma tajante, las pruebas indiciarias, sobre todo, cuando, en un caso como el presente. Nos encontramos, no ante un sólo indicio sino ante una acumulación reiterada de tantos indicios que resultaría temerario prescindir de ellos refugiándose en un dato negativo y evasivo que se limita a desvalorizar los aparatos medidores del ruido. Los juzgadores tenían datos técnicos imprescindibles para afirmar de manera positiva, que estaban inutilizados o eran inservibles. Ello nos lleva a la necesidad de conjugar los datos científicos con los elementos reales o irrebatibles que surgen de la propia existencia del ruido como elemento perennemente presente a lo largo de este interminable conflicto.

18. Su afectación a la salud humana y su intensidad no sólo se podrá extraer de unos aparatos que el Ayuntamiento denunciado, de forma reiterada parece que los empleaba a sabiendas, conscientes de su falta de homologación, sino del conjunto de referencias que figuran en el relato de hechos probados. Constituyen soportes válidos para establecer, sobre ellos, una valoración sobre la contaminación acústica que nos lleve a conclusiones diferentes a las extraídas por el Tribunal sentenciador.

19. Para establecer esta conclusión es necesario mantener la metodología tradicional en la valoración de las pruebas indiciarias, que debe ser rigurosa en el discurso y fiable en cuanto a los criterios de lógica, racionalidad y experiencia.

Cualquier lector del hecho probado, adquiere la convicción de que nos encontramos ante un suceso que afectó gravemente a la convivencia de algunos vecinos y que despertó las protestas de los más directamente afectados, de asociaciones y grupos alarmados, ante el perturbador ruido emanado de la fábrica y concretamente de su generador. Los hechos, llegan a convertirse en un problema de pública y notoria transcendencia.

20. Las decisiones tomadas por el Alcalde acusado en este procedimiento se pueden considerar absolutamente arbitrarias y deliberadamente injustas, tanto por acción como por omisión. Como dato relevante se nos dice que la empresa, durante su mandato, solicita la preceptiva autorización municipal y que después de varias vicisitudes, comenzó a funcionar sin obtenerla. En relación con la fuente de ruido "central de cogeneración" se tramita en la Agencia del Medioambiente que declara el impacto como aceptable a los solos efectos ambientales, si bien condicionándola a que cumplieran las condiciones que establecía. Añade el hecho y citamos textualmente: "sin que las referidas correcciones fueran llevadas a cabo y sin haber obtenido por tanto, –según lo ya expuesto–, la correspondiente licencia municipal".

21.– Resulta incomprensible que ante la avalancha de quejas, el Alcalde no tome en consideración este precedente y de forma reiterada se limite a enviar agentes de la Policía Municipal con sonímetros cuyas características no constan pero tampoco se dice

que fueran inservibles. Finalmente, el trámite se reduce, una y otra vez, a dejar el asunto sobre la mesa hasta que llegase una nueva oleada de protestas.

22.– Consideramos que se conjugan el elemento subjetivo de actuar a sabiendas, despreciando la normativa y sin tener en cuenta sus obligaciones como Alcalde. Decide, de forma directa, porque conocía, en todo caso, que se había enviado a la Policía municipal con aparatos inútiles. La consecuencia sabida y buscada el archivo, bajo la eufemística expresión de "dejar sobre la mesa", las flagrantes irregularidades que se venían denunciando. Por ello estimamos que ha cometido un delito de prevaricación especial del artículo 329 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) en relación con el artículo 404 del mismo texto legal que contiene, además de la preceptiva inhabilitación, una pena de prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses que se individualizará en la segunda sentencia.

23.– En relación con el delito contra el medio ambiente carece de interés la alegación sobre la legislación aplicable, ya que los ruidos comienzan antes de la entrada en vigor del Código de 1995 pero continúan de forma permanente hasta la orden de cierre el 20 de noviembre de 1998. Tanto en el Código de 1973 (RCL 1973\2255), bajo la denominación emisiones a la atmósfera, como en la actualizada y plenamente aplicable del Código de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) (artículo 325) generar o provocar ruidos y vibraciones por encima de lo soportable, alteraba el medio ambiente.

24.– La actuación del único acusado por parte de la empresa generadora de los ruidos, le convierte en autor. Dada su condición de representante legal de la industria, adquiere la condición de garante y tiene un pleno dominio funcional y la capacidad decisoria suficiente como para haber atendido la orden de cierre, ante las fundadas quejas de los numerosos denunciantes. La sentencia omite que cuando definitivamente se clausuró el cogenerador cesaron los ruidos y las protestas.

25.– Siguiendo con su técnica relativista, al llegar al final de todo un periplo que puede agotar a cualquier paciente lector, termina afirmando que no consta que los dos querellantes sufrieran perturbaciones de carácter físico o psíquico como consecuencia del ruido percibido en su vivienda.

Resulta absolutamente sorprendente esta evasiva ya que por encima de esta ambigüedad, que no descarta en absoluto su producción, está la ciencia y las máximas de la experiencia. Una afirmación de esta naturaleza, en un caso tan reiterado como el presente, adquiere caracteres verdaderamente incomprensibles.

26.– A estos solos efectos podemos recordar que el Tribunal Constitucional, en el recurso de Amparo núm. 4214/1988 (RTC 2001\119) nos decía: «En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del

sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas).

Consecuentemente, procede examinar, siempre en el marco de las funciones que a este Tribunal le corresponde desempeñar, la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales que antes hemos acotado, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros valores y derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas».

CUARTO.- Resumiendo, si se acumulan los datos incuestionables de la existencia de ruidos medidos en decibelios, cuya cifra se recoge en la sentencia, sin establecer franjas al alza o baja que pudieran acercarnos a un dato que siempre habría que calcularse en beneficio de los acusados.

1. Si unimos la existencia irrebatible de ruidos por encima de los soportables que se acreditan de forma contundente por la acumulación de pruebas indiciarias que hemos examinado, se llega a la conclusión de que la emisión de ruidos vulneraba las disposiciones administrativas. Por encima de cualquier posición evasiva, ninguna tesis científica sería capaz de mantener, una posición contraria a los efectos que se recogen en la sentencia antes citada.

2. La conducta del Alcalde integra una decisión, por acción y por omisión o dejación de sus funciones que, de forma deliberada, se sitúa al lado de una industria contaminante en contra de los intereses de los ciudadanos sabiendo a ciencia cierta que actuaba y vulneraba la legalidad que regulaba la emisión de ruidos. Conoció, asimismo, los informes negativos sobre las emisiones ruidosas, contemplando impasible como se incumplían las propias decisiones sobre aislamiento realizada por la Consejería Autonómica y el propio servicio técnico del Ayuntamiento.

3. Por su parte, el representante de la empresa, que se ha responsabilizado de esta actuación, en ningún momento adoptó las medidas correctoras que se les imponían saltándose las previsiones administrativas y los informes reiterados sobre su directa responsabilidad en la emisión de ruidos con las consecuencias ya expresadas.

En resumen, sus respectivas conductas son constitutivas de un delito de prevaricación medioambiental y de un delito contra el medio ambiente cuyas penas se fijaran en la segunda sentencia.

Por lo expuesto los motivos deben ser estimados

FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Manuel y María Cristina, casando y anulando la sentencia dictada el día 9 de septiembre de 2005 por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª en la causa seguida contra Simón y Luis Carlos por delitos contra el medio ambiente, prevaricación y denegación de auxilio. Declaramos de oficio las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Pérez D. José Ramón Soriano Soriano D. José Antonio Martín Pallín

SEGUNDA SENTENCIA.-

En la Villa de Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil seis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Villarreal, con el número 9/2003 contra Simón y Luis Carlos, en libertad provisional por la presente causa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 9 de septiembre de 2005, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho e interpretados conforme se ha expuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia antecedente. Nos encontramos ante una conducta, por parte del Alcalde acusado, en la que confluyen, autorizaciones y anuencias a actividades ruidosas a sabiendas de la ilegalidad en que se encontraba. La producción de ruidos era palmaria e incluso clamorosa. Además mantiene una conducta omisiva silenciando las inspecciones, dejando deliberadamente sobre la mesa los informes inequívocos de las mediciones. Todo ello nos lleva a considerarlo como autor de un delito continuado de prevaricación medioambiental, cuya penalización se complementa con lo establecido en el artículo 404 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777). La reiterada conducta de pasividad y desprecio hacia los intereses de sus ciudadanos haciendo oídos sordos a la situación que sufrían y permitiendo la actuación de la industria a sabiendas de que actuaba en contra de las disposiciones legales y administrativas nos lleva a considerar que la pena proporcionada, debido a la existencia de un delito continuado, debe ser la de prisión. Se desestima la opción de la multa, en cuanto que sería satisfecha incluso con cargo a las arcas municipales agravando la situación de los vecinos. En este punto, consideramos que la pena ajustada a la gravedad de la conducta, sería la de un año y seis meses de prisión, más ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

En relación con el delito contra el medioambiente la pena debe fijarse también en atención a la persistencia y deliberada lesión del bien jurídico protegido, demostrado a lo largo de un tiempo tan duradero. Una pena de dos años de prisión y veinticuatro meses de multa en su cuantía máxima es la proporcionada al recaer indirectamente sobre una industria que ha estado obteniendo beneficios a costa de la salud de los colindantes. En consecuencia la cuota por día se fija en 400 euros diarios. Habiéndose comprobado la cesación de la emisión de ruidos no se estiman necesarias medidas complementarias que afecten al funcionamiento de la industria.

FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Luis Carlos como autor de un delito de prevaricación, a la pena de un año y seis meses de prisión, más ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Simón como autor de un delito medioambiental, a la pena de dos años de prisión y veinticuatro meses de multa, a razón de una cuota por día que se fija en 400 euros diarios.

A ambos casos se le imponen, además, las costas de la instancia.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Pérez D. José Ramón Soriano Soriano D. José Antonio Martín Pallín

PUBLICACIÓN.–Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1440/2003 (Sala de lo Penal), de 31 octubre

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil tres.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, infracción de Ley y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por Rodolfo, contra sentencia (ARP 2002\591) dictada por la Audiencia Provincial de Santander (Sección 1ª) que le condenó por delitos de prevaricación urbanística, falsedad y fraude, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Cano Lantero. Ha intervenido como parte recurrida «Unión Cantabria de Corbera Toranzo» representada por la Procuradora Sra. Hoyos Moliner.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Medio Cudeyo instruyó Procedimiento Abreviado con el número 29/2000, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Cantabria que, con fecha 24 de junio de 2002 (ARP 2002\591), dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«I.– En fecha 3 de mayo de 1995, Rodolfo, mayor de edad y sin antecedentes penales, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Corvera de Toranzo (Cantabria) desde 1991, concedió licencia de obra a Agustín para la "rehabilitación de un edificio (placa de hormigón) en el pueblo de Borleña", con un presupuesto de obra de un millón de pesetas. Rodolfo conocía el edifico de referencia, que en realidad no era sino la ruina de lo que había sido una vivienda de planta baja, primera planta y bajo-cubierta, en estado de total abandono y sin uso desde hacía muchos años pues carecía incluso de tejado. Con posterioridad, en noviembre de 1995, Agustín obtuvo de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cantabria una autorización de obras para "rehabilitar edificio existente", que le fue concedida pero debiendo ejecutarse respetando que "la distancia mínima de la vivienda al borde exterior de la calzada (línea blanca) más próxima de la carretera será de veinticinco (25) metros". Como quiera que al amparo de la mencionada licencia de obras Agustín ejecutó no sólo una placa sino toda una estructura de hormigón de nueva planta, compuesta de planta baja, planta alta y tejado con buhardillones, demoliendo prácticamente la totalidad de los muros antiguos, de los que solo conservó como decoración parte de algunas esquinas de piedra en planta baja, el propio Rodolfo, consciente de que lo ejecutado excedía lo autorizado, insistió ante el propietario para que presentase el correspondiente proyecto y solicitud de licencia, y como que este no lo hiciera, en fecha 15 de julio de 1996, acordó ordenar la paralización de la obra concediéndole dos meses para que presentase el proyecto técnico en el

Ayuntamiento, lo que notificó él mismo al propietario el día 26 de julio de 1996. El día 26 de septiembre de 1996, cuando ya la construcción estaba prácticamente concluida pues en realidad y pese a aquella orden no se paralizaron las obras, Agustín presentó ante el Ayuntamiento de Corvera de Toranzo una solicitud de licencia de obra de fecha 1 de febrero de 1996 en la que constaban las firmas del arquitecto de la obra y el aparejador y los sellos de visado del Colegio Oficial de Arquitectos de Cantabria, así como un proyecto básico y de ejecución de un hotel en Borleña que incluía legalización de estructura y la autorización de la demarcación de carreteras antes dicha. El proyecto había obtenido el Visado de dicho Colegio Profesional el 12 de febrero de 1996, pero en él dicho colegio había hecho constar un sello advirtiendo que "aun incurriendo –en parte–, en infracciones establecidas en el art. 226, 2 de la Ley del Suelo (RCL 1976\1192), figura ya ejecutada la construcción correspondiente que cumple con las condiciones técnicas exigibles», unido a dicho proyecto estaba también el Informe Urbanístico del Colegio de Arquitectos, que advertía que "1º, invade la distancia de protección a CN-232 según Ley de Carreteras (Ley 25/1988 (RCL 1988\1655, 2268)); 2º Excede la edificabilidad máxima permitida, e incumple la distancia mínima a colindantes según ordenanza UN-1; 3º Se incumple las condiciones de buhardillas en planta bajo-cubierta a que se refiere el apartado 2 del art. 7.6 de la NNSS. 4º El uso previsto requiere la autorización previa a que se refiere el art. 16.3 del TR de la Ley del Suelo (RCL 1992\1468 y RCL 1993, 485) según procedimiento establecido en los art. 14 y 12.2 de las [sic] Ley de Cantabria 9/1994 (RCL 1994\3114 y LCTB 1994\76). Lo que se informa para la tramitación del presente expediente a los efectos previstos en el art. 248 de TR de la Ley del Suelo". A la vista del proyecto y de esos informes, que Rodolfo conoció, este pidió opinión sobre la legalidad de la obra a Jose Pedro, aparejador que habitualmente le asesoraba en estas cuestiones, quien le dijo que a él le parecía legal por tratarse de una rehabilitación, pero que no quería intervenir en el asunto ni emitir informe oficial alguno por ser el arquitecto técnico de la misma obra, y que preguntara a otro técnico. Ante ello, Rodolfo el mismo día 26 de septiembre se desplazó a Parbayón, donde se entrevistó con el arquitecto superior Alfonso, a quien entregó el proyecto en cuestión con dicho sello e informe y la autorización de la demarcación de carreteras; Alfonso, a la vista de tales documentos, no se atrevió a informar favorablemente la concesión de la licencia, y elaboró un informe que en lo esencial decía: "Examinados los documentos, permisos y el proyecto de ejecución visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Cantabria, en mi opinión, la concesión de la Licencia Municipal de Obras debe supeditarse a las indicaciones recogidas en el sello del Colegio de Arquitectos", con referencia al antes trascrito parcialmente, para concluir: "A este respecto, para conceder la Licencias de Obras, a mi entender se debe tener en cuenta el permiso concedido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para rehabilitar edificio existente, con fecha 2 de enero de 1995. Es mi opinión que para la concesión de la Licencia Municipal de Obras se deben sopesar estos dos elementos de juicio: el informe del Colegio Oficial de Arquitectos y el Permiso del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y obrar en consecuencia". Al día siguiente, Eduardo acudió al Ayuntamiento de Corvera de Toranzo y se entrevistó con Rodolfo, entregándole ese informe, y el mismo día, sin más asesoramiento ni trámites, y pese a conocer Rodolfo que en realidad lo construido era un edifico de nueva planta en suelo no urbanizable, que la concesión de la licencia de obras precisaba la previa autorización por la Comisión Regional de Urbanismo, y que incumplía la autorización en su día concedida por la demarcación de Carreteras, concedió la licencia de obras mediante la

oportuna resolución, que fue suscrita por la Sra. Secretaria, si bien esta hizo constar, como hacía habitualmente, que firmaba la licencia por orden expresa del Alcalde, ya que a su juicio era preceptivo el informe del aparejador municipal, que no existía como tal en el Ayuntamiento.

II.–En la misma fecha 27 de septiembre de 1996 Rodolfo hizo constar por escrito, en un oficio con membrete del Ayuntamiento de Corvera y con su sello estampado, que "Agustín ha satisfecho la cantidad de seiscientas doce mil pesetas por los tributos locales a que se refiere la Licencia de Obra adjunta", con referencia a la licencia antes mencionada, suscribiendo con su firma tal texto para crear la apariencia del pago de dichos tributos y conseguir así que no le pudieran ser reclamadas a DOMINGO las 612000 ptas.. que la Sra. Secretaria había liquidado como debidas por la licencia de obras, documento que unió al expediente administrativo sobre la licencia de obra. El Ayuntamiento de Corvera de Toranzo no ingresó esa suma porque Agustín nunca hizo dicho pago, ni tenía aprobada ni reconocida deuda alguna a favor de este por la construcción de un depuradora en el Barrio del Mesón de Borleña, que Domingo había instalado en terrenos de su propiedad para depurar las aguas del hotel y del mesón de su propiedad, de dos viviendas de su familia y de otras dos viviendas de unos vecinos, sin que se instruyese expediente administrativo alguno ni por el Ayuntamiento ni por la junta vecinal de Borleña sobre esa obra, de la cual y del terreno en que se encuentra Domingo no ha hecho cesión al Ayuntamiento de Corvera ni a la Junta Vecinal de Borleña. Los tributos devengados y no satisfechos por la concesión de la mencionada licencia y que el Ayuntamiento tenía que haber ingresado ascendían a 612000 ptas.. por el impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras y otras 612000 ptas.. por la tasa de Licencia urbanística, si bien en la concesión de licencia la Sra. Secretaría-Interventora sólo había liquidado por "licencia de obra" la suma de 612000 ptas.. correspondiente al impuesto». [sic] (ARP 2002\591)

SEGUNDO.- La sentencia (ARP 2002\591) de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos Rodolfo, cuyas circunstancias personales ya constan, como autor responsable de los siguientes delitos, sin concurrir circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a las penas que se indican:

A.– Por el delito de prevaricación urbanística ya definido, un año de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o miembro de corporación municipal u otro cargo de elección pública durante ocho años.

B.– Por los delitos de falsedad y fraude, ya definidos, en concurso medial, las penas de cuatro años y seis meses de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de quince meses con una cuota diaria de mil pesetas, e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o miembro de corporación municipal u otro cargo de elección pública durante cuatro años.

Además, el acusado indemnizará al Ayuntamiento de Corvera de Toranzo en la suma de 612000 ptas.., y abonará las costas causadas con inclusión de las correspondientes a la acusación particular». [sic] (ARP 2002\591)

TERCERO.- Notificada la sentencia (ARP 2002\591) a las partes, se preparó por Rodolfo recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

I.– Al amparo del art. 849, 1º, por infracción de Ley (LEG 1882\16), por aplicar indebidamente el tipo penal del art. 404 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) a los hechos probados, dada la ausencia de «Actuación arbitraria».

II.– Por la misma vía del art. 849, 1º LECrim por infracción de Ley, por la indebida aplicación del art. 404 del CP. debido a la inexistencia del elemento subjetivo del tipo, consistente en actuar «a sabiendas».

III.– Al amparo del art. 849, 1º, por infracción de Ley, por no aplicación del art. 14, 1, del CP. al no apreciar la sentencia (ARP 2002\591) en la actuación del procesado un supuesto de error de tipo que excluye la responsabilidad.

IV.– Por infracción de Ley, al amparo del art. 849, 1º LECrim por infracción del art. 14, 3, CP. al no apreciar la sentencia en la actuación del procesado el error de prohibición que excluiría su responsabilidad.

V.– Por infracción de Ley, al amparo del art. 849, 1º, LECrim por infringir la sentencia mediante su indebida aplicación el art. 390, 1, 4, del CP., relativo al delito de falsedad.

VI.– Por infracción de Ley, al amparo del art. 849, 1º, LECrim por infringir la sentencia, por su aplicación indebida, el art. 438 CP. relativo al delito de fraude.

VII.– Por error en la apreciación de la prueba con trascendencia al factum de la sentencia, error probado mediante documentos oficiales, literosuficientes, obrantes en autos demostrativos de la equivocación del juzgador sin estar contradichos por otros elementos probatorios.

VIII.– Por infracción de las garantía del art. 24, 1 y 2, de la Constitución (RCL 1978\2836), al amparo del art. 5º de la LOPJ (RCL 1985\1578, 2635) por violación del principio acusatorio y del derecho de defensa, al admitir la audiencia extender la acusación definitiva a hechos y delitos por los cuales no se solicitó la apertura del juicio oral.

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal considera que no procede la admisión de ninguno de los motivos propugnados, y la parte recurrida por escrito de 10 de abril de 2003 se aparta de la personación formulada en su día, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 23 de octubre de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, por delitos de Prevaricación, Falsedad documental y Fraude, estos dos últimos en relación de concurso medial, a las penas de un año de prisión y ocho años de inhabilitación especial, por el primero de ellos, y cuatro años y seis meses de prisión y multa, por el concurso que componen los otros dos, fundamenta su Recurso de Casación en ocho diferentes motivos que deben agruparse de la siguiente manera: a) en primer lugar, el relativo a una supuesta vulneración de derecho fundamental (motivo Octavo); b) a continuación, el que hace referencia a error en la valoración de las pruebas disponibles que alteraría la correcta narración de los hechos declarados como probados (motivo Séptimo); y c) por último, diferentes infracciones en la aplicación de preceptos sustantivos al relato de hechos contenido en la Resolución de instancia.

Refiriéndonos, por tanto, al primero de esos motivos, según el orden que acabamos de establecer, Octavo en el del Recurso, el mismo se plantea con base en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635) en relación con el 24.1 y 2 de la Constitución Española (RCL 1978\2836), por violación del principio acusatorio y del derecho de defensa, al haber admitido la Audiencia extender la acusación definitiva a hechos y delitos por los cuales no se solicitó la apertura del Juicio Oral.

Olvida el recurrente que la propia Ley procesal (LEG 1882\16) contempla la posibilidad, para el Procedimiento Abreviado como lo es el presente, que tras la modificación de las Conclusiones iniciales de las Acusaciones se conceda un plazo a la Defensa para que «...pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes» (art. 788.4 LECrim [LEG 1882\16]), con lo que no se está sino confirmando algo que resulta evidente, cual es que la verdadera determinación del objeto del proceso, en el ámbito penal, no se completa definitivamente hasta el trámite de Conclusiones definitivas, sin que se pueda atribuir, en ningún caso, al Auto de apertura del Juicio oral semejante eficacia.

Y acontece que, en el caso que nos ocupa, la Sala de instancia dio pleno y exacto cumplimiento a tal previsión legal, como se aprecia con la lectura del Acta del Juicio Oral.

No pudiendo afirmarse, en modo alguno, la violación del principio acusatorio, rector de nuestro sistema penal, toda vez que se produjo la oportuna acusación, al tiempo de dichas Conclusiones definitivas, en términos y con un alcance que posibilitan sin objeción el resultado condenatorio con el concreto contenido con el que se produjo.

Y otro tanto ha de decirse, así mismo, respecto del derecho de defensa que asiste al acusado, por cuanto, conocedor de los términos en los que se produjo la acusación, pudo previamente discutir la integridad de los hechos sobre los que la misma se apoyaba y acreditar a ese respecto lo que a su derecho interesase, ya que esos hechos fueron, todos ellos, objeto de debate en Juicio.

Prueba evidente del sólido criterio de la Audiencia en este punto es, no sólo el rechazo que manifestó a la pretensión de las Acusaciones de introducir nuevos elementos tendentes a la construcción de una supuesta continuidad delictiva para el delito de prevaricación, sino también la correcta argumentación que en el Fundamento Jurídico Primero de su Sentencia (ARP 2002\591) ofrece para justificar el por qué admite una Acusación que se basa en hechos ya debatidos, en tanto que rechaza otra precisamente porque supone una introducción extemporánea de nuevos contenidos fácticos.

Razones las anteriores por las que el motivo ha de desestimarse.

SEGUNDO.- El ordinal Séptimo de los motivos del Recurso, como ya dijimos, se apoya en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), refiriéndose a error trascendente en la valoración de la prueba según se aprecia a partir del examen de documentos literosuficientes obrantes en Autos y no contradichos por otros elementos probatorios, demostrativos de la equivocación del Juzgador «a quo». Con cita, a ese respecto, de catorce diferentes documentos.

Y es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SSTS de 23 de junio [RJ 1997\5130] y 3 de octubre de 1997 [RJ 1997\6970] [RJ 1997\6997], [RJ 1997\6998], [RJ 1997\7000] y [RJ 1997\7169], por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser «literosuficiente», es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 [RJ 1997\6007] y 18 de julio de 1997 [RJ 1997\6238], por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy «documentada» que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero «documento» a estos efectos casacionales (SSTS de 23 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10322] y 24 de enero de 1997 [RJ 1997\329], entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS de 15 de junio [RJ 2001\7358] y 24 de septiembre de 2001 [RJ 2001\7862]).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, ya que los Jueces «a quibus» analizaron exhaustivamente todo ese acopio documental que ahora cita el recurrente y llegaron a su convicción a partir de otros medios probatorios de los que dispusieron y con razonamientos tan lógicos como los de considerar: a) que las irregularidades que pudieran producirse en otros supuestos en el cobro de impuestos municipales nunca podrían servir de justificación de la ilegalidad de la conducta que aquí nos ocupa, lo que igualmente se produce respecto del pago por compensación del tributo, acerca del cual el Tribunal de instancia fundamenta con acierto las razones por las que se considera ilegal; b) que la propia Secretaria del Ayuntamiento declaró ante el Tribunal dando cumplida explicación del significado de la frase «por orden del Alcalde» que expresamente introdujo en la documentación municipal; c) que el carácter de suelo urbano de la parcela de Autos se contradice con la constancia de la carencia de servicios como el de evacuación de aguas residuales y fecales o del resto de saneamiento, imprescindibles según la norma vigente en aquel lugar y momento, de acuerdo también con el contenido del Informe Urbanístico del Colegio Oficial de Arquitectos aportado; d) que las normas subsidiarias del Plan no fueron en realidad publicadas con los requisitos legales necesarios para adquirir verdadera eficacia y amparar, por tanto, la conducta del recurrente; etc.

Por consiguiente, el motivo debe también desestimarse.

TERCERO.- Los restantes motivos, del Primero al Sexto, aluden a diversas infracciones en la aplicación de las normas sustantivas a los Hechos declarados como probados llevada a cabo por el Tribunal «a quo», con mención, en todos ellos, del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16).

Semejante cauce casacional, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia con exclusividad.

En tal sentido, es clara la improcedencia de esos motivos, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar todas las conclusiones, aplicaciones y exclusiones legales, que se combaten.

Tales pronunciamientos, cuya incorrección se denuncia por el recurrente, se referirían a los siguientes extremos:

A) la indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), en lo que se refiere a los requisitos de la «actuación arbitraria» (motivo Primero) del autor del delito de Prevaricación y a que su conducta se llevase a cabo «a sabiendas» de la injusticia de su resolución (motivo Segundo).

A este respecto, hay que comenzar recordando, como hace el Fiscal en su escrito de impugnación del Recurso, que la Sentencia recurrida no condena con base en el artículo cuya indebida aplicación se denuncia, sino por el 320.1 del Código Penal, que tipifica una figura especial de la prevaricación, cuya previsión independiente se justifica precisamente por las características que le separan del referido artículo 404 y que, esencialmente, es, en primer lugar, la de la especialidad de la materia a la que se refiere, que no es otra que la de la información favorable o concesión de licencias urbanísticas.

En estos casos, se acotan y objetivan aún más los requisitos que han de concurrir en la ilicitud de la conducta, cuales son los relativos a la contravención de las normas urbanísticas vigentes y no ya la más vaga referencia del artículo 404 a una genérica «arbitrariedad» de la actuación, que siempre requiere un superior esfuerzo valorativo de parte del Juzgador y que ha conducido al empleo, por esta Sala, de expresiones, más o menos afortunadas, que ponen de relieve el rigor de las exigencias necesarias para la correcta subsunción de la conducta en el tipo de la prevaricación, lo que se concreta en

la constatación de que la aplicación del derecho realizada por el inculpado no pueda ser sostenible con ninguno de los criterios interpretativos de las Leyes admitidas en la práctica.

Esa contraposición entre la decisión que adoptó el recurrente y la normativa en materia de urbanismo, que en ningún caso precisa ser acompañada de ánimo de lucro alguno, es puesta de relieve en la narración de hechos contenidos en la Resolución (ARP 2002\591) de instancia con la suficiente descripción, máxime si acudimos al Fundamento Jurídico Séptimo que, complementando la anterior, especifica la legislación incumplida, tal como la Ley del Suelo (RCL 1992\1468 y RCL 1993, 485) (art. 16.3), Ley autonómica de Cantabria (RCL 1994\3114 y LCTB 1994\76) (arts. 12.2 y 14), Ley de Carreteras (RCL 1988\1655, 2268), Ordenanza NU-1, y Normas Subsidiarias del municipio de Corvera de Toranzo, en lo que a la regulación de los requisitos necesarios para las licencias referentes a fincas sitas en suelo no urbanizable se refieren, y que, a su vez, se remitían a los arts. 85 y 86 de la Ley del Suelo (RCL 1976\1192) vigente en aquel momento, por lo que, del respeto a ese relato, se desprende la improsperabilidad del motivo Primero.

Lo mismo que acontece con el Segundo, ya que la expresión «a sabiendas», como elemento integrante del delito objeto de condena, es expresamente incluida en el sentido de los Hechos declarados probados cuando, entre otras cosas, categóricamente, dicen que el acusado «...pese a conocerque en realidad lo construido era un edificio de nueva planta en suelo no urbanizable, que la concesión de la licencia de obras precisaba la previa autorización por la Comisión Regional de Urbanismo, y que incumplía la autorización en su día concedida por la demarcación de Carreteras, concedió la licencia de obras mediante la oportuna resolución...» (ARP 2002\591)

Mientras que, de nuevo, en el Fundamento Jurídico Séptimo se confirma, con clara vocación fáctica, esa convicción cuando afirma que «Este Tribunal considera que el acusado concedió aquella licencia con plena conciencia de que no se ajustaba a derecho y que con ello legalizaba una construcción a todas luces ilegal...» (ARP 2002\591) etc.

La propia conducta del recurrente, insistiendo en conocer la opinión de expertos en la materia que, en ningún momento, avalaron con sus informes la licitud de la concesión, evidencia su falta de convencimiento en la ortodoxia de su decisión y, por ende, el conocimiento de que su conducta no se ajustaba a Derecho

B) la indebida inaplicación del artículo 14.1º y 3º del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), por no haberse apreciado en la conducta del recurrente el error alegado por la Defensa (motivos Tercero y Cuarto).

De nuevo estos motivos chocan frontalmente con el contenido de la narración histórica de la resolución (ARP 2002\591) de la Audiencia que, como acabamos de ver, es contundente en la afirmación de que el recurrente conocía la ilicitud de su conducta, como además se confirma con la negativa a considerar este supuesto legal, de acuerdo con lo correctamente razonado en el Fundamento Jurídico Tercero por los Jueces «a quibus».

Alegaciones acerca del supuesto error padecido por el acusado que, de otro lado, son de todo punto incompatibles con el delito por el que fue condenado, en tanto que éste exige el pleno conocimiento de la ilegalidad cometida («a sabiendas»). De manera que, de su apreciación, no se seguiría la aplicación del precepto mencionado (art. 14 CP) sino, sin más, la absolución por inexistencia del delito.

C) la indebida aplicación del artículo 390.1 4º del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), que tipifica el delito de Falsedad documental cometido por funcionario público (motivo Quinto).

Nuevamente el Recurso excede aquí de los límites del cauce casacional empleado, pretendiendo, en realidad, una corrección del relato de Hechos (ARP 2002\591), puesto que éste es del todo claro, expresivo y sobradamente bastante para soportar la calificación relativa a la Falsedad documental al referir cómo el recurrente hizo constar por escrito, en un oficio con sello y membrete oficiales, que el destinatario de la licencia antes irregularmente concedida, había satisfecho los tributos locales correspondientes a aquella, lo que no era en absoluto cierto.

El recurrente pretende justificar esa constatación documental en el hecho de que lo realmente acontecido era que, en lugar del pago efectivo del tributo, se había producido una compensación por ciertas obras de utilidad pública realizadas por el obligado a su pago. Extremo que, a criterio de la Audiencia, en su función de valoración de la prueba razonadamente fundada, no ha resultado suficientemente acreditado.

Por lo que la no correspondencia de lo certificado con la realidad de lo consignado documentalmente, es decir, el pago del tributo, es base fáctica plenamente ajustada al delito de Falsedad objeto de condena.

D) la indebida aplicación del artículo 438 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), que describe el delito de Fraude, cometido por funcionario público con abuso de su cargo (motivo Sexto).

Por último, la ausencia de ingreso en las arcas municipales del ya referido tributo, también reseñada en los Hechos Probados (ARP 2002\591), con el correspondiente perjuicio para la Administración municipal, constituye, en efecto, el delito de fraude cometido por autoridad o funcionario público, con abuso de su cargo, en este caso en beneficio de tercero, el contribuyente que no lo pagó, previsto y penado en el artículo cuya aplicación se cuestiona, pero que es plenamente acorde con la referida narración fáctica, en la que se incluye la causación de engaño bastante, por medio de la apariencia generada con el documento falseado que acreditaba el abono no realizado.

Por consiguiente, el obvio destino desestimatorio de estos seis primeros motivos del Recurso, junto con el ya adelantado respecto de los dos últimos, acarrea lógicamente la desestimación de éste en su integridad.

CUARTO.- A la vista de la conclusión desestimatoria del presente Recurso y de acuerdo con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), deben serle impuestas al recurrente las costas ocasionadas.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Rodolfo contra la Sentencia dictada contra él por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cantabria, en fecha de 24 de junio de 2002 (ARP 2002\591), por delitos de Prevaricación, Falsedad documental y Fraude.

Se imponen al recurrente las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Enrique Bacigalupo Zapater D. José Manuel Maza Martín D. Enrique Abad Fernández

PUBLICACIÓN.– Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Manuel Maza Martín, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Sentencia Tribunal Supremo núm 1463/1998 (Sala de lo Penal), de 24 noviembre
Ponente: Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por **José Luis G. T.** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, que le condenó por delito de prevaricación, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, siendo también partes el Ministerio Fiscal y como recurrida la Sociedad Ornitológica Lanius, estando dicho recurrente representado por el Procurador señor del Olmo Pastor, y dicha parte recurrida por el Procurador señor Pulgar Arroyo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Bilbao incoó Diligencias Previas con el número 9/1996 contra **José Luis G. T.** y, una vez conclusas, las remitió a la Audiencia Provincial de la citada capital que, con fecha 27 noviembre 1997 dictó Sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS:

I.-«José Luis G. T., mayor de edad y sin antecedentes penales, Diputado Foral del Departamento de Agricultura, Pesca y Espacios Naturales de la Diputación Foral de Vizcaya dictó el 27 enero 1995 la Orden Foral número 73/1995 (Boletín Oficial de Vizcaya de 1 de febrero de 1995) por la que se autorizaba para la temporada cinegética 1994-1995 la caza de la paloma torcaz en la modalidad de "contrapasa" durante el período comprendido entre su entrada en vigor -al día siguiente de su publicación- y el último domingo de marzo; el acusado dictó la mencionada Orden Foral basándose en el artículo 9 de la Directiva Europea 79/409, de 2 abril 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres pese a ser plenamente consciente que con ello contravenía el artículo 34, párrafo 3.º de la Ley 4/1989, de 27 marzo, de la Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres y el artículo 4.1 y 2 del Real Decreto 1095/1989, de 8 septiembre que desarrolla la anterior, sobre declaración de especies que pueden ser objeto de caza y pesca y normas para su protección. Esta Orden Foral fue dejada sin efecto por el acusado mediante otra posterior, número 857/1995, de 9 marzo (Boletín Oficial de Vizcaya de 17 de marzo de 1995) que entró en vigor al día siguiente de su publicación; allanándose a continuación la representación de la Diputación Foral de Vizcaya en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Sociedad Ornitológica Lanius contra aquélla. II.-El acusado reproducía con esta actuación, comportamientos idénticos a los por él mismo observados con anterioridad: así en el año 1994 dictó la Orden Foral número 803/1994, de 17 febrero con un contenido similar a la número 73/1995 que fue recurrida ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, declarándola nula por Sentencia 732/1994, de 8 noviembre, y en el año 1992 dictó la Orden Foral número 20/1992, de 17 enero, que también autorizaba la caza en su modalidad de contrapasa, publicada en el Boletín Oficial de Vizcaya el 20 de enero de

1992 y que la propia Administración Foral declaró nula de pleno Derecho por entender que vulneraba la Ley 4/1989, de 27 marzo de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre así como el Real Decreto 1095/1989, de 8 septiembre».

SEGUNDO.-La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS:

«Que debemos condenar y condenamos al acusado José Luis G. T. como autor responsable del delito de prevaricación ya descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años de inhabilitación especial y al abono de costas, incluidas las de la acusación particular».

TERCERO.-Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley por el inculpado, José Luis G. T., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.-El recurso interpuesto se basa en los siguientes motivos:

I.-Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim, denuncia violación, por indebida aplicación del artículo 358.1.º del Código Penal.

II.-Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim en relación con la disposición transitoria 9.ª, apartado b) de la LO 10/1995, de 23 noviembre del CP, por aplicación incorrecta del actual artículo 404 CP que ha venido a sustituir al antiguo artículo 358 del Código Penal de 1993.

III.-Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim, por falta de aplicación de los artículos 36.2 CP en relación con los artículos 23 y 81 del mismo Cuerpo Legal de 1973, en relación con los actuales artículos 42 CP en relación con los artículos 32 y demás relacionados del vigente Código Penal de 1995.

IV.-Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del artículo 24 CE, en cuanto en él se recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y del artículo 14 CE que consagra el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos.

V.-Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 LECrim por haberse negado el Tribunal a que se practicase la prueba documental propuesta por esta representación y se unieran a las actuaciones los testimonios de determinadas diligencias previas y del auto de sobreseimiento con el que concluyeron las mismas.

QUINTO.-Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal impugnó todos los motivos, salvo el tercero, que apoyó. La Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.-Hecho el señalamiento, se celebró la vista el día 17 de noviembre. Mantuvo el recurso el Letrado recurrente, don Enrique Olaran Bartolomé, informando en apoyo de su escrito de formalización y solicitando se dicte sentencia de acuerdo con sus pedimentos. El Letrado recurrido, don Koldo Menika Landabaso, por la sociedad Ornitológica, impugnó el recurso, solicitando la confirmación de la sentencia por ser ajustada a Derecho. El Ministerio Fiscal apoyó el tercero de los motivos del recurso, impugnando el resto de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acusado, José Luis G. T., Diputado Foral del Departamento de Agricultura, Pesca y Parques Naturales de la Diputación Foral de Vizcaya, ha sido condenado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya en su Sentencia 132/1997, de 27 noviembre, como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 358 del Código Penal de 1973 (RCL 1973\2255 y NDL 5670), vigente en la fecha de comisión, a la pena de ocho años de inhabilitación especial.

Impugna ahora el acusado, a través de su representación y defensa, dicha condena con un recurso de casación conformado en cuatro motivos de infracción de ley o precepto constitucional, y el último, de quebrantamiento de forma.

Salvo el motivo tercero, que apoya, todos son impugnados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, Sociedad Ornitológica Lanius.

No tan sólo por razones metodológicas, sino por propio mandato legal -artículos 901, 901 bis, a), 901 bis, b) y 902 LECrim- debe examinarse con carácter previo el motivo quinto, de quebrantamiento de forma. En caso de que fuere desestimado, se examinaría el motivo cuarto, que aduce vulneración de precepto constitucional y, por último y en su orden, los tres motivos primeros de infracción de Ley Penal.

SEGUNDO.- El antepuesto motivo quinto se ampara en el número 1.º del artículo 850 LECrim, por negarse el Tribunal de instancia a que se practicase la prueba documental propuesta por la defensa y asimismo a que se unieran a las actuaciones testimonios de determinadas diligencias y del auto de sobreseimiento de las mismas.

Se dice en el desarrollo del motivo que en el acto del juicio cuando se pretendió unir a las actuaciones el testimonio íntegro de las Previas 598/1995 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Sebastián y del Auto de 3 diciembre 1996 de su conclusión por sobreseimiento, no fue autorizado por el Tribunal de instancia. El motivo aparece como subsidiario del cuarto, entendiendo que al no haberse vulnerado los derechos fundamentales de igualdad y tutela judicial efectiva, sí se denegaron diligencias de prueba previstas en el artículo 793 de la Ordenanza Procesal Penal.

La Sala lo denegó exclusivamente por no ser de interés, pese a ser los hechos denunciados, exactamente iguales, idénticos, formulándose la oportuna protesta.

Con independencia de que tal pretendida probanza no fue postulada en su momento procesal de la calificación, se trataba de un medio de prueba totalmente innecesario, porque tal prueba nada podría aportar. La defensa del acusado pudo solicitar, en su momento las diligencias probatorias practicadas en el Juzgado de Instrucción de San Sebastián, pero como con notorio acierto ha señalado el Ministerio Fiscal, si lo pretendido por la defensa y ahora en el motivo es, que siendo iguales los hechos de las Previas 598/1995 y los de esta causa el resultado judicial es distinto, tampoco presenta mayor trascendencia. Las diligencias previas de San Sebastián fueron sobreseídas provisionalmente y ello comporta la posibilidad de reapertura de la investigación por tales hechos hasta el momento de la prescripción del presunto delito.

Tratándose de un procedimiento abreviado en cuanto a la práctica de la prueba y al no haberse modificado el texto, debe estarse a las reglas del procedimiento ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Al no estar comprendida la prueba pretendida en las excepciones de los artículos 728 a 730 LECrim estuvo bien denegada la prueba. Mas, en cualquier caso, la irrelevancia de tal documental era patente. Se nos dice que se trata de hechos idénticos, pero en modo alguno se ha acreditado, que se realizara en dos ocasiones diferentes y sucesivas el dejar sin efecto la Orden Foral y allanarse en un juicio contencioso-administrativo posterior y volver después en una campaña sucesiva a anular de nuevo tal Orden Foral.

TERCERO.- Igual suerte desestimatoria debe correr el motivo precedente, cuarto, que repite tal argumentación desde el punto de vista de los derechos fundamentales, derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la igualdad.

Esta Sala ha tenido la paciencia de leer el motivo y las denuncias en ambos procedimientos y tienen en común el referirse a la modalidad de la caza de la paloma torcaz («columba palumbus») durante el trayecto de regreso a los lugares de cría, conocida vulgarmente como caza en contrapasa, pero mientras en el supuesto traído a la censura casacional, en 1994 la Administración se allanó a la demanda contencioso-administrativa, y en 1995 vuelve a dejarse sin efecto la Orden Foral posterior que dejó sin efecto la precedente, la conducta del otro denunciado no es igual a la del hoy recurrente, al faltar estos extremos concretados.

Como ha señalado el principal intérprete de nuestro Texto Fundamental, dos son las condiciones que deben cumplirse para poder apreciar la existencia de discriminación en la aplicación de la ley: identidad de supuestos y aplicación desigual sin causa razonable -Sentencias 181/1987, de 13 noviembre (RTC 1987\181) y 115/1989, de 22 junio (RTC 1989\115)-. Aquí no existe identidad de supuestos y, por otra parte, como ya se dijo, la resolución de sobreseimiento provisional, no consta que haya sido impugnada por una acusación constituida por ello en parte procesal y la resolución dictada es, como su propio nombre señala, provisional y sigue por ello la pendencia de un procedimiento posterior.

En todo caso, esta Sala de casación tiene declarado que la posible impunidad de algunos culpables no supone que, en virtud del principio de igualdad, haya de declararse la

impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos, ya que cada cual responde de su propia conducta ilícita, con independencia de lo que ocurra con otros, y sin que la posible impunidad de algunas personas ajenas a la litis suponga la no culpabilidad del implicado y juzgado -Sentencias de 1 junio 1987 (RJ 1987\4063) y 25 septiembre 1989 (RJ 1989\6785)- al igual que el mismo principio no implica que la impunidad de algunos hechos lleve a la de los demás -Sentencias de 19 septiembre 1988 y 17 abril y 10 noviembre 1989 (RJ 1989\3364 y RJ 1989\8609)-.

Como ha señalado la reciente Sentencia 1160/1997, de 23 septiembre (RJ 1997\6661), recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, para que se dé una vulneración del principio de igualdad en la aplicación jurídica de la ley es preciso que concurran, al menos, tres requisitos: que las resoluciones contradictorias provengan del mismo órgano judicial, que los supuestos en ella resueltos guarden, entre sí, una identidad sustancial y, por último, que la resolución en que se produce un cambio, a fin de excluir tanto la arbitrariedad como la inadvertencia de los justificables y ello se manifiesta en la Sentencia 266/1994, de 3 octubre (RTC 1994\266). Pero además, como señaló la Resolución de esta Sala 2425/1993, de 26 octubre (RJ 1993\7962) «esta Sala ni puede ni debe entrar a valorar otras conductas que las que fueron objeto de enjuiciamiento y después de condena. Si una persona no es acusada, no puede abrirse, respecto de ella, el juicio oral ni, obviamente, puede ser condenada. El principio de proscripción de toda indefensión, proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), del que es consecuencia el principio acusatorio, lo impide. Nada tiene que ver, a este respecto, el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. No dándose el presupuesto absolutamente inexcusable de la acusación, no puede ser implicada una persona en un proceso penal.

Si se estima que existen otra u otras intervenciones en el hecho penal, está abierta la denuncia y la querella y, frente a las decisiones que el órgano judicial adopte, si se estiman no ajustadas a Derecho, caben los correspondientes recursos. Lo que no es hacedero es alegar que, como se estima que otra u otras personas fueron o pudieron ser partícipes del hecho penal, se absuelva a aquél de quien se acredita que efectivamente lo es. El Tribunal Constitucional y esta Sala, en doctrina constante y reiterada, así lo han manifestado. El hecho de no ser acusadas una o varias personas en un hecho que reviste caracteres de delito, no conlleva la absolución de los debidamente acusados. Lo que ha de hacerse es perseguir aquéllos y condenarles, si hubiera lugar».

Otro tanto acontece desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, pues esta Sala por mucha buena voluntad que pone -ante el silencio del motivo- no entiende en qué puede verse afectado por la negación de una prueba ineficaz e irrelevante. Por ello, por mucho énfasis que se ponga y por mucha cita del artículo 24.1 de la Constitución Española, no ha podido producir nunca indefensión tal negativa por su irrelevancia.

CUARTO.- El motivo primero, y los dos siguientes, se acogen a la vía procesal del número 1.º del artículo 849 LECrim y el primero denuncia la indebida aplicación del artículo 358.1 del Código Penal de 1973. El motivo reconoce la ilicitud, pero estima que no es punible y no constituye prevaricación. Incluso se llega a decir en la vista del

recurso que fue una resolución inocua para los temas generales, que la Orden Foral atendió las peticiones de un colectivo de cazadores y que no aparecen delimitados los ámbitos competenciales entre la Diputación, el Gobierno Vasco y el del Estado, que la modalidad de la contrapasa está autorizada en algunas regiones y, finalmente que esta modalidad cinegética elimina una pequeña parte, mínima de las aves.

El motivo debe perecer. Dicha tipicidad no exige un perjuicio para los intereses de la causa pública, ni de los administrados. El precepto penal tan sólo exige que el funcionario público dicte a sabiendas una resolución injusta en asunto administrativo.

Concurre la cualidad de funcionario público en el acusado, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 del mismo Código Penal, el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas. Pero se trata de un funcionario público con facultad de dictar resoluciones y esta Sala ha entendido por resolución, a efectos del artículo 358 del citado Texto Punitivo, cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados, como señaló la Sentencia de este Tribunal de 26 febrero 1992 (RJ 1992\1355) , o sea cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral -Sentencia 346/1994, de 21 febrero (RJ 1994\1552)-.

La resolución ha de ser además y, sobre todo, injusta, tal injusticia ha de ser clara y manifiesta, pues si existiera duda alguna razonable desaparecería el aspecto penal de la implicación y quedaría reducida a una cuestión de mera ilegalidad que se depuraría por los correspondientes procedimientos administrativos y contencioso-administrativos -Sentencias de 26 febrero y 10 abril 1992 (RJ 1992\2954), 1310/1995, de 28 diciembre (RJ 1995\9924) y 134/1996, de 16 febrero (RJ 1996\882)-.

Ha recogido al respecto la Sentencia 61/1998, de 27 enero (RJ 1998\98) que «como señalan las Sentencias de 20 abril 1995 (número 575/1995) (RJ 1995\3898), de 1 abril 1996 (número 171/1996) (RJ 1996\3759) y de 23 abril 1997 (número 539/1997) (RJ 1997\3262), entre otras muchas, el delito de prevaricación sancionado en el artículo 358.1.º del anterior Código Penal exigía como requisito esencial el dictado de una resolución injusta en asunto administrativo, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, siendo constante la doctrina de esta Sala al determinar que la "injusticia" de la resolución no se identifica con su ilegalidad, es decir con el dato de que la resolución no sea conforme a Derecho -lo que podría conllevar su anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no exige su criminalización- sino que el concepto de resolución injusta queda limitado a aquellas resoluciones que, de modo flagrante y clamoroso desbordan la legalidad vigente (SSTS Sala 2.ª de 17 mayo 1992 [RJ 1992\4318] o 20 abril 1995).

En definitiva, la simple discordancia de la resolución con la normativa reguladora de la cuestión administrativa que resuelve, tanto en el ámbito competencial, como en el procedimental o en el de fondo, no transmuta automáticamente en delictiva la actuación del funcionario o autoridad que la dicte, lo que vaciaría de contenido la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que este elemento normativo del tipo únicamente

concurre cuando la contradicción con el ordenamiento jurídico es patente, notoria e incuestionable, apartándose la resolución dictada de la legalmente procedente, de una manera tan palmaria y llamativa, que no puede sostenerse racionalmente como plausible la decisión adoptada».

Tales exigencias de tipicidad concurren en este caso. El acusado es funcionario público en el sentido del artículo 119 del Texto Penal de 1973, con facultades de dictar resoluciones y ha dictado resoluciones administrativas a sabiendas de su clamorosa ilegalidad e injusticia, a sabiendas y con plena conciencia y voluntad. Las tres Ordenes Forales infringían, como reconoció el propio acusado, la Ley 4/1989, de 27 marzo (RCL 1989\660), de la Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre en su artículo 34.3 y el Real Decreto 1095/1989, de 8 septiembre (RCL 1989\2007) en su artículo 4.1 y 2 de desarrollo de la anterior normativa. Asimismo, la Directiva de la Comunidad Europea 79/409, de 2 abril 1979 (LCEur 1979\135) en su artículo 7 impone a los Estados miembros el deber de que no sean cazados los animales de caza en la época de reproducción, ni durante el regreso al lugar de nidificación y las excepciones para proteger otros intereses, cultivos, ganado, bosques, pesca, aguas, flora y fauna, corresponde a los Estados y no a las Comunidades Autónomas y menos aún a una Diputación, mera institución provincial a estos efectos. Mas no sólo se deduce tal ilegalidad, sino la injusticia que la Sala «a quo» califica de grosera infracción del ordenamiento jurídico, por lo que no era órgano competente para establecer las consignadas excepciones. Pero, además, concurre con claridad y sin duda el elemento subjetivo de dictar la resolución injusta en asunto administrativo a sabiendas de la ilegalidad e injusticia de la resolución, porque había dictado con anterioridad otra Orden Foral, la 803/1994, declarada nula de pleno Derecho por la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente, en la que se había allanado la representación de la Diputación Foral y en el año 1992 también hizo otro tanto y se declaró la nulidad de pleno Derecho.

Existe, como dice la modélica sentencia de instancia, una conciencia y voluntad del acusado de dictar una resolución sin ser competente y además con ilegalidad manifiesta y conocida.

El motivo debe perecer por ello.

QUINTO.- Igual desestimación debe merecer el motivo segundo del recurso, acogido a igual vía casacional, que estima una aplicación incorrecta del artículo 404 del Código Penal vigente de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777) que ha venido a sustituir el artículo 358 de 1973.

Entiende el motivo que no se aprecia la arbitrariedad por parte del acusado. El motivo debió merecer en anterior trámite la inadmisión y ahora su desestimación por carencia de fundamento y razón. Es imposible estimar una violación de un precepto penal por su incorrecta aplicación cuando no se ha aplicado, precisamente conforme a la transitoria novena b) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre.

Mas aunque se solicitase tal aplicación, tampoco podría prosperar el motivo. El nuevo Código ha sustituido el carácter de injusta de la resolución, por el de arbitraria, pero se trata de términos semejantes. Por arbitrario debe entenderse, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, equivalente a proceder con arbitrariedad o la incluye y arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado sólo por voluntad o capricho. Pero si no nos detenemos en la mera hermenéutica gramatical y atendemos al sentido jurídico, arbitrario es lo contrario a derecho y realizado sin justificación alguna, con lo cual se está definiendo la conducta del recurrente.

El motivo debe perecer por ello.

SEXTO.- El motivo tercero, también por la vía del número 1.º del artículo 849 LECrim, denuncia la falta de aplicación de los artículos 36.2 del Código Penal, en relación con los artículos 23 y 81 del mismo Texto Legal de 1973, en relación con los artículos 32 y demás concordantes del Texto de 1995.

En sustancia, la inhabilitación especial de empleo o cargo público habrá de especificar a qué cargos y honores ha de recaer.

Resulta extraño que una modélica resolución haya inadvertido tal lunar de no señalar a que se refiere, ya que se limita a condenar a la pena de ocho años de inhabilitación especial.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal debe ser acogido. Como destacó la Sentencia de 17 febrero 1992 (RJ 1992\1189), «el artículo 36 del Código Penal (de 1973) la inhabilitación especial para cargo público producirá los efectos siguientes: 1) La privación del cargo o empleo sobre el que recayere y de los honores anejos a él. 2) La incapacidad de obtener otros durante el tiempo de la condena». Reiteran tal doctrina las Sentencias 2017/1993, de 18 octubre (RJ 1993\7535) y 2095/1993, de 27 septiembre (RJ 1993\6999), que señalan que la Audiencia debería haber precisado el cargo o cargos que ha de comprender la inhabilitación especial que impuso, exigiendo las Sentencias 230/1996, de 14 marzo (RJ 1996\2459), la necesidad de concreción y la más reciente 448/1998, de 30 marzo (RJ 1998\2977), aludiendo al principio de legalidad, ya con referencia al nuevo Código Penal.

Con mejor precisión el actual artículo 42 del Código vigente de 1995 señala que «la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos» y añade a continuación: «Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena», añadiendo, asimismo, que «en la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación».

El motivo debe ser acogido y ello obliga a dictar una nueva sentencia.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: **Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación** por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por **José Luis G. T.**, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, con fecha 27 noviembre 1997, en causa seguida al mismo, por delito de prevaricación, estimando el motivo tercero, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por dicha Audiencia.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que remitió en su día, interesando acuse de recibo.

Así, por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1705/2001 (Sala de lo Penal), de 29 septiembre Recurso de Casación núm. 604/2000.

En la Villa de Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil uno.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el núm. 604/2000, interpuesto por el Ministerio Fiscal contraa la Sentencia dictada, el 9 de diciembre de 19)9 (ARP 1999\5418), por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa dimanante de las diligencias previas núm. 227/1996 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Mollet del Vallés, que absolvió a Joan G. R.- Jordi S. P. y Manuel A. R., del delito continuado contra la salud pública y el medio ambiente de que se les acusaba, habiendo sido partes en el presente procedimiento el Excmo. Sr. Fiscal como recurrente, y loS acusados, como recurridos, representados por la Procurador señora M. C., han dictado Sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo Ponéncia de don José Jiménez Villarejo, que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Mollet del Vallés incoó causa dimanante de las diligencias previas núm. 227/1996 en el que la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, tras celebrar juicio oral y público, dictó Sentencia el 9 de diciembre de 1999 (ARP 1999\5418), que absolvió a Joan G. R., Jordi S. P. y Manuel A. R., del delito continuado contra la salud pública y el medio ambiente de que se les acusaba.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «En virtud de un documento firmado en fecha 21 de septiembre de 1984 los promotores de la urbanización “Sant Fost Residencial” situada en el término municipal de Sant Fost de Campsentelles, los señores Antonio M. R. y José V. C., cedieron al Ayuntamiento de la localidad, entre otras porciones de terreno, la depuradora de aguas residuales que se hallaba en la finca llamada Can Teyá, juntamente con este solar y todas las instalaciones que pertenecieran a la citada planta y estableciéndose una servidumbre de paso en su favor los citados promotores para su mantenimiento. Representando al citado Ayuntamiento firmó el documento el alcalde de la localidad en aquellas fechas, el señor Antonio F. C. El día 5 de julio de 1993 el pleno del ayuntamiento de la mentada localidad aprobó la documentación presentada por los promotores de la urbanización mencionada referente al convenio de cesión definitiva de los terrenos y entrega de los servicios públicos al Ayuntamiento de Sant Fost de Campsentelees. Elevándose a escritura pública la referida cesión por medio de documento otorgado ante el Notario de Mollet del Vallés señor don Esteban C. H. en fecha 17 de noviembre de 1993. En el mes de abril de 1994 las aguas residuales domésticas de la citada urbanización que transcurrían por el colector que corre paralelo a la riera de Can Teyá, eran vertidas al mencionado cauce público, el cual desemboca en el río Besós, no funcionando la conexión del primero con la depuradora antes señalada situada junta a la riera ni

existiendo conexión con el colector general de la Junta de Sanejament, situado a unos mil metros de distancia, depuradora que en aquellas fechas se hallaba desmantelada y en estado de abandono. Concretamente las aguas residuales discurrían por el colector hasta la arqueta de entrada a la depuradora, desde la cual eran desviadas por una corta canalización que las vertía en plena riera. Las aguas de la riera a fecha de 12 de abril de 1994 presentaban a simple vista un estado nítido y transparente en el transcurso del cauce anterior al puntn de incorporaCión al mismo del vertido. Por el contrario, a partir de dicha localización el agua de la riera adquiría una tonalidad blanquecina y desprendía Olor a cloaca, habiendo causado ello la desaparición‘de la flora y fauna del citado tramo del curso fluvial. En la fecha reseñada el caudal de la riera era inferior al del vertido. El día 23 de marzo de 1995, sobre las 16 h/ras 20 -inutos, se pr/cedió por parte de miembros de la policía judicia, (Mossos d#Esquadra con carnets profesionales núm. ... y ...) a la toma de muestras de las aguas residuales de la urbanizabión la riera de Can Teyá, mueStras tomadas todas ellas siendo el caudal aœroximado del líquido rertido en presentando las aguas que se vertían un color grisáceo. Todas las muestras se tomaron en presenaia y Joaqu-n P. E. abiéndose tomado Cuatro muestras en botellas de cristal de un litro de capacidad que se etiquetaron comoðA-1, y tres muestras en botellas de plástico estériles de un litro y medio de capacidad, etiquetadas como A-2. Todas ellas se etiquetaron y precintaron, y guardaron en una nevera, en presencia dd los indicados testigos, siendo remitidos dos ejemplares de la A-1 y uno de la A-2 a la “Societat General de Aigües de Barcelona”, y un ejemplar de la A-1 x otro su análisis. Así cmmo se entregaron personalmente ese mismo día una muestra de cada tipo al Ayuntamiento de la localidad de Rant Fost de Campsentelles, concretamente al jefe de l! Policía Local. Los resultados %n relación ² sustancias de carácter contaminante arrnjados a raíz de los análisis a que fueron sometidas las muestras mencionadas fueron los siguientes: a) Análisis efectuados por el Instituto Nacional de Toxico,ogía sobre las euestras antes referidas: Demanda química de oxígeno 660 mg 02/l. Grasas 181 mg/l. Materia en suspensió. 700 mg/l. Residuo seco 1332 mg/l. Detergentes aniónicos (expresados en mg/l de lauril sulfato sódico) 14,4. Amonio (total) 100 mg/l. Amoníaco (a temperatura de 15ºc) 0,83 mg/l. b) Análisis efectuados por la “Societat General de Aigües de Barcelona” sobre las muestras citadas presentadas en fecha 24 de marzo de 1995: Materia en suspensión 326 mg/l. Demanda bioquímica de oxígeno 740 mg 02/l. Demanda química de oxígeno 1120 mg. 02/l. Amoniaco 54 mg NH 3/l. Detergentes aniónicos 4,8 mg LSS/l. Los titulares de la depuradora carecían para la realización de los vertidos de aguas residuales domésticas de la oportuna autorización administrativa. Desde el día 5 de julio de 1993 y hasta el 28 de mayo de 1995 desempeñó el cargo de alcalde del citado municipio el acusado Joan G. R., mayor de edad y sin antecedentes penales. Actuó en el citado Consistorio como regidor de Servicios, desde el mes de julio de 1993 y hasta el mes de mayo de 1995, el también acusado Manuel A. R., mayor de edad y sin antecedentes penales. Actuó en el citado consistorio como regidor de Servicios, desde el mes de julio de 1993 y hasta el mes de mayo de 1995, el también acusado Manuel A. R., mayor de edad y sin antecedentes penales; y formando parte el también acusado, Jordi S. P., mayor de edad y sin antecedente penales, desde julio de 1993 y hasta el mes de mayo de 1995 de la Regidora de Hacienda, Obras Públicas y Urbanismo, junto con los señores Jaume F. T., Angel C. M., Jordí R. G. y Jordi D. P., así como en idénticas fechas formó parte de la de “Industria y medio ambiente, seguridad ciudadana, cultura y enseñanza junto con los señores Jaume F. T., Jordi R. G. y Jordi D. P. Ostentando los señores G. y S. distintos cargos en el citado Ayuntamiento

de manera ininterrumpida desde la década de los años ochenta, concretamente el primero de ellos desde 1983 y el segundo desde 1980”».

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado en Auto de 24 de enero de 2000, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

CUARTO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 22 de febrero de 2000, dl Excmo. Sr. Fiscal interpuso el recurso de casación anunciado, articulaDo bajo lns cifuientes motivos:

«I.–Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim por error en la aplicación del tipo punipivo del art 347 bis, párrafo 1º, CP 1 73 (RCL 1973X2255 y NDL 5670), y la normativa coiplementaria del mismo.
II.–Por infracción de ley, al aeparo de lo dispuesto en el art. 809.1² LECrim, por inaplicación del sub4ipo agravado del pørrafo 2º d l art. 347 bi3, CP 1973, en relación con los arts. 3.1º, 7.2º de la DC 76/464 CEE (LCEur 1976\115), y los arts. 92 de l! Ley de Aguas 985 (RCL 1985\1981, 2429 y ApNDL 1), 245 `el Reglamdjto del Dominio Público Hidráulico de 1986 (RCL 19ú6\1238, 2231 y 3551) y 17 del ReglaleNto de Actividades Clasificadas de 1961 (RCL 1961\!736, 1923; RCL 1962, 418 y NDL 16641).

III.–Infbacción de ley, al amp!ro de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por inaplicación a los acusados del art. 14.1º CP 1973, en relación con el art. 347 bis del misl/ Código y la normativa administrativa medioambiental complementaria del tipo penal invocado».

QUINTO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día 21 de marzo de 2000, la Procuradora doña Dolores M. C., en nombre y representación de Joan G. R., Jordi S. P. y Manuel A. R., como parte recurrida, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, se opuso a la admisión del recurso y, subsidiariamente, lo impugnó.

SEXTO.- Por Providencia de 6 de julio de 2000 se declaró el recurso admitid/ y concltsk, y por otra de 11 de julio de 2001, se señaló para deliberación y fallo del

recurso el paSado día 19, en cuya fecha la Sala deliberó con el resul4a$o decisorio que a continuación se exprEsa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo de casación formaliza`o en su recurso, el Ministerio Fi3c!l denuncia la infracción de ley que, a su entender, se ha producido en la Sentencia impugnada (ARP 1999\5418) pop haber3e incurrido en error en la aplicación, a los hechos declarados probados, del art. 347 bis, párrafo primero, CP 1973 (RCL 1973\2255 y NDL 5670) y de la normativa, nacional y comunitaria, que lo complementa. Entiende, pues, el Ministerio Público que el Tribunal de instancia ha dejado indebidamente de apreciar la existencia del delito contra el medio ambiente que introdujo en nuestro CP la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio (RCL 1989\1352). El motivo debe ser estimado. Reconoce el Tribunal de instancia que en los hechos probados concurren algunos de los elementos que integran el tipo objetivo del delito cuestionado, cuales son la acción de verter aguas residuales urbanas, de origen doméstico, en aguas terrestres y la producción, como consecuencia del vertido, de un grave perjuicio para la vida animal y vegetal del entorno –se constata la desaparición de la fauna y flora del curso fluvial afectado– y de una situación de grave peligrosidad potencial para la salud de las personas. Entiende, sin embargo, el Tribunal que no es apreciable en este caso el elemento normativo que viene dado, en la descripción del tipo, por la contravención de las Leyes y Reglamentos que protegen el medio ambiente. Esta Sala no puede estar de acuerdo con esta conclusión que ha llevado al pronunciamiento del impugnado fallo absolutorio.

El medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional, puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el art. 45.1 de la Norma fundamental (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875). La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de «intervención mínima» cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado art. 45 CE, en su tercer apartado, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá «sanciones penales o, en su caso, administrativas» para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación –deslizada ocasionalmente en alguna resolución de estA misma Sala– de que el derecho penAl actú, en la protebchón del medio ambiente, de &orma accesoria y subsidiaria con respecto al derecho admilistrativo. Una cosa es que la realización del Delito cOntra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para ha salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción tí0ica y o4ra, completamente distinta y no acorde con la r%levanci! del "ien jurídico protegido, es que la ijterpretación del art. 247 bis BP 1973 –y de los preceptos que lo han sustituido y amPliado en al capítulo III del título XVI CP 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777)– haya de hacerse sistemáticaeente bajo la inspiración prioritaria del principio de antervención mínima.

El mandato constitucional de proteger penal-ente el medio ambiente no fue cumplido hasta que se introdujo en el CP 1973 el art. 347 bis por obra de la Ley Orgánica 3/1989, pero ya con anterioridad la Ley de Aguas de 2-8-1985 (RCL 1985\1981, 2429 y ApNNL 412) y el Reglamento de Do-inio Público Hidráulico que la desarrolló parcialmente, aprobado por Real Decreto de 11-4-1986 (RCL 1186\1238, 2271 y 3551), establecieron una regulación de la materia que, de acuerdo con la Di2ectiva 76/464 del Consejo de la CEE (LCEur 1991\531), proporcionó las normas proteatoras básicas con que posteriormente hubo de ser integrado el art. 347 bis CP 1973 –prec%pto penal parcialmente en bl!nco– cuando las conductas típi#as atentatorias con4ra el med)o ambiente tuviesen como objeto las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas. En la primitiva redacción de la Ley de Aguas modiDicada ludgo por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre (RCL 1999\3059) en un sentido de mayores y más precisas exigejcias–, tras anunciarse en su art. 84 que «son objetivos de la protección del dominio público hidrául)co contra su deterioro: a) Conseguir y mantener un a$ecuado nivel de calidad de las aguas» y evitar cualquiar «actuación que pueda ser causa de su degradación», se disponía en su art. 92 que «toda actividad susceptible de provocar la contaminación o degradación del dominio público hidráulico y, en particular, el vertido de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales requiere autorización administrativa». Las autorizaciones de vertido –se decía en el art. 93 de la misma Ley– deberían concretar todos los extremos que por vía reglamentaria se exigiesen –previsión a que detalladamente correspondieron los arts. 245 a 252 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico– y «en todo caso, quedarán reflejados en ellas las instalaciones de depuración necesarias y los elementos de control de su funcionamiento, así como las límites que se impongan a la composición del efluente». Dos consecuencias cabe extraer de las normas que acabamos de mencionar y parcialmente transcribir, en relación con la presunta infracción legal atribuida en este primer motivo del recurso a la Sentencia impugnada. La primera es que no es exacto que, cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, no estuviesen vigentes preceptos protectores de la calidad de las aguas cuya contravención pudiese constituir el elemento normativo capaz de integrar los hechos enjuiciados en el art. 347 bis CP 1973. Existía, por el contrario, una prohibición legal de verter, sin autorización administrativa, aguas o productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales. Y la segunda es que la obligatoria autorización administrativa no era en absoluto, contra lo que opina el Tribunal de instancia, un requisito meramente formal puesto que no podía ser concedida sin que en ella se concretasen «las instalaciones de depuración necesarias y los elementos de control de su funcionamiento». La existencia de adecuadas instalaciones de depuración era, pues, presupuesto necesario para que la Administración hidráulica autorizase el vertido de aguas residuales que se describe en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida y la autorización a su vez, si se concedía, era la condición inexcusable de la licitud del vertido porque el hecho de haber sido concedida garantizaba que aquél, a través de la necesaria depuración, no degradaba la calidad de las aguas a que afLuía.

Tiene razón, por consiguiente, el MinistErio Fiscal cuando considera errónea la interpretación que en la Sentencia recurrida se ha hecho de la Directiva 91/271 del Consejo de la CEE (LCEur 1976\115), así como de la normativa .acional que la ha trasladado a nuestro ordenamiento, constitui ! por %l Decreto-ley de 28-12-1995 (RCL 1995\3524) y el Real Decreto de 15-3-1996 (RCL 1996\1116). Lo que en estas

disposiciones comunitarias y nacionales se establece es que las aguas residuales urbanas procedentes de aglomeraciones de población situadas entre 2000 y 10.000 habitantes –en cuyo caso se encuentra el municipio en que acontecieron los hechos enjuiciados– deben ser objeto de tratamiento depurativo de tipo secundario –biológico o equivalente– concediéndose a las autoridades responsables un plazo para instalarlo que concluye el 31 de diciembre de 2005. Pero ello no significa, naturalmente, que antes del vencimiento de ese plazo tales vertidos fuesen y sean incondicionalmente lícitos. Lo serán –y lo serían en los años 1993 a 1995 en que se han datado los hechos– si acreditándose la instalación del oportuno tratamiento depurativo, no forzosamente secundario o biológico pero sí primario o físico-químico, se obtiene la debida autorización de la Administración hidráulica a la que incumbe comprobar, antes de su concesión y durante la vigencia de la misma, si se adoptaron y funcionan adecuadamente las medidas protectoras, cualquiera que fuese su naturaleza, de la calidad de las aguas.

A la luz de las precedentes consideraciones, es claro que en los hechos declarados probados de la Sentencia recurrida se describe una conducta en la que concurren todos los elementos integrantes del delito previsto y penado en el art. 347 bis CP 1973: a) el vertido al cauce de un río de las aguas residuales domésticas de una urbanización; b) el devastador efecto de dicho vertido, elocuentemente expresado en el «factum» con la constancia de que a partir de su localización «el agua de la riera adquiría una tonalidad blanquecina y desprendía olor a cloaca, habiendo causado ello la desaparición de la flora y fauna del citado tramo del curso fluvial»; y c) la infracción de los mencionados artículos de la Ley de Aguas y Reglamento de Dominio Público Hidráulico que protegen la calidad de las aguas continentales imponiendo la necesidad de autorización administrativa para el vertido de aguas residuales y exigiendo indirectamente la existencia de adecuadas instalaciones de depuración. Y conviene añadir, con respecto a la concurrencia en el caso, de este último elemento del tipo –el normativo– que los responsables del vertido de las aguas residuales en el cauce de un río no sólo se abstuvieron de solicitar la preceptiva autorización, sino que no se cuidaron de crear las condiciones mínimas para solicitarla con éxito, toda vez que la depuradora situada entre el colector por el que discurrían las aguas residuales y la riera se encontraba desmantelada y en estado de abandono, de suerte que al llegar aquéllas a la arqueta de la que había sido depuradora eran desviadas y vertidas en plena riera. Hemos de llegar a la conclusión, en consecuencia, de que se infringió el art. 347 bis CP 1973 al no aplicarlo a los hechos probados, por lo que procede estimar el primer motivo del recurso.

SEGUNDO.- El segundo motivo, por el contrario, debe ser rechazado. En él se denuncia, al amparo del art. 849.1º LECrim, una infracción, por inaplicación indebida, del segundo párrafo del art. 347 bis CP 1973, en que se establece un tipo agravado de delito contra el medio ambiente para el caso de que la actividad tipificada en el párrafo primero de dicho artículo se hubiese realizado en una industria que funcionase clandestinamente, sin la preceptiva autorización administrativa, o cuando se hubieran desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa para la corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se htbiese aportado información falsa sobre la misma U obstabulizado la inspección de la Administración. El precepto es claramente inaplicable a los hechos declarados probados. En primer lugar, porque el vertido de

aGuas residuales urbanas no es un hecho que sea consecuencia de las actividades de una «industria», a no ser que d%mos a este vocablo una significación analógica difícilmente compatible #on el principio de legalidad y su consagración legal en el ar4. 4.1 CP; en segundo lugar, porque la falta de autorización administrativa, en el presente caso, es precisamente la contravención de la normativa protectora del medio ambiente que integra, de forma prioritaria, el elemento normativo del tipo básico, por lo que no sería admisible que al mismo tiempo sirviera para la aplicación del tipo agravado; y en tercer lugar, porque los responsables del vertido objeto de enjuiciamiento no incurrieron, a la vista de lo que se declara probado en la Sentencia recurrida, en ninguna de las conductas previstas en los últimos incisos de la norma cuestionada, esto es, no desobedecieron orden expresa alguna ni falsearon información ni obstaculizaron la actividad inspectora de la Administración. Se desestima, pues, el segundo motivo del recurso.

TERCERO.- En el tercer motivo, por último, el Ministerio Fiscal, siempre al amparo procesal del art.849.1º LECrim, denuncia una indebida inaplicación del art. 14.1º, en relación con el art. 347 bis, ambos del CP 1973, a las tres personas que fueron acusadas en la instancia, lo que quiere decir que el reproche a la Sentencia recurrida se dirige, en este motivo, a los razonamientos expuestos en el quinto fundamento jurídico de la misma, en cuya virtud el Tribunal de instancia exime a los acusados de toda responsabilidad en la degradación del medio ambiente provocada por los vertidos. Frente a ello, la parte recurrente sostiene que son los acusados las personas a las que se debe considerar autores del delito que, en el primer fundamento jurídico de esta Sentencia, hemos declarado ya objetivamente perpetrado. El motivo debe ser estimado. Los tres acusados tenían, en los años en que se producían los hechos, responsabilidades municipales directamente relacionadas con la situación creada por los vertidos. El señor G. R. era Alcalde del municipio y le incumbía, según el art. 21.1 d) de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 (RCL 1985\799, 1372 y ApNDL 205) «dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales». Los señores A. R. y S. P. desempeñaban, respectivamente, los cargos de Concejal de Obras y Servicios y Concejal de Obras Públicas, Urbanismo y Medio Ambiente, en cuyas áreas les incumbía tanto la gestión directa de los servicios como proponer, en su caso, al Alcalde y a los órganos colegiados del Ayuntamiento la adopción de las medidas necesarias para que los servicios quedasen satisfactoriamente atendidos y la realización de las obras que tales fines demandasen. Ninguno de los acusados, que indiscutiblemente conocían, según se dice con valor de hecho probado en la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida, el estado de abandono en que se encontraba la depuradora y el gravísimo deterioro ambiental que estaba generando el vertido directo de las aguas residuales en el río Besós, hizo cosa alguna, a lo largo de un período de al menos dos años, para evitar o remediar la situación. Los acusados no realizaron ciertamente la acción de verter pero omitieron cumplir una obligación que sus cargos en el Ayuntamiento les imponían, esto es, se abstuvieron de promover la concesión de la autorización administrativa del vertido y, previamente, de reponer los dispositivos depuradores al estado de funcionamiento imprescindible para que la misma fuese concedida. De esa forma, incumpliendo obligaciones libremente asumidas al postularse y acceder a cargos de la Administración local, dieron lugar a la producción del efecto devastador de los vertidos. Apenas es preciso recordar aquí que la forma de autoría conocida por comisión por omisión, aun habiendo sido regulada, por primera vez entre nosotros, por el art. 11 CP

1995, estaba admitida anteriormente por una constante jurisprudencia –SS., entre otras, de 31-1-1986 (RJ 1986\211), 3-12-1990 (RJ 1990\9863), 31-10-1991 (RJ 1991\7473) y 18-11-1991 (RJ 1991\9448), por citar sólo algunas de las dictadas antes de que los hechos tuvieran lugar– siempre que el resultado del delito –y resultado es tanto el perjuicio como el riesgo de que se produzca– tenga como causa la omisión de un deber específico que constituya al omitente en garante de que el resultado no se produzca. Garantes de que no sobreviniese en el lugar de autos la contaminación de las aguas fluviales, debieron ser considerados en la Sentencia recurrida los tres acusados a los que por ello se debió atribuir la comisión por omisión del delito cuestionado. El Tribunal de instancia no lo ha entendido así, sin embargo, por dos motivos: porque, a su juicio, el Ayuntamiento de que formaban parte los acusados no tenía la obligación de depurar las aguas residuales y porque, en cualquier caso, aquéllos no omitieron dolosamente una actuación que no reputaron debida. Tampoco en este punto compartimos las apreciaciones del Tribunal de instancia.

Hay que tener en cuenta, en primer término, que ya en septiembre de 1984 al Ayuntamiento de Sant Fost de Campsentelles le había sido cedida, junto con otros terrenos de la urbanización de «San Fost Residencial», la planta depuradora de las aguas residuales de la urbanización y todas las instalaciones de la misma, cesión que fue aprobada por el Pleno del Ayuntamiento el 5 de julio de 1993 y formalizada en escritura pública el 17 de noviembre del mismo año, siendo sólo meses más tarde, en abril de 1994, cuando el colector por el que discurrían las aguas residuales domésticas de la urbanización había sido desconectado de la depuradora que se encontraba ya en estas fechas desmantelada y abandonada, y las aguas vertían directamente en el río. Junto a esta decisiva circunstancia de hecho, que revela el abandono por los responsables del municipio de unas instalaciones, cuya cesión habían aceptado, que garantizaban la protección de una corriente fluvial frente a los vertidos de una concreta urbanización, deben ser ponderados el art. 25.2 f) y l) de la Ley de Bases de Régimen Local, que declara ser competencia del Municipio la protección del medio ambiente y el tratamiento de residuos, alcantarillado y aguas residuales, el art. 26.1.b) de la misma Ley que establece la obligatoriedad para los Municipios de población superior a 5.000 habitantes –Sant Fost de Campsentelles contaba con 5.752 en 1994– de prestar el servicio de tratamiento de residuos y los arts. 26.3 y 36 del citado Texto en que se prevé la asistencia y la cooperación jurídica, técnica y económica de las Diputaciones Providenciales a los Municipios de menor capacidad económica y de gestión, de forma que si los responsables de un municipio con escasa capacidad económica no pudiesen atender los servicios mínimos que legalmente tuviesen encomendados, deben solicitar la asistencia y cooperación de la Diputación Provincial, solicitud que no consta se hiciese en la ocasión de autos. Hay que señalar, con todo, que la conducta omisiva de los acusados descrita en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, por la que se formuló la acusación que pende sobre ellos, no consistió en dejar de prestar el servicio de tratamiento y depuración de las aguas residuales de todo el municipio, sino en desatender el mantenimiento de un servicio de esta naturaleza, en una determinada zona del término municipal, para cuya prestación le habían sido transmitidas al Ayuntamiento las instalaciones necesarias. Un servicio –cabe añadir– que resultaba de inexcusable cumplimiento en la medida que de él dependía no afluyesen a una corriente de agua «nítida y transparente», las aguas residuales domésticas de una urbanización. Por último, y en relación con el dolo que el Tribunal de instancia no advierte en la

conducta de los acusados, hemos de decir que, debiendo estos conocer las obligaciones que les incumbían como Alcalde y Concejales y, conociendo perfectamente el estado de desmantelamiento y abandono a que había llegado la depuradora de la urbanización, el hecho de que la misma había sido cedida al Ayuntamiento que había aceptado la transmisión, la existencia de un desvío de las aguas residuales a través de una corta canalización que las vertía directamente en plena riera, así como la grave contaminación que presentaba el agua del río a partir de dicho punto, es realmente inconcebible que no tuviesen conciencia de que el vertido era una actividad ilegal si no era autorizado administrativamente, que la Administración hidráulica nunca lo autorizaría si no se restablecía adecuadamente el funcionamiento de la depuradora y que las obras que fuesen necesarias al efecto eran inaplazables y de la incumbencia de los servicios municipales que por sus cargos les estaban encomendados. Considera esta Sala, en definitiva, que la omisión de los acusados fue la que provocó la situación de deterioro del medio hidráulico tantas veces descrita y que dicha omisión debió ser subsumida, como dolosa, en el art. 347 bis CP 1973. Se estima el tercer motivo del recurso, lo que debe llevar a la casación de la Sentencia recurrida y al dictado de otra más ajustada a derecho.

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada, el 19 de diciembre de 1999 (ARP 1999\5418), por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa dimanante de las diligencias previas núm. 227/1996 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Mollet del Vallés, en que fueron absueltos del delito continuado contra la salud pública y el medio ambiente los acusados Joan G. R., Jordi S. P. y Manuel A. R., y en su virtud, casamos y anulamos la expresada Sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho. Póngase esta resolución y la que a continuación se dicte, en conocimiento de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, a la que se remitirán cuantos antecedentes elevó en su día a esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SEGUNDA SENTENCIA NUM.: 1705/2001.-

En la Villa de Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil uno.

El Juzgado de Instrucción núm.3 de Mollet del Vallés incoó causa dimanante de las diligencias previas núm. 227/1996, por un delito continuado contra la salud pública y el medio ambiente, seguido contra Joan G. R., nacido el 22 de abril de 1951, natural y

vecino de Sant Fost de Campsentelles (Bacelona), hijo de Joan y de Rosa, Jordi S. P., nacido el 18 de septiembre de 1936 en Mollet del Valles (Bacelona), hijo de José y de Josefa, vecino de Sant Fost de Campsentelles, y Manuel A. R., nacido el 24 de enero de 1948 en Tudón (Oviedo), hijo de Fermín y de Josefa, vecino de Sant Fost de Campsentelles, dictó Sentencia la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, el día 9 de diciembre de 1999 (ARP 1999\5418), por la que fueron absueltos del delito del que habían sido acusados, Sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada, con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, y bajo la misma Ponencia, proceden a dictar esta segunda Sentencia con arreglo a los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia (ARP 1999\5418).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de nuestra Sentencia anterior.

En su virtud, los hechos declarados probados se consideran constitutivos de un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el art. 347 bis CP/1973 (RCL 1973\2255 y NDL 5670).

Son criminalmente responsables en concepto de autores del expresado delito los acusados Joan G. R., Jordi S. P. y Manuel A. R.

No han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Teniendo en cuenta la gravedad del deterioro ambiental provocado por el delito y el largo tiempo que estuvieron provocándolo los vertidos, siendo pública y notoria la situación, se impondrán las penas legalmente previstas en la extensión que se dirá.

De acuerdo con el art. 109 CP/1973, se le imponen a los acusados las costas devengadas en la instancia.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a los acusados Joan G. R., Jordi S. P. y Manuel A. R., como autores criminalmente responsables del delito contra el medio ambiente ya definido, a la pena, a cada uno de ellos, de tres meses de arresto mayor y multa de doscientas cincuenta mil pesetas, con apremio personal de diez días en caso de impago, y suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.–Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo, mientras celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 50/2005 Badajoz (Sección 1), de 15 junio

En la población de Badajoz, a 15 de junio de dos mil cinco.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados, al margen reseñados, ha visto, en grado de apelación, la precedente causa, [«Procedimiento Abreviado núm. 163/04–; Recurso Penal núm. 176/2005; Juzgado de lo Penal de Badajoz-1»], seguida contra la acusada Guadalupe; representado por el Procurador de los Tribunales D. José Sánchez-Moro Viu; y defendida por el Letrados Sr. Godoy Masa; y contra Juan Manuel; representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Paola Tóvar Sánchez; y defendido por el Letrado Sr. Martínez Carande; por el delito de «Contra el medio ambiente»

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En mencionados autos por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de lo Penal de Badajoz-1, se dicta sentencia de fecha 15/11/2004, la que contiene el siguiente:

«FALLO: Que se condena a Guadalupe como responsable criminal en concepto de autora, sin circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, de un delito contra el medio ambiente en su modalidad de contaminación acústica, a las penas de dos años de Prisión, multa de dieciséis meses con una cuota diaria de seis €uros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e inhabilitación especial para la profesión u oficio durante dos años, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Como se condena a Juan Manuel como responsable criminal en concepto de autor de un delito de prevaricación medioambiental, sin circunstancias modificativa de responsabilidad criminal a la pena de un año de Prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante siete años, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo ambos condenados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Guillermo y Carla, EN LA CANTIDAD DE SEIS MIL EUROS (6.000 €) a cada uno de ellos, en concepto de daño moral, cantidades que se incrementarán con los intereses del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892), y responsabilidad civil subsidiaria del Excmo. Ayuntamiento de Villanueva del Fresno.

Se decreta asimismo la clausura temporal del establecimiento dedicado a Café-Bar durante el tiempo de dos años, debiendo llevarse a cabo en tanto la completa y total insonorización con supervisión final de los técnicos de la Comisión de Actividades Clasificadas de la Junta de Extremadura.

Las costas procesales se imponen a los condenados por mitad a cada uno de ellos».

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, RECURSO DE APELACIÓN por Guadalupe y Juan Manuel, representados ambos respectivamente por los procuradores de los Tribunales D. José Antonio Sánchez Moro Viu y Dña Teresa Paola Tóvar Sánchez; y asistidos también respectivamente de los Letrados Sres. Godoy Masa y Martínez Carande; admitido en ambos efectos; dándose traslado del recurso interpuesto a las demás partes por un plazo de diez días; para que pudiesen presentar a su vez recurso impugnando los contrarios o adherirse a los mismos; compareciendo en la alzada, a efectos de impugnación, como apelados Carla y Guillermo; representados por el Procurador de los Tribunales D. Federico García Galán González; y defendidos por el letrado D. Manuel Garrancho Casas; todo lo que fue verificado y, llegados los autos a expresado Tribunal, se forma el rollo de Sala, al que le ha sido asignado el núm. 176/2005 de Registro, dándole a la apelación el trámite oportuno, no habiéndose celebrado vista pública; y conforme al art. 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16) se pasaron los autos al Ilmo Sr. Magistrado Ponente para su resolución.

Observadas las prescripciones legales de trámite.

VISTOS, : siendo ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Enrique Martínez Montero de Espinosa; Presidente del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la inculpada Guadalupe solicitó en su escrito de interposición del presente recurso de apelación la revocación de la sentencia de instancia y que en su lugar se dictase otra por la que se absolviese a su representada del delito contra el medio ambiente y por el que venía siendo condenada, fundamentándolo en aplicación indebida del artículo 325 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), infracción de los artículos 25 y 31 del Decreto 19/97 de 4 de febrero (LEXT 1997\24, 54) del Reglamento de Ruidos y Vibraciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura, error en la apreciación de la prueba, vulneración del principio in dubio pro reo y el derecho a la presunción de inocencia en las mediciones llevadas a cabo por la Guardia Civil por no haberse realizado en la forma establecida e indefensión y quebrantamiento de formas por haberse omitido la citación procesal del dueño del establecimiento.

La representación procesal del también inculpado Don Juan Manuel solicitó igualmente la absolución de su defendido del delito de prevaricación ambiental previsto en el artículo 329.1 del CP por quebrantamiento de normas procesales, error en la apreciación de la prueba y error de derecho.

Tanto por la representación procesal de los perjudicados como por el Ministerio Fiscal se solicitó la confirmación íntegra de la resolución impugnada por estimar que la misma se encontraba ajustada a derecho.

SEGUNDO.- Centrado pues en estos términos el debate y con respecto al primer recurso, es decir, al sustentado por la representación procesal de doña Guadalupe diremos en primer lugar que la Sala considera que el Juzgador del Primer Orden Jurisdiccional si ha realizado una aplicación correcta de lo dispuesto en el artículo 325 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), al darse todos y cada uno de los requisitos exigidos, tanto de orden subjetivo como objetivo, para que dicho penal quede integrado, desde el punto de vista objetivo la sentencia de instancia expone de forma clara porque concurre, baste comprobar el punto 4º del fundamento jurídico primero de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 52/2003 de 24 de febrero (RJ 2003\950) para comprobar que debe entenderse como «disposición de carácter general» y cuya contravención implica el cumplimiento del elemento normativo del tipo objetivo del delito contra el medio ambiente contemplado en el artículo 325 del CP, y que textualmente viene a reseñar «Así pues, si bien es cierto que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar Leyes sobre Derecho Penal, dicho principio no sufre menoscabo cuando es la legislación estatal la que determina la pena y fija el núcleo esencial del injusto, limitándose a remitir a la legislación autonómica aquellos aspectos extra-penales que son de su competencia. Así el artículo 149.23 de la Constitución (RCL 1978\2836) establece que el Estado tiene competencia exclusiva respecto a la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio, añade, de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección».

Es indudable, añade, por tanto que las Comunidades Autónomas tiene facultades para dictar «Leyes o Disposiciones Generales protectoras del medio ambiente», cuya infracción constituye un elemento normativo del tipo penal en el delito ecológico.

El tipo penal contemplado en el citado artículo 325 CP es un delito de peligro concreto, que se consuma por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones alternativas descritas en el precepto, sin que sea necesario para que tenga lugar su efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado, ya que estaríamos ante un delito de lesión, que se penaría separadamente, tal y como estableció la Sentencia del Tribunal Supremo de 30-1-2002 (RJ 2002\3065). La gravedad del riesgo producido es la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas «puedan perjudicar gravemente el equilibrio para los sistemas naturales» y si como en el supuesto hoy sometido a nuestra consideración acontece «si el riesgo de grave perjuicio fuese para a las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior, tal y como recoge la sentencia del TS de de 24-2-2003 (RJ 2003\950). Y precisamente el ruido aparece expresamente recogido en el artículo 325, como uno de los elementos descriptivos del tipo. El elemento normativo está integrado por la contravención de Leyes y otras disposiciones generales en este caso en el Decreto 19/97 de 4 de febrero (LEXT 1997\24, 54) de Reglamento de Ruidos y Vibraciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Así mismo diremos que tal y como recogen las Sentencias del Tribunal Constitucional de 24-5-04 (RTC 2004\96) y 23-2-04 (RTC 2004\17), cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en peligro la salud de las personas, tal y como ocurre en el supuesto sometido a la consideración de la Sala, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 de la CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 de la CE.

Finalmente y desde el punto de vista subjetivo consideramos que también se dan los elementos del tipo penal en relación a la actuación de la condenada pues baste hacer un examen cronológico de las actuaciones para comprobar la hoy recurrente siempre había sido consciente de que la actividad de bar-cafetería que desarrollaba generaba permanentemente una contaminación acústica insoportable para sus vecinos así: La condenada –que incumplía sistemáticamente el horario permitido para la actividad de bar-cafetería pues el local quedaba abierto hasta horas de la madrugada– siempre ha reconocido ser consciente de los problemas generados por los ruidos, problema que surgió el mismo día de la apertura del local.

En marzo de 2001, ante las quejas del vecino Guillermo, y antes de cualquier medición de ruidos, se efectuó una primera e insuficiente obra de insonorización del local, pues con carácter previo a la apertura del mismo no se había realizado ningún trabajo en este sentido, dado que el local estaba destinado a ser un bar-cafetería que no admite la existencia de equipos musicales.

En el mes de abril de 2001 –folio 135 y ss– se realiza, a presencia de la condenada, la primera medición de ruidos efectuada por técnicos de la Junta de Extremadura, con los resultados citados en la sentencia, es decir, con un nivel de transmisión de ruidos calificado como «intolerable», siendo el resultado del dictamen «negativo». En ésta medición se hace constar como equipo en funcionamiento: folio 136, «equipo musical existente en el café Thompson VTCD 850». Por tanto, a ésta fecha, a pesar de la anterior obra realizada, la condenada era perfectamente consciente de la conducta realizada.

Hasta el día 27 de julio de 2001 el local continua abierto, generando los mismos ruidos, si bien en ésta fecha, por Decreto del Alcalde –f. 328– se procede a su cierre «hasta que se instalen y comprueban las medidas correctoras». Curiosamente, en ese misma fecha de 27 de julio la interesada ya declara que, f. 343, «no tiene en el local ningún equipo reproductor de música» y, como consta al folio 349, en agosto de 2001, la empresa «Aislamientos Calamonte» indica que el local ha sido sometido a un tratamiento de corrección de ruidos, sin duda parcial, pues en el propio informe se expresa que el interior del local tiene insonorización natural, cosa que no deja de ser como mínimo curiosa.

Pues bien, resulta que:

-El 17 de septiembre de 2001, folios 388 y ss. se realiza un nuevo informe de medición de ruidos realizado por técnicos de la Junta de Extremadura y consta en el mismo como «Equipo en funcionamiento –f. 389– Equipo musical Thomson VTCD 850». Es decir, no era cierto lo manifestado por la condenada en su escrito de 27 de julio de 2001.

-Que en diciembre de 2001, como acredita el Acta emitida por Técnicos de la Consejería de Sanidad y Consumo de la J.E.X –f. 402– continua en el local habiendo equipo musical, que recordemos no está autorizado en este tipo de locales.

-Que en el primer informe sonométrico elaborado por la Guardia Civil –f. 405 y ss. de 7 de abril de 2002 el dictamen vuelve a ser «negativo», con nivel de ruido intolerable por ejemplo en el salón– comedor de la vivienda superior.

De todo lo anterior se acredita que la condenada, consciente del problema de ruidos que venia generando desde hace meses, no retiró el equipo musical aún cuando conocía, y siempre lo ha reconocido la propia inculpada que se estaban ocasionando perturbaciones a los vecinos.

TERCERO.- Con respecto a al alegación segunda del recurso simplemente decir que difícilmente se pueden cuestionar los informes de medición de ruidos realizados por los miembros de la Guardia Civil, pues bate comprobar las técnicas empeladas para su realización y el contenido de los mismos, para comprobar que estos se han realizado correctamente y ajustándose a la normativa legal, no pudiéndose olvidar que son pruebas periciales ratificadas en el acto del juicio oral y que no han sido desvirtuadas, a criterio de la Sala, por pruebas objetivas en contrario, así tenemos las mediciones realizadas por el Seprona los días 7-4-02 obrante a los folios 219 a 232 y el 11 de septiembre de 2002, obrante a los folios 246 a 263, como prueba acordada por el Instructor, dichas pruebas se practicaron conforme a las directrices legalmente establecidas, es mas la condena no solo se impone en base a dichas pruebas sino también a los informes emitidos por los Técnicos de la Junta de Extremadura, por ello consideramos que no ha existido ni infracción de los artículo 25 y 31 del Reglamento de Ruidos y Vibraciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura (LEXT 1997\24, 54), pues los valores detectados son superiores a los admitidos por dicha normativa ni se ha infringido norma alguna en su realización, por lo que debemos desestimar dicho aspecto del recurso.

CUARTO.- En cuanto a la alegación tercera consistente en error en la apreciación de la prueba esta Sala necesariamente ha de recordar que dicha valoración en principio compete al juzgador de instancia quien por su inmediación goza de una posición privilegiada para valorar la mayor o menor credibilidad de las partes y testigos, pero en todo caso esta Sala tras efectuar un nuevo análisis de las pruebas practicadas tanto en la tramitación de la causa como en el propio acto del juicio oral y valorarlas en su conjunto en la forma establecida tanto en el artículo 117.3 de la CE (RCL 1978\2836) como en el 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16)no detectamos los errores de apreciación y/o valoración denunciados pues no podemos olvidar que obra en las actuaciones una abundante prueba documental y testifical que acreditan sin la menor

duda, al menos para este Tribunal, que los ruidos que emanaban del local era muy superiores a los legalmente permitidos, que dichos ruidos estaban provocando serios riesgos para la salud de los convecinos y que a pesar de ello no se hizo lo suficiente, por no decir nada, par evitarlos, pues al ruido expresamente provocados por el equipo de música, sino también hay que añadirle el producido por la televisión y por la clientela, estando reconocido que esta permanecía en el local hasta altas horas de la madrugada, reiterando que los informes que utiliza como prueba de descargo al denunciada, son «condicionados» y en nada desvirtúan las mediciones a las que anteriormente hemos hecho referencia.

QUINTO.- De todo lo expuesto con anterioridad y en lo que respecta a la alegación cuarta del escrito de interposición del presente recurso de apelación y que consistía en vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la CE (RCL 1978\2836) y del de in dubio pro reo, solamente podemos añadir que en el presente supuesto no se ha vulnerado ninguno de dichos principios, pues el primero requiere que no exista prueba de cargo de ningún tipo, y es evidente que si se ha practicado prueba inculpatoria y que esta se ha obtenido validamente, pues se ha practicado con arreglo a las normas procesales y han sido ratificadas en el plenario, siendo sometidas a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, es decir, con tipo de garantías procesales por lo que alcanzan pleno valor probatorio, y con respecto al segundo principio, exige que exista al menos una duda razonable con respecto a la autoría y reiteramos de lo ya expuesto, tampoco le queda a esta Sala la menor duda acerca de la culpabilidad de la inculpada, por lo que también debe desestimarse este aspecto del recurso.

SEXTO.- Finalmente y en lo relativo a la alegación quinta y que se fundamentaba en indefensión y quebrantamientote formas por no citarse al dueño del local, diremos en primer lugar que no consta acreditado en forma alguna que efectivamente se haya resuelto el contrato de arrendamiento, en segundo lugar tenemos que ya la acusación particular solicitó la adopción de dicha medida y no fue aceptada por el juzgador a quo mediante auto de fecha 23-10-03 que no fue impugnado, por lo que el mismo devino firme y en tercer lugar dicho propietario no ha sido traído al procedimiento ni siquiera como testigo, donde pudo alegar dicha cuestión, por ello consideramos que hasta esta fase procesal no ha existido ni indefensión ni quebrantamiento de normas, por lo que el recurso de la citada inculpada debe ser desestimado en su integridad y todo ello sin perjuicio de que si en ejecución de sentencia se acreditase dicha resolución contractual, pudiera adoptarse las medidas que se estimaren pertinente en aras de evitar perjuicios al propietario del local.

SÉPTIMO.- Por último y en lo que respecta al recurso interpuesto por la representación procesal del también inculpado Don Juan Manuel y para una mejor comprensión del mismo, estimamos necesario hacer un detenido examen de todo lo acontecido, pues del mismo queda puesto de relieve la actuación de dicho inculpado, del análisis de las pruebas practicadas se desprende de forma cronológica la siguiente: El 28 de diciembre

del año 2000, el mismo día que Guadalupe 10 solicita, se concede por el Alcalde licencia provisional de apertura del Café-bar «Estela». Ver folios 316 y 498.

El 5 de enero del 2001 el propio Alcalde acudió personalmente al domicilio de los afectados, teniendo desde entonces el perfecto conocimiento del problema de ruidos generado por el local.

El 30 de marzo del 2001, folio 321, por Decreto unipersonal del Alcalde se concede autorización provisional para ejercer la actividad. Aún cuando ya existe una dejación de funciones por parte del Alcalde, puesto que conocía el problema de ruido generado, y aun así, no cumplimenta debidamente lo dispuesto en el art. 3 del Decreto 19/97 (LEXT 1997\24, 54) de la Junta de Extremadura –Reglamento de Ruidos y Vibraciones– que impone a los Ayuntamientos velar por el cumplimiento del Reglamento, exigir las medidas correctoras necesarias y realizar cuantas inspecciones sean precisas, cierto es que, en este momento, es difícil determinar que ya se ha cometido el delito de Prevaricación Medio Ambiental del art. 329 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), puesto que todavía no se ha efectuado ningún informe sonométrico por parte de los técnicos de la Junta de Extremadura.

En fechas 2 y 3 de abril del 2001, la victima denuncia, respectivamente, ante el Ayuntamiento y ante la Dirección General de Urbanismo, la situación insoportable de ruidos.

El 11 de abril del 2001, como consecuencia de la denuncia anterior, se efectúa la Primera medición de nivel de ruidos por Técnico de la Consejería de Economía de la JEX, con los resultados reflejados en la Sentencia de primera instancia. Lo relevante es que, conforme al artículo. 39 del Decreto 19/97, el dictamen resultante de la inspección es negativo, por nivel sonoro intolerable.

El 11 de junio del 2001, folio 500, el alcalde firma un nuevo Decreto unipersonal concediendo autorización provisional para ejercer la actividad. Ciertamente, en esta fecha, y de echo por razones de proximidad personal tanto con respecto a la otra condenada cuanto con respecto a la victima, el Alcalde conocía que persistía el problema de los ruidos y que ya había un informe sonométrico. También es cierto que:

En fecha 5 de julio de 2001, folio 324, la Comisión de Actividades Clasificadas de la Junta de Extremadura informa al Ayuntamiento del resultado de la primera medición de ruidos de fecha 11 de abril. Por ello, el 27 de julio de 2001, folio 337, el Alcalde mediante Decreto dirigido a Guadalupe, le ordena la suspensión de la actividad empresarial hasta que se instalen las medidas correctoras de ruidos. Por cierto, un día antes, el 26 de julio de 2001 la victima había vuelto a denunciar el problema ante la JEX. En este momento 10 relevante es destacar que el Alcalde ya no puede alegar ignorancia en relación a la materia que es objeto de estas actuaciones; puesto que, además de conocer personalmente que el problema de ruidos esta afectando de forma particularmente grave a los moradores del piso inmediatamente superior al local, ya esta claro que conoce, porque la aplica, la normativa del Decreto 19/97, y por tanto, al haber un dictamen negativo ordena la suspensión de la actividad conforme al art. 41 del Decreto. Por otra parte es curioso comprobar en el expediente administrativo que en su

totalidad consta en actuaciones como en esta misma fecha –27 de julio de 2001– Guadalupe presenta ya una declaración en el Ayuntamiento indicando que en el local ya no tiene ningún aparato reproductor de música. Cosa que ha quedado mas que suficientemente acreditado que no era cierta).

En este momento como la fecha de autorización provisional vigente es de fecha 11 de junio de 2001, previo al conocimiento que el Ayuntamiento tiene del resultado de la primera medición de ruidos, pues la Comisión de Actividades Clasificadas informa de ello al Ayuntamiento el día 5 de julio de 2001, tampoco todavía se puede afirmar con rotundidad que el Alcalde ha cometido un delito de Prevaricación Medio Ambiental, aunque no cumplimente con diligencia sus responsabilidades.

El 9 de agosto del 2001, el Alcalde se dirige a la Comisión para que realice una nueva medición del nivel sonoro en el local.

El 17 de septiembre, se realiza esta nueva medición por técnicos de la Consejería de Economía de la JEX, con el resultado que consta en la sentencia de instancia, siendo el resultado del dictamen CONDICIONADO.

El 28 de noviembre del 2001, la Comisión informa al Ayuntamiento del resultado de la medición efectuada el 17 de septiembre anterior, informándole además de sus obligaciones legales, e indicando que conforme al art. 40 del Decreto 19/97 (LEXT 1997\24, 54) se concede un plazo máximo de uno o dos meses para la corrección de los niveles sonoros.

Recordemos que el art. 3 del Decreto indica que el Ayuntamiento ha de «exigir la adopción de la medidas correctoras necesarias» y que, todos los trabajos de acondicionamiento del local son previos a estas fechas puesto que se realizaron en marzo y agosto de 2001 por la empresa «Aislamientos Calamonte». Por tanto a partir de esta notificación de 28 de noviembre de 2001 el Ayuntamiento tiene que cumplimentar lo dispuesto en el art. 3 del Decreto ya referido; y en el plazo de 1 mes porque en la medición de septiembre de 2001 se obtuvieron resultados ruidosos en el salón de estar y en el salón comedor del domicilio; en cualquier caso conforme al art. 40 del Decreto el plazo máximo de corrección de los niveles sonoros es de 2 meses.

El 30 de noviembre de 2001 el Alcalde firma un nuevo Decreto unipersonal de autorización provisional permitiendo nuevamente el funcionamiento de la actividad. Verdaderamente es sorprendente que, en vez de cumplimentar lo dispuesto en el art. 3 citado, se conceda una nueva autorización provisional de funcionamiento. Ciertamente existe un plazo máximo de 2 meses para la corrección de los niveles sonoros pero ya podemos afirmar que, conociendo ya el Alcalde las exigencias administrativas y que el problema de ruidos generado duraba ya casi 1 año, esta autorización provisional nos resulta no ajustada a derecho y por ende injusta. Se trata de una autorización provisional de 3 meses en la cual expresamente se indica que se extinguirá por incumplimiento de la normativa reguladora de la actividad autorizada provisionalmente. Dado la situación creada no es de extrañar las continuas denuncias que sigue interponiendo la victima Guillermo: Así: el 5 y 29 de diciembre del 2001 ante el Ayuntamiento; el 7 de enero del 2002 ante la Comisión de Actividades Clasificadas; el 14 de enero del 2002 ante el

Ministerio del Medio Ambiente; y el 17 de enero del 2002 ante la Dirección General de Salud Pública de la JEX.

El 28 de febrero del 2002, folio 503, transcurrido el plazo de la autorización provisional anterior, con conocimiento de la permanencia del problema de ruidos y de salud generado a la víctima, incumpliendo flagrantemente la normativa del Decreto 19/97, incumpliendo también la notificación recibida en el Ayuntamiento remitida por la Comisión de Actividades Clasificadas en noviembre de 2001; incumpliendo, asimismo, el propio contenido de anteriores Decretos unipersonales, y conociendo, en definitiva, la normativa administrativa que se ha de cumplimentar, el Alcalde, en esta fecha de 28 de febrero del 2002, vuelve a conceder una nueva autorización provisional de funcionamiento de la actividad. Con todos los antecedentes de escritos no podemos sino concluir que esta resolución de 28 de febrero del 2002 sí es ilegal, injusta y flagrante.

El 5 de junio del 2002, folio 502, sucede exactamente igual que en el caso anteriormente relatado, y así nos reiteramos en lo manifestado en el párrafo anterior; es decir, transcurre el plazo de la precedente autorización provisional y al Alcalde, por Decreto Unipersonal, vuelve a conceder una nueva autorización provisional de funcionamiento de la actividad. Se trata nuevamente de una resolución ilegal, injusta y patente, exactamente igual que lo era la anterior autorización provisional de 28 de febrero de 2002.

El 12 de junio del 2002, se realiza nuevo dictamen por Técnicos de la Junta dando Como resultado en cuanto a los niveles sonoros del local de dictamen condicionado.

El 3 de julio del 2002, folio 417, la Comisión de Actividades Clasificadas informa al Alcalde del anterior dictamen.

Pues bien, con estos antecedentes, el Alcalde en fecha 17 de octubre de 2002, ver folio 555, concede la licencia de apertura al local, licencia firmada por el mismo. Nuevamente, y con conocimiento de la misma, se incumple de forma consciente la normativa administrativa.

OCTAVO.- Siguiendo la sistemática del recurso debemos reseñar que en el presente supuesto lo esencial es determinar si se dan o no los requisitos que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo viene exigiendo para que dicho tipo delictivo, des decir, el previsto y penado en el artículo 329.1 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), es decir, que la resolución, por su propio contenido sustancial, al margen de que se hayan observado las normas de competencia y procedimiento, sea ilegal y de una injusticia evidente, así Sentencia del Tribunal Supremo de 24-11-2003 (RJ 2003\9257) o de la Audiencia Provincial de Valencia de 13-7-02 (ARP 2002\681), pues como se pone de evidencia en la relación de hechos anteriormente verificada las notas de injusticia e ilegalidad se desprenden de las autorizaciones provisionales efectuadas y que permitían el funcionamiento de la actividad, autorizaciones de fechas 28 de febrero y 5 de junio de 2002, además por la licencia concedida el día 17-10-02, a pesar de conocer el ahora recurrente la arbitrariedad de su actuación, pues ya en otras ocasiones había actuado

correctamente ordenando la suspensión de la actividad.

NOVENO.- Con respecto a la alegación relativa al quebrantamiento de normas procesales, por vulneración del artículo 456 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), en relación a la declaración de los testigos como peritos, diremos en primer lugar que el artículo 24 de la CE (RCL 1978\2836) establece el derecho a un proceso justo con todo tipo de garantías procesales, derecho que se extiende lógicamente a todas las partes del proceso, pues bien establecido lo anterior la Sala considera que en principio no existe ninguna norma procesal que impida a una persona declarar en el plenario en ambos conceptos, del examen de las actuaciones se observa que los Guardias Civiles que realizaron las pruebas sonométricas con fechas 7 de abril y 11 de septiembre fueron llamados como testigos, no obstante ello el Ministerio Fiscal con fundamento en lo dispuesto en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, propuso que declarasen también como peritos, propuesta que aceptó la juzgadora a quo, sin oposición de ninguna de las partes a excepción del ahora recurrente, pero dicha declaración fue practicada en el plenario y sometida a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, es decir, con todo tipo de garantías procesales, no vulnerándose a criterio de la Sala ningún derecho fundamental, pues al encontrarnos ante un Procedimiento Abreviado las partes al inicio del acto del juicio oral puede proponerlas pruebas que estimen pertinentes, y en este supuesto reiteramos su propuso la declaración de unos testigos como peritos, cuestión que también permite el artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues establece que los peritos pueden ser o no titulares, lo que no presenta ninguna duda es que los técnicos de la Guardia Civil que realizaron dichas pruebas tienen de conocimientos técnicos mas que suficientes para realizarlas, por lo que su exposición, puede ser valorada en la forma que establece el artículo 741 de la citada Ley Procesal por el Juzgador, máxime cuando como en el presente supuesto acontece se ha solicitado en tiempo hábil, y se ha practicado con todo tipo de garantías procesales, pero es que para mayor abundamiento se ha practicado otras pruebas en las que el juzgador ha basado su juicio de responsabilidad criminal, en resumidas cuentas consideramos que no se ha producido quebrantamiento de normas procesales y menos aun indefensión alguna.

DÉCIMO.- Finalmente y de todo lo expuesto se deduce que no ha existido ninguna valoración errónea de la prueba, simplemente lo que pretende el hoy recurrente es que la Sala, sin la practica de nuevas pruebas, que pudiera hacernos dudar de la veracidad de las tenidas en cuenta por la juzgadora a quo o que pudieran poner en duda el resultado de aquellas, haga una valoración distinta y acorde con sus pretensiones, en definitiva ha quedado acreditado que la conducta del inculpado ha supuesto una infracción consciente y voluntaria del Decreto 19/97de 4 de febrero (LEXT 1997\24, 54), sobre Reglamento de Ruidos y Vibraciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura y la misma se encuentra perfectamente incardina en el tipo penal recogido en el artículo 329.1 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) tal y como ya hemos expuesto con anterioridad, todo lo cual nos lleva a desestimar también este recurso y a confirmar la resolución impugnada, por considerarse que la misma se encuentra ajustada lo verdaderamente acreditado en el procedimiento y sus fundamentos jurídicos conforme a derecho, debiendo únicamente reseñarse que la sentencia hace un estudio pormenorizado de las

pruebas practicadas, de la doctrina y jurisprudencia aplicable a los supuestos enjuiciados y se encuentra mas que suficientemente motivada.

UNDECIMO.- No obstante la naturaleza de la presente resolución la Sala estima procedente no hacer expreso pronunciamiento con respecto a las costas originadas en esta alzada y ello conforme a lo dispuesto en el artículo 240 de las Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), al no apreciarse ni temeridad ni mala fe en el recurrente.

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de Dña. Guadalupe y Juan Manuel; contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Badajoz en los autos de Procedimiento Abreviado seguidos en dicho Juzgado bajo el núm. 163/04 y a los que la presente resolución se contrae, debo confirmar y confirmo íntegramente dicha resolución, dando aquí su parte dispositiva por reproducida y todo ello con declaración de oficio de las costas originadas en esta alzada.

Contra la presente Sentencia no cabe ulterior recurso, salvo el de Aclaración para corregir algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga o corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, recurso a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución. (art. 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio [RCL 1985\1578, 2635], del Poder Judicial); todo ello referido a la parte dispositiva o fallo de la resolución. Asimismo podrá instar la parte, si a su derecho conviniere y hubiere motivo para ello, se declare la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular, conforme a lo dispuesto en el art. 240.2 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, según modificación operada por Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre (RCL 1997\2878), derecho a ejercitar en el plazo de veinte días contados desde la notificación de la sentencia o resolución.

Notifíquese la anterior Sentencia a las partes personadas y con certificación literal a expedir por el Sr. Secretario de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el Libro-Registro de Sentencias de esta Sección.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo acordamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. al margen relacionados. «D. Enrique

Martínez Montero de Espinosa; D. Jesús Plata García; y D. Rafael Martínez de la Concha y Álvarez del Vayo». Rubricados.

PUBLICACIÓN.–Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia, en el día de la fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique Martínez Montero de Espinosa, ponente en estos autos, celebrando audiencia pública la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, ante mí que como Secretario, certifico. Badajoz, a 23 de junio de dos mil cinco.

PUBLICACIÓN.–En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 77/2007 Badajoz (Sección 1), de 18 mayo

En la población de BADAJOZ, a 18 de mayo de dos mil siete

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados, al margen reseñados, ha visto, en grado de apelación, la precedente causa, ["Procedimiento Abreviado núm. 359/05-; Recurso Penal núm. 189/2007; Juzgado de lo Penal de Badajoz-1*"], seguida contra los inculpados D. Carlos Daniel y D. Manuel; representados respectivamente por los Procuradores de los Tribunales DÑA. ASCENSIÓN MATEOS CABALLEROS y D. JOSÉ ANTONIO MALLÉN PASCUAL; y defendidos también respectivamente por los Letrados D. JOSÉ LUIS DURÁN ORDÓÑEZ y D. JOSÉ SANTIAGO LAVADO; por el delito de "contra el medio ambiente"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En mencionados autos por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de lo Penal de Badajoz-1, se dicta sentencia de fecha 8/02/2007, la que contiene el siguiente:

"FALLO: QUE SE CONDENA A Carlos Daniel, como responsable criminal en concepto de autor, de un delito CONTRA EL MEDIO AMBIENTE POR CONTAMINACIÓN ACÚSTICA, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA DE DIECISEIS MESES, CON UNA CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS (10,00 €), con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para el ejercicio de actividades comerciales e industriales relacionadas con el ocio y diversión nocturna y diurna por tiempo de DOS AÑOS.

Así mismo se decreta la clausura provisional de la Discoteca Show, antes Ghus, durante el período de DOS AÑOS, transcurridos los cuales podrá reintegrarse a su actividad previa acreditación pericial, de la existencia de insonorización, realizada por los peritos que emitieron los dos informes de fecha julio de 2004 en el procedimiento unido a autos.

QUE SE CONDENA A Manuel, como responsable criminal en concepto de Autor, de un DELITO DE PREVARICACIÓN MEDIO-AMBIENTAL, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de lo condena e inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público por un período de OCHO AÑOS.

En concepto de responsabilidad Civil, los acusados deberán indemnizar personal, directa y solidariamente a Mauricio, y a María del Pilar, en la cantidad de SIETE MIL EUROS (7.000 €), a cada uno de ellos, en concepto de daños y perjuicios.

Dicha cantidad devengará el interés legal de demora previsto en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892).

Las costas procesales en su totalidad se imponen a los condenados por mitad.»

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, RECURSO DE APELACIÓN por D. Carlos Daniel; representado por la procuradora de los Tribunales DÑA. ASCENSIÓN MATEOS CABALLEROS; y defendido por el letrado D. MANUEL BORREGO CALLE; y por D. Manuel; representado por el Procurador de los Tribunales D. JOSÉ ANTONIO MALLÉN PASCUAL; y defendido por el Letrado D. SANTIAGO LAVADO; de otra parte D. Mauricio y DÑA. María del Pilar; representados por la Procuradora de los Tribunales DÑA. MARÍA DOLORES GARCÍA GARCÍA; y defendidos por el Letrado Sr. CASTILLO GUIJARRO; se adhirieron al recurso de apelación presentado por el apelante Sr. Carlos Daniel; dándose traslado del recurso interpuesto a las demás partes por un plazo de diez días; para que pudiesen presentar a su vez recurso impugnando los contrarios o adherirse a los mismos; compareciendo en la alzada a efectos de impugnación los apelados EL MINISTERIO FISCAL, D. Mauricio y DÑA. María del Pilar; estos dos últimos con la representación y defensa anteriormente referida; todo lo que fue verificado y, llegados los autos a expresado Tribunal, se Forma el rollo de Sala, al que le ha sido asignado el núm. 189/2007 de Registro, dándole a la apelación el trámite oportuno, no habiéndose celebrado vista pública; y conforme al art. 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16) se pasaron los autos al Ilmo Sr. Magistrado Ponente para su resolución.

Observadas las prescripciones legales de trámite.

VISTOS, siendo ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Matías Madrigal Martínez Pereda; que expresa el parecer unánime de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- la sentencia de instancia ha condenado a quienes respectivamente recurren, como autores de un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica cometida por particular y de un delito de prevaricación medio ambiental de igual respectiva forma. La Sala procederá de forma sistemática al estudio de ambos recursos

1. *Recurso interpuesto por D. Carlos Daniel*

Un primer motivo de recurso interesa se declare la "nulidad del plenario y la repetición del mismo. A tal efecto se alega nada menos que la "contaminación" de la juez de instancia, por "imparcialidad subjetiva", Se dice al respecto que, con posterioridad a la celebración de la vista oral, se ha tenido conocimiento que la juzgadora reside en una zona de Badajoz que padece una situación "generalizada de contaminación acústica notoria y palpable".

Tal alegación resulta absolutamente rechazable. En primer lugar los hechos juzgados ocurren en la localidad de Talavera la Real. Se dice que la juzgadora reside en la zona conocida de Badajoz con el nombre de "URBANIZACIÓN000". No se indica dirección concreta al objeto de situarla en relación de mayor o menor proximidad con los puntos neurálgicos de concentración de locales de ocio nocturno que se ubican en un punto concreto de dicha zona, por otra parte muy amplia y en su mayor parte alejada de dichos locales.

La pretensión anulatoria tendría, per se, muy difícil posibilidad de éxito incluso en las mejores condiciones de acreditación, en cuanto no se ejercitaron los mecanismos legales de recusación en su momento procesal oportuno, y además parecería harto complicado que aún residiendo la Juzgadora en una zona cercana da similar conflictividad, pudiera concluirse con la necesaria certeza que ello situaría a la misma en condiciones de inhabilitación o incapacidad de juzgar los hechos. Amén de no estar ello contemplado en causa alguna de abstención o recusación de las establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635), conduciría al absurdo da haber de considerar que los jueces se encuentran imposibilitados de juzgar delitos contra la propiedad por haber sufrido como sujetos pasivos infracciones de dicha naturaleza, residir en zonas especialmente azotadas por este tipo de delincuencia, o no poder hacerlo en materia de accidentes de tráfico por haber, vgr, sufrido alguno de estos.

Aún más, la falta de rigor del motivo en lo jurídico se extiende igualmente al aspecto fáctico, por cuanto está totalmente ausente una mínima justificación documental del aserto. No existe más que la mera y tardía aseveración de quien recurre; manifestación en el vacío que contrasta con lo que, por su parte, el Ministerio Fiscal indica en su escrito impugnatorio del recurso en el sentido de que "es notorio que dicha Magistrada Juez no reside en la zona indicada".

SEGUNDO.- A los dos motivos siguientes, relacionados con la falta de acreditación de la comisión de delito e infracción de los elementos normativos del tipo por no concurrencia del mismo e infracción del principio de legalidad penal, intentará la Sala ofrecer una respuesta conjunta.

El Llamado delito contra el medio ambiente, o delito ecológico, fue introducido en el Código Penal en virtud de la LO 8/83 de 25 de junio (RCL 1983\1325, 1588) que introdujo al artículo 347 bis, suponiendo ello el cumplimiento de lo establecido en el artículo 45 de la C.E. (RCL 1978\2836) que dentro del marco de los principios rectores de la política social y económica, ubicó en lugar preferente el derecho a disfrutar del

medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y su obligación de conservarlo, recogiendo el establecimiento de las adecuadas y sanciones penales y administrativas, con obligación de reparar el daño causado por las transgresiones.

Con posterioridad el vigente Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) regula con mucha mayor amplitud y precisión en los artículos 325 a 331 los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, consignándose en el artículo 325 el tipo básico que sanciona al "que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior."

Por el recurrente viene argumentarse con énfasis que no ha existido una transgresión con repercusión penal, o en todo caso no más que la simple transgresión de una disposición administrativa general protectora del mediante ambiente, subrayando que para que pueda actuar el Derecho Penal, se requería algo más.

En primer lugar, para la Sala resulta evidente que desde el mismo momento en que el art. 325 del Código Penal en vigor se refiere de manera expresa al ruido como forma de contaminación punible, está dejando perfectamente claro la naturaleza delictiva del mismo. Desde una perspectiva antropocéntrica del medio ambiente, dicho aserto viene a ser una cuestión pacifica en el seno de la jurisprudencia penal española. Así, en la sentencia de 26 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7194), la Sala II, tras remitirse a la sentencia previa de 11 de marzo de 1992 (RJ 1992\4319), mantiene que jurisprudencia y la doctrina mayoritaria "optan por un concepto de medio ambiente moderadamente antropocéntrico, en cuanto primariamente se adecúa al desarrollo de la persona y se relaciona con la calidad de vida a través de la utilización racional, de todos los recursos naturales -agua, aire y suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando así el ecosistema".

A la contaminación acústica se refiere la Ley del Ruido Ley 37/2003, de 17 de noviembre (RCL 2003\2683), como la presencia en el ambiente de ruidos y vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los cause, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, y para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente. Las Leyes autonómicas también contienen definiciones sobre el ruido.

Si tradicionalmente el ruido se ha incluido entre las actividades molestas hoy está plenamente reconocido que la contaminación acústica puede generar graves perjuicios a la salud física y psíquica de los seres humanos. Pocos pueden discutir que el sometimiento a un ruido excesivo produce traumatismo y perdidas auditivas, vértigos, perturbaciones en el sistema nervioso central, afectaciones respiratorias, cardiacas y circulatorias, hipertensión, fatiga, dolores de cabeza. Y no menos graves son los efectos psicológicos con padecimientos de angustia, pérdidas de concentración, insomnio,

irritabilidad con grave afectación del rendimiento del trabajo físico e intelectual. Y son muchos de estos efectos los que, en el caso, han sido acreditados como sufridos por los denunciantes, y ocasionados y facilitados, en modo respectivo, por quienes recurren. El art. 325 del Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), partiendo de esa concepción antropocéntrica que ha introducido la jurisprudencia, eleva la pena si el riesgo de grave perjuicio fuere para la salud de las personas. Lo cual, viene a confirmar la intención de mantener la susodicha visión antropocéntrica e incorporarla de manera definitiva en el sistema legal penal español.

Conforme a esta tipificación el delito se configura como de peligro concreto, y se integra por una acción típica, con varias modalidades; así como por un elemento normativo consistente en la contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente; y por otro uno subjetivo que viene referido al dolo.

Se discute en el recurso la presencia de dicha elemento intencional, discusión sin eficacia en cuanto no se exige un especial ánimo intensificador, permitiéndose tanto el directo, como al eventual. Así se recoge un la STS de fecha 1998 que dice". En cuanto a la apreciación del "dolo" elemento subjetivo del tipo, ha de indicarse que la no exigencia de un especial ánimo intensificador, permite que el "dolo" reclamado pueda ser eventual. Pese a ello en el presento caso el "dolo" puede calificarse de directo al constar la expresa prohibición realizada por la administración, verificándose los mismos a pesar de aquella prohibición por "J., S.A" y en la Sentencia de la A.P. de Segovia de fecha 31-12-96 que recoge "Acreditada la realidad de los vertidos, la naturaleza da los mismos, su reiteración y el dolo atribuible al acusado que consintió y mantuvo la actividad contaminante de su empresa durante varios años, pese a ser conocedor de las continuas denuncias y actuaciones del Ayuntamiento y del Servicio del Medio Ambiente ("conocimiento que se infiere de los propios escritos suscritos por el mismo y del expediente obrante en autos, al igual que de la declaración del que fuera Alcalde de la localidad)"; y esta misma Audiencia Provincial de Badajoz en Sentencia de fecha 15 de junio de 2005 (ARP 2005\773), desestima el recurso planteado contra la Sentencia de Instancia por haber quedado probado que la acusada conocía los problemas generados a los vecinos por los ruidos de su local -que además no cumplía el horario de apertura- y aun así no cuenta con el correspondiente equipo de música cuyo nivel de ruido era insoportable.

Puede destacarse dada la redacción del tipo penal, cabe tanto la realización activa, como pasiva de la conducta, ya que es perfectamente posible la comisión por omisión, cuando al sujeto no realiza directamente la acción, pero si la permite y no pone los medios necesarios para evitarla, tal como dispone la STS de fecha 27-1-99 (RJ 1999\826) que textualmente dice "La conducta, pese a la forma activa de las locuciones verbales descritas, alcanza sin duda a la comisión por omisión, cuando el sujeto deja, tolera permite en suma, que se produzca la conducta y no pone los medios para impedirlo."

TERCERO.- En el caso de autos, la Juez de Instancia hace una valoración exhaustiva de toda la prueba practicada, apreciación que debe ser mantenida en esta alzada y ello no sólo por cuanto aquella haya cortado con los esenciales efectos que le proporciona la

inmediación y contradicción procesales, estando en mejores condiciones que este órgano ad quem para ponderar todos los elementos de prueba, sino también porque no se advierta que sus conclusiones fácticas sean erróneas, antes al contrario resultan ajustadas a los criterios de la lógica y de la razón.

Es contundente en su extenso Fundamentos Jurídicos Primero a la hora de reflejar el calvario padecido durante siete años por el matrimonio denunciante, debido a una continua conducta de producción de ruidos, procedente de la Discoteca SHOW, en relación con su colindante vivienda. El hecho de que la actividad en la discoteca se iniciara sin autorización administrativa alguna, como se deduce de la propia declaración del acusado; las continuas mediciones del nivel de ruidos, algunas de las cuales arrojaban contradictorios resultados en relación con los obtenidos por percepción auditiva directa de agentes de la Policía local y de la Guardia civil, o bien, a través de sus propias mediciones técnicas.

Es de destacar la testifical de Simón que, a pesar de pretenderse reducir dicha declaración a una mera impresión subjetiva, es lo cierto que es elocuente en cuanto que se manifiesta que pudo percibirse que, aún no recordando fechas, la discoteca funcionaba, y producía ruido, "mucho ruido y vibraciones" que "impedían dormir".

En este punto, los intentos de relativizar dicho testimonio con alusión a que el testigo fue recibido por los denunciantes cuando estaban despiertos, y las dudas ofrecidas respecto a la posibilidad de que dicho criterio pudiera ser sostenido, sin perjuicio del respetable derecho de defensa, son vanos. Por el contrario esta Sala, como lo hiciera la juzgadora, da a dicho testimonio especial relevancia. Como similar relevancia y con similar alcance y efectos, se da especial relevancia a los testimonios de los Srs. Octavio, Evaristo, Adolfo, que percibieron la misma situación. De forma idéntica la describen variados agentes de la Guardia Civil, que aluden a las vibraciones a pesar de la disminución del volumen. Carece de relevancia que los momentos a que estos testimonios se refieren no fueran visitas en que los agentes fueran provistos de sonómetro, en cuanto que son demostrativos per se de la realidad, su gravedad y alcance, y por otra parte, se compadecen con el resultado, que en otras ocasiones si arrojaron mediciones, que fueron superiores al nivel permitido por el Decreto 19/97 de 4 de febrero de 1997 (LEXT 1997\24, 54).

CUARTO.- Las aludidas testificales, analizadas desde la inmediación por la Juez de Instancia, y plasmadas con minuciosidad y dedicación en la sentencia, así como las conclusiones con respecto a cada una de ellas, son elementos probatorios que esta Sala, teniendo en cuenta el privilegio de valoración relacionado con la inmediación de que ha gozado, no puede sino, ante al explícito análisis de la resolución impugnada, corroborar en todos sus extremos.

No se comparte el contenido ni las conclusiones que interesadamente emana el recurrente respecto de las mediciones realizadas por la Guardia Civil y por Técnicos de la Junta de Extremadura que, añaden a su propia virtualidad probatoria, la contundencia de los testimonios aludidos que acreditan la conducta realizada y su gravedad, y, por que no aludir también, a la propia persistente actitud de los denunciantes que han tenido

que sobrellevar durante años la pesada carga no sólo de sufrir el indeseable perjuicio consecuente a conducta enjuiciada como el hecho de sostener -frente a la pasividad y desatención del particular y del responsable municipal un lento y tortuoso camino de constantes denuncias.

Las mediciones han sido variadas, con resultado elocuente, y más hubieran existido de no ser por haber sido frustrados los dos últimos intentos de medición realizados por técnicos de la Junta de Extremadura, precisamente, por la negativa expresa del acusado, sin que justifique dicha negativa el hecho de que, a su entender, las mediciones habrían de haber sido hechos a 95 dB de emisión al tener instalada la discoteca un limitador de potencia, limitador que no ha de ser contemplado a tenor de la normativo del Decreto 19/97 (LEXT 1997\24, 54), que contempla las mediciones teniendo en cuenta el nivel 105 dB, desdén lógico si se piensa en su fácil acceso en cuanto a la manipulación por cualquiera, al poderse desconectar mediante el accionamiento a un simple botón. Se comparte, pues, el criterio conforme al cuál dicho elemento no puede ser contemplado sino como mero elemento contingente de corrección, pero no como elemento habilitante de una suerte de autorización de la actividad.

Significativo es, por otra parte, que la medición realizada por perito que actúa a instancia del recurrente, con el nivel de 95 dB que exige el mismo y conectado su limitador, arroja, curiosamente un resultado positivo.

De todo ello se colige que los ruidos soportados -y se insiste durante seis años con escasos intervalos de cesación por los vecinos denunciantes están muy por encima de los permitidos. En definitiva, no existe un error en la valoración de la prueba, sino una interpretación interesada de la recurrente, que queda plasmada en su curso y que esta Sala no comparte, existiendo pruebas de cargo, que ya han quedado explicadas, que hacen al recurrente acreedor a la condena que se ha emanado.

En similares términos se pronunció esta Sala en un supuesto muy parejo, en Sentencia de 15/06/2005 (ARP 2005\773) ponente D. Enrique Martínez Montero de Espinosa donde, en términos literales, se decía

"... La Sala considera que el Juzgador del Primer Orden Jurisdiccional sí ha realizado una aplicación correcta de lo dispuesto en al artículo 325 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), al darse todos y cada uno de los requisitos exigidos, tanto de orden subjetivo como objetivo, para que dicho penal quede integrado, desde el punto de vista objetivo la sentencia de Instancia expone de forma clara porque concurre, baste comprobar el punto 4º del fundamento jurídico primero de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 52/2003 de 24 de febrero (RJ 2003\950) para comprobar que debe entenderse como "disposición de carácter general" y cuya contravención implica el cumplimiento del elemento normativo del tipo objetivo del delito contra el medio ambiente contemplado en el artículo 325 del CP, y que textualmente viene a reseñar "Así pues, si bien es cierto que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar leyes sobre Derecho Penal, dicho principio no sufre menoscabo cuando es la legislación estatal la que determina la pena y fija al núcleo esencial del injusto, limitándose a remitir a la legislación, autonómica aquellos aspectos extra penales que son de su competencia. Así el artículo 149.23 de la Constitución (RCL 1978\2836)

establece que el Estado tiene competencia exclusiva respecto a la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio, añade, de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección".

Es indudable, añade, por tanto que las Comunidades Autónomas tiene facultades para dicta "leyes o Disposiciones Generales protectoras del medio ambiente", cuya infracción constituye un elemento normativo del tipo penal en el delito ecológico."

El tipo penal contemplado en el citado artículo 325 CP en un delito de peligro concreto, que se consuma por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones alternativas descritas en el precepto, sin que sea necesario para que tenga lugar su efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado, ya que estaríamos ante un delito de lesión, que se penaría separadamente, tal y como estableció la Sentencia del Tribunal Supremo de 30-1-2002 (RJ 2002\3065), la gravedad del riesgo producido es la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas "puedan perjudicar gravemente el equilibro para los sistemas naturales" y si como en el supuesto hoy sometido a nuestra consideración acontece "si el riesgo de grave perjuicio fuese para a las personas, la pena da prisión se impondrá en su mitad superior, tal y como recoge la sentencia del TS de 24-2-2003 (RJ 2003\950), Y precisamente el ruido aparece expresamente recogido en el artículo 325, como uno de los elementos descriptivos del tipo. El elemento normativo está integrado por la contravención de leyes y otras generales en este caso en el Decreto 19/97 de 4 de febrero (LEXT 1997\24, 54) de Reglamento de Ruidos y Vibraciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura

Así mismo diremos que tal y como recogen las Sentencias del Tribunal Constitucional de 29-5-01 (RTC 2001\119) y 23-2-04 (RTC 2004\16), cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en peligro la salud de las personas, tal y como ocurre en el supuesto sometido a la consideración de la Sala, esta situación podía implicar una vulneración del derecho a la, integridad física y moral (art. 15 CE). Un efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 de la CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión rehusen el umbral, a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 de la CE.

Finalmente y desde el punto de vista subjetivo consideramos que también se dan los elementos del tipo penal en relación a la actuación de la condenada pues baste hacer un examen cronológico de las actuaciones para comprobar la hoy recurrente siempre había sido consciente de que la actividad de bar-cafetería que desarrollaba generaba permanentemente una contaminación acústica insoportable para sus vecinos así: la condenada que incumplía sistemáticamente el horario permitido para la actividad de bar cafetería pues el local quedaba abierto hasta horas de la madrugada siempre ha reconocido ser consiente de los problemas generados por los ruidos, problema que surgió el mismo día de la apertura del local.

En marzo de 2001, ante las quejas del vecino Guillermo, y antes de cualquier medición de ruidosa, se efectuó una primera e insuficiente obra de insonorización del local, pues con carácter previo a la apertura del mismo no se había realizado ningún trabajo en este sentido, dado que el local estaba destinado a ser un bar cafetería que no admite la existencia de equipos musicales.

En el mes de abril de 2001 folio 135 y ss. se realiza, a presencia de la condenada, la primera medición de ruidos efectuada por técnicos de la Junta de Extremadura, con los resultados citados en la sentencia, es decir, con un nivel de transmisión de ruidos calificado como "intolerable", siendo el resultado del dictamen "negativo". En ésta medición se hace constar como equipo en funcionamiento: folio 136, "equipo musical existente en el café Thompson VTCD 850". Por tanto, a ésta fecha, a pesar de la anterior obra realizada, la condenada era perfectamente consciente de la conducta realizada.

Hasta el día 27 de julio de 2001 el local continua abierto generando los mismos ruidos, si bien en ésta fecha, por Decreto del alcalde f.328 se procede a su cierre "hasta que se instalen y comprueban las medidas correctoras". Curiosamente, en esa misma fecha de 27 de julio la interesada ya declara que, f.343, "no tiene en el local ningún equipo reproductor de música" y, como consta al folio 349, en agosto de 2001, la empresa "Aislamientos Calamonte" indica que el local ha sido sometido a un tratamiento de corrección de ruidos, sin duda parcial, pues en el propio informe se expresa que el interior del local tiene insonorización natural, cosa que no deja de ser como mínimo curiosa.

Pues bien, resulta que:

-El 17 de septiembre de 2001, folios 388 y ss. se realiza un nuevo informe de medición de ruidos realizado por técnicos de la Junta de Extremadura y consta en el mismo como "Equipo en funcionamiento f.389 Equipo musical Thomson VTCD 850". Es decir, no era cierto lo manifestado por la condenada en su escrito de 27 de julio de 2001.

-Que en diciembre de 2001, como acredita el Acta emitida por Técnicos de la Consejería de Sanidad y Consumo de la J.E.X. f.402 continúa en el local habiendo equipo musical, que recordemos está autorizado en este tipo de locales.

-Que en el primer informe sonométrico elaborado por la Guardia Civil f.405 y ss. de 7 de abril de 2002 el dictamen vuelve a ser "negativo", con nivel de ruido intolerable por ejemplo en el salón-comedor de la vivienda superior.

De todo lo anterior se acredita que la condenada consciente del problema de ruidos que venía generando desde hace meses, no retiró el equipo musical aún cuando conocía, y siempre lo ha reconocido la propia inculpada que se estaban ocasionando perturbaciones a los vecinos.

...difícilmente se pueden cuestionar los informes de medición de ruidos realizados por los miembros de la Guardia Civil, pues baste comprobar las técnicas empleadas para su realización y el contenido de los mismos, para comprobar que estos se han realizado correctamente y ajustándose a la normativa legal, no pudiéndose olvidar que son

pruebas periciales ratificadas en el acto del juicio oral y que no han sido desvirtuadas, a criterio de la Sala, por pruebas objetivas en contrario, así tenemos las mediciones realizadas por el Seprona los días 7-4-02 obrante a los folios 219 a 232 y el 11 de septiembre de 2002, obrante a los folios 246 a 263, como prueba acordada por el Instructor, dichas pruebas se practicaron conforme a las directrices legalmente establecidas, es más la condena no sólo se impone en base a dichas pruebas sino también a los informes emitidos por los Técnicos de la Junta de Extremadura, por ello consideramos que no ha existido ni infracción de los artículo 25 y 31 del Reglamento de Ruidos y Vibraciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura (LEXT 1997\24, 54), pues los valores detectados son superiores a los admitidos por dicha normativa al se ha infringido norma alguna en su realización, por lo que debemos desestimar dicho aspecto del recurso.

QUINTO.- Se argumenta acerca de la inexistencia de delito por cuanto, partiendo de la base de que la sentencia se ha basado en el decreto 19/97 (LEXT 1997\24, 54) de la Junta de Extremadura, esta última no es una normal, general protectora del Medio Ambiente, de lo que concluye la ausencia del elemento normativo del tipo penal.

Pues bien, esa específica conducta del art. 325 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) que es la "producción de ruidos", debido a una serie de circunstancias especiales, se complementará, en gran manera y como norma penal en blanco que es, con disposiciones normativas procedentes del ámbito de la Administración local.

Además, son las autoridades locales las que están en mejores condiciones de afrontar la "policía de la tranquilidad". En esa línea además, la sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8750) pone especial énfasis en la competencia local cuando se trata de ruidos. La Sala III expresa que el tema es competencia de todos los poderes públicos, paro sobre todo "los Ayuntamientos... tienen que mostrarse particularmente rigurosos en eme problema de respeto al medio ambiente, acústico entre otros", Añade además la Sala III, que se trata de un tema ambiental en el que hay que poner, por consiguiente, especial cuidado: "En este problema de respeto por el medio ambiente, los poderes públicos tienen que mostrarse particularmente rigurosos... pues muchos de sus aspectos afectan a la supervivencia, y otros, como el de la contaminación acústica, a la salud y a la convivencia civilizada".

Pues bien, en línea con lo dicho, el art. 25.2.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985\799, 1372), reguladora de las Bases del Régimen Local, otorga a los entes municipales la competencia genérica en materia de protección del medio ambiente", además, y más directamente relacionada con el ruido, el art. 25.2.b) otorga también competencia sobre "la ordenación del tráfico de vehículos... en las vías urbanas". Todo ello sin olvidar que el art. 42.3.b) de la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986\1316), General de Sanidad, confía a la responsabilidad de los Ayuntamientos el "control sanitario de ruidos y vibraciones". A su vez, el art. 1, 1.° del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956\85) (39) señala que los Ayuntamientos podrán intervenir las actividades de sus administrados, entre otros supuestos, "...cuando existiere perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad... con el fin de restablecerlas o conservarlas".

Hay que señalar que esa complementación de la norma penal en blanco en mataría de ruidos con disposiciones normativas procedentes del ámbito local se ha visto refrendada en la práctica con la sentencia de 9 de noviembre de 2000 (ARP 2000\2659) de la Audiencia Provincial de Palencia.

En fecha 24 de febrero de 2003 (RJ 2003\950) la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha confirmado íntegramente la sentencia de 9 de noviembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Palencia. Como consecuencia, la primera sentencia de condena penal en materia de ruidos adquiere una solidez más evidente.

Otra sentencia indicativa de lo dicho es, a su vez, la de 13 de mayo de 2002 (JUR 2002\174467), dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Esta resolución judicial pone de manifiesto igualmente la necesaria e inevitable complementación del art. 325 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) con disposiciones normativas procedentes del ámbito local. Esta sentencia, si bien es absolutoria, habida cuenta diferentes defectos, algunos de los cuales eran de naturaleza puramente procesal, relaciona los resultados de las mediciones efectuadas en un supermercado con los límites establecidos en la Ordenanza en ene momento en vigor en la ciudad de Zaragoza. Así, dice la sentencia:

"El tajador y los roles se usan en horario comercial, siendo el nivel tolerado por las Ordenanzas en aquella época hasta 45 decibelios de 8 a 22 horas y 27 en horario nocturno". En la calificación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular se hablaba, como normas complementarias del art. 325 del Código Penal, del RAMINP y de las Ordenanzas de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Zaragoza.

En lo que a nuestro caso respecta, la Sala discrepa de la interesada interpretación que el recurrente realiza en torno a lo que debe entenderse por contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general que aparece como un elemento normativo del tipo objetivo del delito contra el medio ambiente.

No plantea cuestión el término "leyes", mayor dificultad interpretativa plantea la expresión "disposiciones de carácter general".

Son diversos los criterios interpretativos que se han seguido para esclarecer lo que se entiende por disposiciones de carácter general. Una posición minoritaria opone de disposición general a disposición especial, en el sentido de excluir las normas dictadas para sectores específicos (contaminación del aire, del agua, etc.), otros, igualmente minoritarios enfrentan la disposición general con la autonómica o local, lo que supone desconocer las competencias de las Comunidades Autónomas. Otros, con mejor criterio, enfrentan la disposición de carácter general a aquélla que se refiere a una infracción administrativa singular, dictada para la resolución de un caso particular.

La reserva de Ley Orgánica en materia penal no impide, ha expresado el Tribunal Constitucional, la remisión a normas de rango inferior para integrar un tipo cuyo núcleo esencial se describa en el Código Penal, por lo que es perfectamente posible que la remisión se efectúe a Reglamentos y a Leyes estatales que no sean orgánicas.

En cuanto al alcance autonómico de las disposiciones de carácter general, la entrada en vigor de la Constitución supuso un giro importante en la concepción competencial de los diferentes órganos de las Administraciones Públicas vinculados al medio ambiente. Así, de una concepción centralista se pasó a una evidente descentralización competencial que primó en gran medida a las Comunidades Autónomas.

El art. 149.1.23.° CE (RCL 1978\2836) especifica entre las competencias exclusivas del Estado la "legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. Por su parte, el art. 148.19.° CE atribuye a las Comunidades Autónomas "la gestión en materia de protección del medio ambiente".

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 102/1995, de 26 junio (RTC 1995\102), examina la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente y comentando los artículos de la Constitución declara que, por una parte se dice que "en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde" a las Comunidades Autónomas "el desarrollo legislativo y la ejecución" en la materia de "protección del medio ambiente", sin perjuicio de las facultades de aquéllas para establecer normas adicionales de protección y por otra parte, que la función ejecutiva de la legislación estatal sobre protección del medio ambiente que a veces se llama "gestión", incluidos los vertidos industriales y contaminantes en ríos, lagos y aguas territoriales (en su caso) corresponda a las Comunidades Autónomas. Añade dicha sentencia que el juego recíproco de las normas constitucionales (arts. 148.19 y 149.1.23 CE) y de las estatutarias pone de manifiesto "sin lugar a dudas, que las Facultades ejecutivas o de gestión en materia de medio ambiente, en general... corresponden a" las Comunidades Autónomas "y no al Estado" (SSTC 149/1991 [RTC 1991\149] y 329/1993 [RTC 1993\329]). Por tanto, el listado strictu sensu, tiene una competencia sobre el medio ambiente, compartida con las Comunidades Autónomas.

Así, pues, si bien es cierto que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar Leyes sobre Derecho Penal, dicho principio no sufre menoscabo cuando es la legislación estatal la que determina la pena y fija el núcleo esencial del injusto, limitándose a remitir a la legislación autonómica aquellos aspectos extra-penales que son de su competencia

Es indudable, por tanto, que las Comunidades Autónomas tienen facultades para dictar "Leyes o disposiciones Generales protectoras del medio ambiente", cuya infracción constituye un elemento normativo del tipo penal en el delito ecológico.

SEXTO.- Se argumenta igualmente acerca de la vulneración de los principios acusatorio y de intervención mínima. Con acierto al respecto el Ministerio Fiscal la inexistencia de vulneración alguna al respecto, concurrencia la mera construcción técnica de atribución del subtipo agravado que, en pura lógica, toma como presupuesto la conducta base del tipo con el que se integra a efectos penales y procesales.

Partiendo del tipo base, el examen del art. 325 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que

permitirá establecer la subsunción concreta de los hechos en dicho precepto de una parte, y de otra, la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que "si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior". La calificación de las partes acusadoras en relación con el artículo 325.1° inciso final es perfectamente acorde y la sentencia condenatoria perfectamente congruente con las mismas.

El Tribunal Constitucional también ha examinado la afectación de derechos constitucionales a consecuencia de la contaminación acústica. Así, en la Sentencia 119/2001, de 24 mayo (RTC 2001\119), en la que se conoció de demanda interpuesta por quien se sentía perjudicada por las actividades desarrolladas en una discoteca sita en los bajos de la finca en la que residía, se declara que el derecho fundamental a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales, lo que también viene recogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 2004 (RTC 2004\16).

Y se requiere, además, que esa puesta en peligro de estos bienes constitucionalmente protegidos lo sea con entidad y gravedad suficiente para que se justifique la intervención del Derecho Penal.

Respecto al requisito de la gravedad se pronuncia la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo 96/2002, de 30 de enero de 2002 (RJ 2002\3065) en la que se declara que la exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (S 105/1999, 27 de enero [RJ 1999\826]). Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP habrá que acudir, como dijo la citada sentencia 105/1999, de 27 de enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor: antropocéntrico, es decir, y en lo que respecta al caso que se enjuicia, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, peligro que además en el caso se ha acreditado tornó en efectivo daño.

Cuando se trata de contaminaciones acuáticas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito disciplinario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido.

Considera la Sala igualmente acreditado el elemento intencional o subjetivo. Como señala la Sentencia de esta Sala 822/1999, de 19 de mayo (RJ 1999\5409), el tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta,

activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro. Aparece probado que el recurrente ha creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los denunciantes del inmueble contiguo que han resultado afectados por las inmisiones de ruido procedentes de la discoteca de la que era responsable titular, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas, superándose el umbral que separa el ilícito meramente administrativo del ilícito penal.

Por ello, se dice que concurren cuantos elementos pertenecen al tipo objetivo, tanto los descriptivos, como los normativos, así como los propios del tipo subjetivo, ya que el acusado tenía conocimiento de que estaba contraviniendo el Decreto 19/97 (LEXT 1997\24, 54) de la Junta de Extremadura, en el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas, y asimismo era consciente de que las inmisiones de ruidos superaban en mucho los limites máximos permitidos, habían creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas. Por eso la sentencia, ha aplicado correctamente el art. 325 del Código Penal al condenar al acusado como autor de un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica.

No resulta oportuna la invocación del principio de intervención mínima. Como antes se expresó, el examen del art. 325 del Código Penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto alude a que si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior".

La sanción penal procede por cuanto se trata de conducta que ha puesto el bien jurídico protegido en una situación de peligro grave, correspondiendo la protección ordinaria, tanto preventiva como sancionadora, a la actuación y regulación administrativa. La técnica más adecuada de protección del medio ambiente frente a los ataques más graves, que puedan constituir infracciones penales, es la de los delitos de peligro, pues la propia naturaleza del bien jurídico "medio ambiente" y la importancia de su protección exige adelantarla antes de que se ocasione la lesión.

SÉPTIMO.- Con carácter subsidiario se argumenta que, aunque lo que aludió a la cuestión sino en trámite de conclusiones finales, el juzgador debió apreciar de oficio la prescripción. Se dice así que las mediciones estarían prescritas al haber transcurrido más de tres años desde los hechos imputados hasta su denuncia ante el Juzgado de Instrucción. El motivo decae sin mayor argumentación, al haberse acreditado que la actividad se viene realizando desde el año 1997 y de forma continuada se desarrolla hasta el año 2004. Cuestión diferente es el relativo a las fechas de las pruebas de medición, pruebas que resultaron acreditativas junto con otras, de la realización de la

conducta y el. incumplimiento continuado desde aquella fecha inicial de los requisitos de insonorización exigidos por la normativa aludida.

El art. 114 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) establece como término inicial de la prescripción el día en que se hubiere cometido el delito, (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1991), lo que significa que es preciso atender, como norma general, al momento de su consumación por concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos del mismo, sin perjuicio de que su descubrimiento o denuncia sea posterior (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1992 [RJ 1992\4251], 20 de octubre de 1993 y 22 de octubre de 1994 [RJ 1994\8163]); si bien, cuando se trate de un supuesto en el que no consta la fecha de la comisión y si la del descubrimiento o denuncia del hecho delictivo, no puede aplicarse la prescripción, pues se trata de un hecho de naturaleza impeditiva o extintiva, y no meramente negativo, por cuya razón la carga de su prueba incumbe a la parte que la alega y no se encuentra amparada por la institución de la presunción de inocencia, ni siquiera por el aforismo "in dubio pro reo" (Sentencias de 4 de noviembre de 1988 [RJ 1988\8969], 21 de junio de 1991 [RJ 1991\4782] y 21 de octubre de 1992 [RJ 1992\8416]), matizando así la doctrina de ámbito más general recogida en la sentencia de 10 de junio de 1990 [RJ 1990\5252]).

OCTAVO.- Igualmente se manifiesta disconformidad con la pena de multa impuesta que se considera desproporcionada, injustificada y no probada la capacidad económica de quien recurre. La cuota de la multa CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS, se considera que está ajustada a derecho, porque la misma está muy cercana a la mínima legalmente prevista, pero sin llegar a serlo, pues no estamos en absoluto ante un caso de indigencia, y por el contrario el denunciado tiene capacidad para hacerla frente; siendo benevolente en el entendido que la cuota mínima real de la multa para personas socializadas y no indigentes, se coloca en la jurisprudencia en los 6 euros, por una parte, y teniendo en cuanta, de otra, los beneficios que el recurrente ha obtenido a consecuencia de la explotación del negocio durante al menos el tiempo en que han durado los padecimientos de los denunciantes.

Similar falta de sustento presenta la discrepancia con la no aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas que el recurrente entiende debió ser aplicada de oficio por la juzgadora. En este sentido, y en primer lugar, un examen de los autos permite constatar que no ha existido protesta alguna por parte de la defensa durante todo el procedimiento en torno a la cuestión que ahora plantea. Para la apreciación de la pretensión de quién invoca tal derecho fundamental es preciso que previamente lo haya intentado hacer valer ante el órgano jurisdiccional, solicitando la supresión de las dilaciones y la finalización del proceso, con agotamiento de los recursos disponibles, y ello como manifestación del deber de colaboración que compete a la parte, y que puede configurarse como una verdadera carga procesal (Sentencias del Tribunal Constitucional 150/93 de 3 de mayo [RTC 1993\150], 179/93 de 31 de mayo [RTC 1993\179], 8 [RTC 1994\8] y 13/94 da 17 de enero, 132 y 143/94 de 9 de mayo, 241/94 de 20 de julio, 270/94 de 17 de octubre, 149/95 de 16 de octubre, 22/97 de 11 de febrero, 136/97 de 21 de julio, 140/98 de 29 de junio [RTC 1998\148]; Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1991 [RJ 1991\9630], 12 de febrero y 6 de julio de 1992, 11, 18 y 27 de octubre de 1993, 25 y 26 de enero, 1 de febrero, 15 y 30 de

septiembre, 13 de octubre, 7 de diciembre de 1994, 9 y 17 de febrero, 29 de abril de 1995, 20 de abril y 12 de diciembre de 1996 [RJ 1996\8902], 27 de enero [RJ 1997\5594], 30 de junio de 1997 [RJ 1997\5835]), debiendo razonarse y acreditarse también el perjuicio irrogado por la dilación denunciada (Sentencia 152/87 de 7 de octubre [RTC 1987\152]); desde el punto de vista negativo, la actuación procesal dilatoria y torticera de la parte que invoca el derecho fundamental excluye su apreciación (Sentencia 206/91 de 30 de octubre [RTC 1991\206]; sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1993 [RJ 1993\6491])

No puede afirmarse, desde luego, que la conducta de los imputados se haya ajustado en el presente caso, a dichos parámetros.

La solidez y reiteración de la doctrina jurisprudencial expuesta (confirmada por las sentencias del Tribunal Constitucional 381/93 de 20 de diciembre [RTC 1993\381], 8/94 de 17 de enero, 35/94 de 31 de enero [RTC 1994\35]) no permite seguir la posición adoptada por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9313), quo pretende una reparación de daño causado aminorando la gravedad de la pena legalmente establecida mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 9.10 del Código Penal (RCL 1973\2255), pero sin precisar cuál es si término de analogía o relación de dicha atenuante, e incurriendo en el error de fundar la atenuación en la menor culpabilidad del agente, que nada tiene que ver con la tardanza en la tramitación del proceso; por otro lado, dicha resolución no ha tenido continuidad en las sentencias posteriores sobre la materia (así lo afirman expresamente las sentencias de 30 de octubre de 1992 [RJ 1992\8555], 9 de febrero [RJ 1993\945], 26 de marzo [RJ 1993\2586], 12 de mayo, 16 y 24 de junio, 28 de octubre, 24 de noviembre y 7 de diciembre de 1993 [RJ 1993\9394], 26 y 28 de enero, 1 de febrero, 9, 19 y 28 de marzo, 10 y 14 de mayo [RJ 1994\3700] 15, 22 y 23 de septiembre, 27 de diciembre de 1994, 19 y 24 de enero [RJ 1995\159], 5 de junio de 1995 [RJ 1995\4519], 31 de enero de 1996 [RJ 1996\277]).

En cualquier caso, no concurrirían los elementales presupuestos objetivos que permitirían tomar en consideración la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal si tenemos en cuenta que el transcurso del tiempo se compadece con la complejidad del asunto, el propio procedimiento, la naturaleza de las pruebas practicadas, informes técnicos complejos en su realización y emisión, instrucción relativamente laboriosa, que impide hablar de desproporción o, en suma, indebida dilación.

Finalmente, y en cuanto a la discrepancia final relativa a la cantidad que en concepto de responsabilidad civil se ha fijado, esta Sala responderá al analizar el único motivo del recurso interpuesto, en relación con dicha cuestión, por la parle perjudicada.

2.- *Recurso interpuesto por D. Manuel*

NOVENO.- Las anteriores consideraciones resuelven, en sustancial medida parte de las argumentaciones que en dicho recurso se contienen.

Resulta aplicable a la contaminación acústica la modalidad prevaricadora prevista en el art. 329 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) que castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes o que con motivo de sus inspecciones hubiesen silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, igualmente se castiga a la Autoridad o funcionario público que por si mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

No cabe dudar que en conductas como la que enjuiciamos, la función de la administración, encarnada en marco de la actividad de concesión de licencia y vigilancia y control en la persona del alcalde denunciado, es relevante.

La actuación de garante del medio ambiente comporta la exigencia a la administración de un control efectivo de la actividad industrial y, en general, económica y, consecuentemente, debe regularizar las disciplinas que afectan al medio ambiente y controlar la vigencia de las normas que de ellas emanan. Y ello es así en cuanto, en definitiva, desarrolla un papel prioritario en la actuación medio ambiental y en el despliegue de mecanismos de control para su protección.

El recurso reproche error en la valoración de la prueba. Discrepa del relato fáctico construido en la sentencia de instancia y alude -por contra- a "los verdaderos hechos datos y enumerados en autos que dice haber avalado en todo momento el Sr. Secretario en su declaración a quien parece trasladarse la responsabilidad al sostenerse que era dicho funcionario quien "asesoraba" limitándose el edil a firmar, y a remitir en la mayor parte de las ocasiones a un órgano consultivo y asesor cuál es la Comisión de Actividades Clasificadas, en cuadradas en un procedimiento administrativo común.

Entiende la Sala que ha existido prueba suficiente, correctamente expuesta, analizada y valorada por la juzgadora que pone de relieve, sustancialmente, un claro supuesto de acción e inacción que encaja en la previsión del art. 329 del CP como si se tratara de un encubrimiento específico, en función de la existencia de una equiparación de la acción a la omisión que requiere la comisión omisiva del delito medioambiental, de manera que el art. 329 resulta de clara aplicación y acreditación en supuestos como el presente, en el que no existe la equiparación que exige la comisión por omisión.

Es de destacar el actuar del recurrente cuando tras ordenar la clausura de la actividad en el mes de julio del año 2000, instó el 4 de agosto una nueva medición, después de que se realizara determinadas obra por el titular consistente básicamente en la sustitución de la puerta de entrada. Pues la medición realizada en la puerta arrojó resultado favorable, lo que no impidió que antes de ser conocido el 14 de septiembre, el imputado concediera una licencia provisional de difícil encaje en la normativa administrativa.

Como resalta la sentencia de instancia, la prueba practicada revela que la discoteca desarrolló su actividad desde el año 1993 hasta el 2000 sin ninguna cobertura administrativa, pero con conocimiento del recurrente, consciente y conocedor de la situación provocada y denunciada múltiples veces por los afectados, de las que existe

elocuente constancia, así de las directas comunicaciones dirigidas al edil, situación sobradamente conocida además según declaraciones de agentes de la Policía local.

A pesar de dicho conocimiento y de las constantes quejas y denuncias y de los contradictorios resultados de las mediciones acústicas, en buena medida debido a que varias de ellas se realizaron al margen de exigido en el Decreto de 1997 (LEXT 1997\24, 54), el alcalde concedió Licencia Definitiva en fecha 4.1.2001., y lo que es más sorprendente, tras conocer el contenido de un informe de la Junta de Extremadura de fecha 17.5.200, que hacía constar resultados sonoros superiores a los permitidos, y que pese a ser inmediatamente anterior en la cronología, fue obviado de forma intencionada.

Concurre por tanto, y con claridad, el elemento consistente en silenciar con motivo de las inspecciones, la infracción de Leyes o disposiciones de carácter general que las regulen que es la segunda de las modalidades de la conducta típica. Se trata, consecuentemente, de una omisión de quien está en posición de garante que deja de hacer lo que el ordenamiento le exige. Concurre la conducta consistente en la no realización de una acción tendente a evitar que un inicial peligro se convierta en otro penalmente relevante y además en un resultado lesivo grave. Y es una conducta que la abundante prueba revela que se ha producido a sabiendas, resultando irrelevante y desde luego difícil de acoger, la tesis que insiste en desconocer los hechos y remitir la responsabilidad sobre los mismos, ora al Secretarlo del Consistorio, ora a otro órgano administrativo, y con menor razón, las manifestaciones relativas a que firmaba sin leer, que desconocía los horarios de apertura y cierre de la discoteca o de otros locales de ocio, etc; argumentaciones que, en cualquier caso, han sido sólidamente desmentidas no tanto por la tozuda fuerza de los documentos como por las declaraciones del sr. Secretario, que sostiene una versión diametralmente opuesta que apunta más bien a que el Alcalde estaba al tanto de todo, era totalmente conocedor y ordenaba y disponía hasta en el particular, de los detalles.

Esta exigencia de reforzamiento de elemento cognitivo del dolo, la expresión "a sabiendas", significa que el funcionario debe conocer los distintos elementos normativos que se reiteran en el tipo penal y conocer la injusticia del acto que realiza, al menos por dolo eventual, pues esta clase de dolo mantiene intactas las exigencias cognitivas clásicas del dolo y reduce la intensidad en la exigencia del elemento volitivo del dolo. La injusticia ha de ser conocida por el autor del hecho delictivo. Y esto es, en definitiva, lo que puede afirmarse en el caso enjuiciado.

DÉCIMO.- La conducta del recurrente, acreditada debidamente en autos, es contraria a la legalidad y además arbitraria e injusta, pues el delito de prevaricación, como ha precisado la Jurisprudencia Civil (SSTS, por todas, de 21/3/2000 [RJ 2000\2441]) requiere ciertamente, y como el recurrente señala, "una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho", de modo que el Derecho Penal solo se ocupará de las sanciones a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho

para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger (STS 4/12/03 [RJ 2004\1781]) y además, la expresión "a sabiendas" empleada por el artículo 404 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777)- "exige una intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, que se trata del elemento de la culpabilidad en que reside la primordial diferencia cualitativa entre la ilegalidad administrativa y tipicidad penal, y ésta exige que nos hallemos ante un ataque de cierta intensidad a la legislación administrativa, siendo necesario este grado de intensidad para situar en su debido plano la intervención última del derecho penal" (TS de 26/10/2000 [RJ 2000\8798]).

La molesta y dañina actividad ha venido desarrollándose durante 6 años, funcionamiento que no se ha visto, en lo sustancial, suspendido pese a las denuncias, y las mediciones varias oficiales y se ha podido realizar con el comportamiento activo y omisivo del responsable administrativo que ha de responder penalmente cómo autor en cuanto que, claramente, ha tenido una posición de dominio y capacidad decisoria en relación concreta con el hecho delictivo, que lo es por su gravedad frente al mero ilícito administrativo. Y los hechos revisten tal gravedad que hubieran debido llevar a la consecuencia jurídica, prevista en la normativa vigente, de ordenar el cese definitivo de la actividad, pues es evidente que, teniendo a su disposición recursos legales para evitar aquellos daños, el máximo responsable del Ayuntamiento no lo hizo, con una clara dejación de su deber de velar por el cumplimiento del deber general de respeto a los derechos de las persona que se han visto indudablemente afectados...

A partir de los hechos que la juzgadora, y ahora esta Sala dan por probados, cabe concluir que, efectivamente, se dio esa circunstancia que, en su supuesto de hecho, contempla el precepto penal, y que viene referida a la transcendencia que la actividad enjuiciada ha tenido para la tranquilidad, sosiego emocional, salud física y psíquica de los vecinos denunciantes.

Desde luego, la jurisdicción de los Tribunales no puede quedar limitada, en lo que se refiere a la protección de los intereses individuales, por la existencia de unas licencias administrativas, "Provisional y Definitiva" a las que cabe tildar cuando menos de muy irregulares, y las que, sin duda, no ha constituido garantía alguna de la evitación de un daño, sino más bien de la perpetuación del mismo. Actividad por un lado y omisión por otro, que teniendo como responsable al recurrente, junto con el codemandado titular del establecimiento, han perjudicado indudablemente a los denunciantes que han tenido que soportar por ello molestias que no tienen el deber jurídico de soportar, amén del sostenimiento de una larga y perturbadora batalla legal que, desde luego se hubieran, al menos paliado si el recurrente, en el ámbito de su competencia no hubiera hecho dejación de su función y hubiera adoptado las medidas necesarias para exigir el cumplimiento de la Ley y ello se insiste tras conocer mediciones oficiales negativas y obstrucciones por parte del titular de la discoteca a las actuaciones de los técnicos oficiales de la Administración Autonómica...

UNDÉCIMO.- Recurso interpuesto, por adhesión, por la parte denunciante.

El recurso se limita a impugnar en un único motivo, la cuantificación de la responsabilidad civil establecida en la sentencia. El motivo parte del reconocimiento de la soberanía del juzgador de instancia en cuanto a la fijación del importe. Y la Sala, no puede sino abundar dicho criterio en cuanto que los argumentos añadidos para considerar que ha existido una infravaloración, no dan pié a exceptuar dicha general regla.

La juzgadora valora como adecuada la cantidad de 7.000 euros en favor de cada uno de los perjudicados, en atención a lo dilatado del período en que la molesta actividad ha tenido lugar. Para cuantificar la indemnización ha tenido en consideración -y así se especifica en la sentencia- las circunstancias, molestias, incidencias en la calidad de vida, la erosión que en sus vidas ha debido ocasionar el sostenimiento de una batalla que ha incluido el haber de impetrar el auxilio judicial.

En consecuencia, y respondiendo, a un tiempo, al último motivo de recurso interpuesto por el particular, la juzgadora ha valorado el daño moral en su amplitud determinando una cantidad que, esta Sala no puede mutar, ya sea al alza o a la baja, en tanto en cuanto no encuentra motivos para tildarla de arbitraria, excesiva o exigua. Es lo cierto que el concepto de daño moral ha venido sufriendo una evolución en la jurisprudencia hacia concepciones más amplias, de la que es claro exponente la sentencia del TS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000\3749), seguida de otra varias del mismo signo, incluyendo no sólo el derivado de afecciones físicas, sino también psíquicas, como "el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual" (S. 23 de julio de 1990 [RJ 1990\6164]), "impotencia, zozobra, ansiedad o angustia" (6 de julio de 1990 [RJ 1990\6245]), "la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio e incertidumbre" (S. de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995\4089]), "el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente" (S. de 27 de enero 1998 [RJ 1998\392]) o "al impacto, quebranto o sufrimiento psíquico" (S. 12 de julio de 1999 [RJ 1999\4770]).

Como afirma la Sentencia del TS de 7 de julio de 1992 (RJ 1992\6137), a diferencia de los daños materiales, que han de probarse, los daños morales no necesitan en principio probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos. La única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el "quantum" indemnizatorio, en el ejercicio de una prudente discrecionalidad, cuyo ejercicio como se ha dicho, esta Sala no puede reprochar.

Valoradas las circunstancias del caso y partiendo del inmutable relato de hechos probados de la sentencia y de su propia fundamentación, y teniendo en cuenta, como se ha dicho, que acreditar un perjuicio moral es algo prácticamente inviable, aunque la realidad en el presente caso tampoco puede negarse; debe encontrarse adecuada, y en cualquier caso inmutable, la cantidad que ha sido fijada en sentencia.

DUODÉCIMO.- No apreciando temeridad o mala fe, la Sala no considera procedente la imposición de una condena por las costas que en la alzada hubieran podido causarse.

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

FALLAMOS: Que Desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Carlos Daniel; representado por la Procuradora de los Tribunales DÑA. ASCENSIÓN MATEOS CABALLEROS; y defendido por el Letrado D. MANUEL BORREGO CALLE; así como el recurso interpuesto por D. Manuel; representado por el Procurador de los Tribunales D. JOSÉ ANTONIO MALLÉN PASCUAL; y defendido por el Letrado D. SANTIAGO LAVADO; así como también desestimamos el interpuesto por adhesión por D. Mauricio Y DÑA. María del Pilar; debemos confirmar y confirmamos íntegramente la expresada resolución, declarando de oficio las costas que la alzada hubieren podido causarse.

Contra la presente Sentencia no cabe ulterior recurso, salvo el de Aclaración para corregir algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga o corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, recurso a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución. [art. 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985\1578, 2635), del Poder Judicial]; todo ello referido a la parte dispositiva o fallo de la resolución. Asimismo podrá instar la parte, si a su derecho conviniere y hubiere motivo para ello, se declare la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular, conforme a lo dispuesto en el art. 240.2 de la Ley Orgánica 6/85 de 1 de julio DEL PODER JUDICIAL, según modificación operada por Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre (RCL 1997\2878), derecho a ejercitar en el plazo de veinte días contados desde la notificación de la sentencia o resolución.

Notifíquese la anterior Sentencia a las partes personadas y con certificación literal a expedir por el Sr. Secretario de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos origínales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el Libro-Registro de Sentencias de esta Sección.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo acordamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. al margen relacionados. "*D. Enrique Martínez Montero de Espinosa; D. Jesús Plata García; y D. Matías Madrigal Martínez Pereda. Rubricados.*"

E/.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 15/2002 Cantabria (Sección 1), de 24 junio

En la Ciudad de Santander, a veinticuatro de junio de dos mil dos.

Este Tribunal ha visto en Juicio oral y Público la presente causa seguida por el Procedimiento Abreviado con el núm. 29/2000 del Juzgado de Instrucción núm. Dos de Medio Cudeyo, Rollo de Sala núm. 5/2002, por presuntos delitos contra la ordenación del territorio, falsedad y de fraude y exacción ilegal contra José Luis Q. T., nacido el 21 de junio de 1951 en Villegar (Cantabria), hijo de Manuel y de Angela, con DNI..., vecino de Corvera de Toranzo (Cantabria), en libertad provisional por esta causa y cuyo estado de solvencia no consta declarado, quien ha sido representado por el procurador don Dionisio M. R. y defendido por el letrado don Vicente G. S.

Han sido partes acusadoras el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Dª Isabel de las Cuevas Miaja, y Unión Cántabra de Corvera de Toranzo, representada por el procurador don Jesús M. R. y defendida por la letrada doña María Luisa L. R.

Es ponente de esta Resolución el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier de la Hoz Escalera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa se inició el 27 de octubre de 1997 al admitirse por el Juzgado de Instrucción núm. Dos de Medio Cudeyo la querella presentada por la acusación particular contra el hoy acusado. Practicadas las diligencias que el instructor consideró oportunas, por auto de 24 de mayo de 2000 se acordó seguir el Procedimiento Abreviado, abriéndose juicio oral por auto de 24 de enero de 2002. Evacuado por la defensa del acusado el trámite de calificación, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia, en que tuvieron entrada el pasado día 27 de marzo de 2002; las sesiones del juicio oral comenzaron el pasado día 4 de junio, continuando el día siguiente; tras la práctica de la prueba, las acusaciones modificaron sus conclusiones definitivas, añadiendo ambas un delito de fraude y la acusación particular la consideración de continuado del delito de prevaricación, comprometiéndose a aportar al día siguiente los correspondientes escritos de modificación; ante ello, la defensa solicitó al amparo del art. 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un aplazamiento de la sesión, lo que fue concedido por el Tribunal; reanudado el juicio el día 13, el Tribunal, a la vista de los escritos de calificación definitiva presentados por las acusaciones tras la última sesión, acordó oír a las partes sobre la admisibilidad de la acusación formulada por la acusación particular en lo referente a hechos nuevos relativos a la licencia de apertura y la subsiguiente calificación del delito de prevaricación urbanística como continuado, y tras informar las partes acordó no tener por formulada dicha acusación, manifestando la acusación particular respetuosa protesta; celebradas nuevas pruebas sobre el cambio de tipificación realizado por las acusaciones en relación con un delito de fraudes y exacciones ilegales, las partes formularon sus definitivas conclusiones, y tras informar y

decir el acusado su última palabra, quedó el juicio concluso para sentencia.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el art. 320.2 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) en relación con su artículo 404, un delito de falsedad previsto y penado en el art. 390.1.4º y un delito de fraude previsto y penado en los arts. 438, 248.1 y 249 del Código Penal, y considerando autor responsable de dichos delitos al acusado, solicitó se le impusieran las siguiente penas: por el delito de prevaricación, un año de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el desempeño del cargo de alcalde o miembro de corporación municipal o cualquier otro cargo de carácter electo por tiempo de ocho años; por el delito de falsedad cuatro años de prisión, multa de 12 meses con cuota diaria de 2.500 ptas., inhabilitación especial para el desempeño de cargo de alcalde o miembro de corporación municipal o cualquier otro cargo de carácter electo por tiempo de tres años; y por el delito de fraude las penas de dos años y tres meses de prisión, con inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de tres años; además, el acusado deberá abonar las costas del juicio e indemnizará al Ayuntamiento de Corvera de Toranzo en 1.224.000 ptas., más los intereses del art. 576 de la LECiv (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892).

TERCERO.- En igual trámite, la acusación particular calificó los hechos como el Ministerio Fiscal, pero solicitando por el delito de prevaricación la pena de dos años de prisión, con inhabilitación especial de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez años; cinco años de prisión y multa de quince meses e inhabilitación especial por tiempo de tres años y seis meses por el delito de falsedad en documento público; y las mismas penas que el Ministerio Fiscal por el delito de fraude y exacción ilegal.

CUARTO.- La defensa del acusado, en sus conclusiones definitivas, solicitó su libre absolución.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- En fecha 3 de mayo de 1995, José Luis Q. T., mayor de edad y sin antecedentes penales, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Corvera de Toranzo (Cantabria) desde 1991, concedió licencia de obra a Domingo P. R. para la «rehabilitación de un edificio (placa de hormigón) en el pueblo de Borleña», con un presupuesto de obra de un millón de pesetas. José Luis conocía el edificio de referencia, que en realidad no era sino la ruina de lo que había sido una vivienda de planta baja, primera planta y bajo-cubierta, en estado de total abandono y sin uso desde hacía

muchos años pues carecía incluso de tejado. Con posterioridad, en noviembre de 1995, Domingo P. R. obtuvo de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cantabria una autorización de obras para «rehabilitar edificio existente», que le fue concedida pero debiendo ejecutarse respetando que «la distancia mínima de la vivienda al borde exterior de la calzada (línea blanca) más próxima de la carretera será de veinticinco (25) metros». Como quiera que al amparo de la mencionada licencia de obras Domingo P. R. ejecutó no sólo una placa sino toda una estructura de hormigón de nueva planta, compuesta de planta baja, planta alta y tejado con buhardillones, demoliendo prácticamente la totalidad de los muros antiguos, de los que sólo conservó como decoración parte de algunas esquinas de piedra en planta baja, el propio José Luis Q. T., consciente de que lo ejecutado excedía lo autorizado, insistió ante el propietario para que presentase el correspondiente proyecto y solicitud de licencia, y como éste no lo hiciera, en fecha 15 de julio de 1996 acordó ordenar la paralización de la obra concediéndole dos meses para que presentase el proyecto técnico en el Ayuntamiento, lo que notificó él mismo al propietario el día 26 de julio de 1996. El día 26 de septiembre de 1996, cuando ya la construcción estaba prácticamente concluida pues en realidad y pese a aquella orden no se paralizaron las obras, Domingo P. M. presentó ante el Ayuntamiento de Corvera de Toranzo una solicitud de licencia de obra de fecha 1 de febrero de 1996 en la que constaban las firmas del arquitecto de la obra y el aparejador y los sellos de visado del Colegio Oficial de Arquitectos de Cantabria, así como un proyecto básico y de ejecución de un hotel en Borleña que incluía legalización de estructura y la autorización de la demarcación de carreteras antes dicha. El proyecto había obtenido el Visado de dicho Colegio Profesional el 12 de febrero de 1996, pero en él dicho colegio había hecho constar un sello advirtiendo que «aun incurriendo en parte, en infracciones establecidas en el art. 226.2 de la Ley del Suelo (RCL 1992\1468 y RCL 1993, 485), figura ya ejecutada la construcción correspondiente que cumple con las condiciones técnicas exigibles»; unido a dicho proyecto estaba también el Informe Urbanístico del Colegio de Arquitectos, que advertía que «1º) Invade la distancia de protección a CN-232 según Ley de Carreteras (Ley 25/1988 [RCL 1988\1655, 2268]); 2º) Excede la edificabilidad máxima permitida, e incumple la distancia mínima a colindantes según ordenanza UN-1; 3º) Se incumplen las condiciones de buhardillas en planta bajo-cubierta a que se refiere el apartado 2 del art. 7.6 de las NNSS. 4º) El uso previsto requiere la autorización previa a que se refiere el art. 16.3 del TRLS según procedimiento establecido en los arts. 14 y 12.2 de la Ley de Cantabria 9/1994 (RCL 1994\3114 y LCTB 1994\76). Lo que se informa para la tramitación del presente expediente a los efectos previstos en el art. 248 de TRLS». A la vista del proyecto y de esos informes, que José Luis Q. T. conoció, éste pidió opinión sobre la legalidad de la obra a José Joaquín M. O., aparejador que habitualmente le asesoraba en estas cuestiones, quien le dijo que a él le parecía legal por tratarse de una rehabilitación, pero que no quería intervenir en el asunto ni emitir informe oficial alguno por ser el arquitecto técnico de la misma obra, y que preguntara a otro técnico. Ante ello, José Luis Q. T. el mismo día 26 de septiembre se desplazó a Parbayón, donde se entrevistó con el arquitecto superior Eduardo L. A., a quien entregó el proyecto en cuestión con dicho sello e informe y la autorización de la demarcación de Carreteras; Eduardo, a la vista de tales documentos, no se atrevió a informar favorablemente la concesión de la licencia, y elaboró un informe que en lo esencial decía: «Examinados los documentos, permisos y el proyecto de ejecución visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Cantabria, en mi opinión, la concesión de la Licencia Municipal de Obras debe

supeditarse a las indicaciones recogidas en el sello del Colegio de Arquitectos», con referencia al antes transcrito parcialmente, para concluir: «A este respecto, para conceder la Licencias de Obras, a mi entender se debe tener en cuenta el permiso concedido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para rehabilitar edificio existente, con fecha 2 de enero de 1995. Es mi opinión que para la concesión de la Licencia Municipal de Obras se deben sopesar estos dos elementos de juicio: el informe del Colegio Oficial de Arquitectos y el Permiso del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y obrar en consecuencia». Al día siguiente, Eduardo acudió al Ayuntamiento de Corvera de Toranzo y se entrevistó con José Luis Q. T., entregándole ese informe, y el mismo día, sin más asesoramiento ni trámites, y pese a conocer José Luis Q. T. que en realidad lo construido era un edificio de nueva planta en suelo no urbanizable, que la concesión de la licencia de obras precisaba la previa autorización por la Comisión Regional de Urbanismo, y que incumplía la autorización en su día concedida por la demarcación de Carreteras, concedió la licencia de obras mediante la oportuna resolución, que fue suscrita por la señora Secretaria, si bien ésta hizo constar, como hacía habitualmente, que firmaba la licencia por orden expresa del Alcalde, ya que a su juicio era preceptivo el informe del aparejador municipal, que no existía como tal en el Ayuntamiento.

SEGUNDO.- En la misma fecha 27 de septiembre de 1996 José Luis Q. T. hizo constar por escrito, en un oficio con membrete del Ayuntamiento de Corvera y con su sello estampado, que «Domingo P. R. ha satisfecho la cantidad de seiscientas doce mil pesetas por los tributos locales a que se refiere la Licencia de Obra adjunta», con referencia a la licencia antes mencionada, suscribiendo con su firma tal texto para crear la apariencia del pago de dichos tributos y conseguir así que no le pudieran ser reclamadas a Domingo las 612.000 ptas. que la señora Secretaria había liquidado como debidas por la licencia de obras, documento que unió al expediente administrativo sobre la licencia de obra. El Ayuntamiento de Corvera de Toranzo no ingresó esa suma porque Domingo P. R. nunca hizo dicho pago, ni tenía aprobada ni reconocida deuda alguna a favor de éste por la construcción de una depuradora en el Barrio del Mesón de Borleña, que Domingo había instalado en terrenos de su propiedad para depurar las aguas del hotel y del mesón de su propiedad, de dos viviendas de su familia y de otras dos viviendas de unos vecinos, sin que se instruyese expediente administrativo alguno ni por el Ayuntamiento ni por la Junta vecinal de Borleña sobre esa obra, de la cual y del terreno en que se encuentra Domingo no ha hecho cesión al Ayuntamiento de Corvera ni a la Junta Vecinal del Borleña. Los tributos devengados y no satisfechos por la concesión de la mencionada licencia y que el Ayuntamiento tenía que haber ingresado ascendían a 612.000 ptas. por el Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras y otras 612.000 ptas. por la Tasa de Licencia Urbanística, si bien en la concesión de la licencia la señora Secretaría-Interventora sólo había liquidado por «licencia de obra» la suma de 612.000 ptas. correspondiente al Impuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de entrar a explicar los hitos fundamentales del razonamiento interno y convicción de este Tribunal sobre la realidad de los hechos declarados probados, resulta obligado exponer más detalladamente las razones de la decisión adoptada por el Tribunal en el curso de la última sesión del juicio sobre la inadmisión de la acusación formulada por la acusación particular sobre la base de los hechos relativos a la licencia de apertura del establecimiento ya mencionado, aunque ya en la propia sesión se dieron verbalmente. Como es sabido, el instrumento real de la acusación en el proceso penal es la calificación definitiva, en que las partes fijan definitivamente los hechos objeto de acusación, su calificación jurídica y, en fin, su pretensión punitiva; esto es así porque pese a que el juicio oral se abre sobre la base de una acusación provisional, sólo en el juicio se practican las pruebas definitivas y puede configurarse plenamente la acusación, so pena de vaciar de contenido el propio juicio oral de entenderse otra cosa; por ello el art. 732 de la LECrim prevé la formulación de tales conclusiones definitivas en el sumario ordinario, al igual que el art. 793.6 de la misma para el procedimiento abreviado. Pero que esto sea así no autoriza sin más a modificar sustancialmente el objeto del proceso, sino sólo a introducir matizaciones o hechos colaterales que no afecten al núcleo de la acusación. En el ámbito del procedimiento abreviado la Ley contempla la posibilidad de que en trámite de conclusiones definitivas las partes acusadoras cambien «la tipificación penal de los hechos», abriéndose la posibilidad para la defensa de pedir una suspensión e incluso de proponer nuevas pruebas; esto es lo que se ha hecho en este caso en relación con la nueva tipificación de los hechos como delito de fraude y exacción ilegal que realizaron tanto la acusación pública como la particular, y es correcto porque tal acusación con ser nueva no se asentaba sobre hechos novedosos y distintos de los que habían sido objeto de acusación, sino sobre estos mismos aunque matizados y aclarados en las conclusiones definitivas, y respecto de los cuales el acusado había sido interrogado en la fase de Diligencias Previas. Sin embargo, la calificación de delito continuado de prevaricación que sostuvo la acusación particular en ese trámite y respecto de la continuidad delictiva se fundaba en la introducción en la calificación de hechos absolutamente novedosos y distintos relativos a un acto administrativo y expediente sobre el que no se había fundado acusación provisional alguna ni aparecía siquiera relatado en el correspondiente escrito; y, lo que es además decisivo, sobre los que ni siquiera el acusado había adquirido la condición de imputado antes de la conclusión de la instrucción. Como es sabido, por ser doctrina del Tribunal Constitucional de la que es ejemplo la Sentencia de 29 de septiembre de 1997 (RTC 1997\151) que cita otras anteriores, las especiales características de este procedimiento obligan a entender que la preservación del derecho de defensa y del principio acusatorio imponen necesariamente que el acusado adquiera la condición de imputado antes de la conclusión de la investigación en su fase de Diligencias Previas, esto es, antes del auto de transformación en procedimiento abreviado, para lo que es preciso que el imputado sea oído judicialmente sobre los hechos; y esto no ocurrió en el presente caso respecto de la concesión de esa licencia de apertura, pues ninguna alusión a ella se hizo en el escrito de querella ni en la declaración prestada por el imputado ante el Juzgado de Instrucción se le preguntó nada al respecto. En tales condiciones, este Tribunal entendió y entiende que la acusación por ese hecho era absolutamente novedosa y vulneradora del principio acusatorio y del derecho de defensa del acusado, que no quedaba suficientemente salvaguardado en este caso concreto por el hecho de que, a ofrecimiento del Tribunal que hasta la presentación por escrito de las conclusiones definitivas y el sosegado

estudio de lo actuado no advirtió la trascendencia de la modificación operada, hubiese hecho uso de la posibilidad de aportar nuevas pruebas conforme al art. 793.6 citado.

SEGUNDO.- Entrando ya en lo que es la fundamentación fáctica de esta Resolución, el relato de hechos Probados es expresión de la convicción alcanzada por este Tribunal tras valorar en conciencia las pruebas practicadas a su presencia y con pleno sometimiento a los principios de oralidad y contradicción, como ordena el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En primer lugar, resulta indiscutida y acreditada la condición de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Corvera de Toranzo del acusado, quien ya venía desempeñando el cargo con anterioridad a los hechos desde el año 1991. Y este Tribunal, como es visto, considera probado que el 27 de septiembre de 1996 otorgó la licencia de obra ya aludida. Este resulta ser el primer hecho discutido por la acusación particular, que contradictoriamente sostiene al mismo tiempo la acusación por prevaricación por la concesión de la licencia y que tal licencia no fue concedida, habiéndose simulado con posterioridad. No se oculta a este Tribunal que la absolutamente irregular llevanza del expediente administrativo y los libros del Ayuntamiento y las reticencias e irregularidades en la propia remisión de testimonios del expediente al Juzgado permitan a la acusación albergar sospechas sobre la documentación de la licencia y su fecha, pero lo cierto es que otros muchos datos avalan que pese a todo la licencia fue concedida y firmada aquel día. Si la primera causa de duda fue que la señora Secretaria del Ayuntamiento suscribió en fecha 18 de febrero de 1997 un documento en que afirmaba que el hotel se había construido sin la preceptiva licencia, lo cierto es que la propia secretaria admitió en el juicio oral que tal documento lo confeccionó sin haber comprobado el libro de Resoluciones de la Alcaldía ni el expediente, reconocimiento que obviamente priva de toda fuera suasoria a dicho documento. Y, por otra parte, el propio documento en que se plasma la licencia de 27 de septiembre de 1996 folios 4 y 7 del expediente según numeración dada en este Tribunal, dado que se recibió sin ninguna, está suscrito por la señora Secretaria, que firmó también su informe sobre la necesidad de informe previo de un técnico; el dueño de la obra ha asegurado que él sí pidió la licencia en aquellas fechas, y aunque no concretara el día exacto, en la instancia en que solicitó la licencia y que obra en el expediente y había formado parte del proyecto visado por el Colegio de Arquitectos de Cantabria pues lleva sus sellos, consta impreso el sello de fechas del Ayuntamiento de Corvera con fecha 26 de septiembre de 1996, aunque no consta registrada en los libros del Ayuntamiento, hecho por lo demás no inusual en este dado su funcionamiento; el arquitecto señor L. A. afirmó haber emitido su informe en la fecha de su emisión, también el 27 de septiembre; pese a todas las irregularidades que se detectan en el Libro de Resoluciones y en el Libro de Registro de Obras que no afectan sólo a esta licencia, lo cierto es que en ambos consta su concesión, en el primero en esa fecha, con el número 91 de Resolución y suscrita por la señora secretaria, y en el segundo en fecha 28 de septiembre de 1996 e inmediatamente antes de los asientos correspondientes al mes de octubre de 1996; la propia secretaria suscribió la notificación al solicitante de la licencia que lleva fecha de aquel mismo día 27 de septiembre, fecha en el que también aparece recibida la notificación por el destinatario, aunque en el cuerpo de la notificación se fecha la concesión de la licencia el 29 de agosto de 1996 en vez de 29 de septiembre, indicándose como número de resolución el ya dicho 91; y, en fin, pese a tales divergencias e irregularidades en los libros de Resoluciones y de Registro de

obras, lo que sí cabe descartar sin duda alguna es que los asientos correspondientes fueran extendidos con mucha lejanía respecto de la fecha del 27 de septiembre de 1997, pues pese a todo, el orden correlativo que sustancialmente siguen los asientos, y en el primero sus páginas, impide admitir como segura ni probable la posibilidad de que fueran extendidos meses después, debiendo hacerse notar que tales libros son rellenados normalmente por los funcionarios municipales, que en ningún momento han manifestado haber recibido instrucciones de alteración o modificación de dichos libros o haber detectado maquinaciones por parte del señor Alcalde sobre su llevanza. Puede afirmarse, en fin, como mantiene el Ministerio Fiscal, que en efecto el acusado concedió aquella licencia en aquella fecha, base a partir de la cual se pueden examinarse los hechos que se dicen constitutivos del delito de prevaricación.

TERCERO.- 1. Por lo que se refiere a la relatada paralización de las obras, nuevamente la prueba se encuentra tanto en la documental como en la testifical. En efecto, consta en documento folio 87 del Expediente, suscrito por el señor Alcalde ordenando tal paralización y firmado su recibo por el destinatario, Domingo P. R., el 26 de julio de 1996; y con ser cierto nuevamente que la ausencia de todo registro de ese documento y de intervención en esa actuación de la señora secretaria, así como la irregular confección del expediente en cuanto conjunto de documentos pueden explicar las sospechas de la acusación particular, lo cierto es que ninguna prueba permite afirmar con mínima seguridad que tal orden no se impartió ni se notificó. Por lo demás, cuanto se expone sobre el informe del Colegio de Arquitectos de Cantabria tiene su sustento probatorio en la documental aportada; lo que se refiere a la intervención del aparejador señor M. a sus propias declaraciones y a las del acusado. Lo referente al informe del arquitecto señor L. se declara probado valorando tanto la prueba documental como sus propias declaraciones y las del acusado; no se oculta tampoco que ese informe carece de registro en las dependencias municipales y ningún dato objetivo permite conocer cuándo fue unido al expediente, pero lo cierto es que el arquitecto que lo emitió ha afirmado en juicio y bajo juramento su autenticidad también en cuanto a su fecha, relatando como se lo pidió el alcalde y como él se lo entregó en el Ayuntamiento personalmente, por lo que no puede negarse tal realidad.

2. Pero el punto crucial del relato expuesto en el apartado 1 de los hechos probados es sin duda la afirmación que hace este tribunal de que el acusado concedió la licencia conociendo que se trataba de un edificio nuevo destinado a hotel construido en suelo no urbanizable, precisado de previa autorización por la Comisión Regional de Urbanismo y que infringía la autorización concedida por la Demarcación de Carreteras, pese a todo lo cual, y obviando un trámite legal imprescindible, concedió la licencia; se trata de un hecho psicológico, y como tal de obligada constancia en el relato fáctico, esencial para resolver sobre la acusación formulada y cuyo conocimiento por este Tribunal no se basa, obviamente, en la propia confesión del inculpado, sino en un juicio de inferencia lógico a partir de otros datos. En primer lugar, que el acusado era Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Corvera de Toranzo desde hacía cinco años, de suerte que no era inexperto en el ejercicio de esas funciones, y aunque no tuviera conocimientos jurídicos profundos es claro que conocía la existencia de normas reguladoras de la actividad administrativa en este concreto ámbito y su obligación de sujetarse a ellas, máxime cuando, por ejemplo, como informó el señor perito en juicio a instancia de la defensa, la

necesidad de autorización previa por la Comisión punto es algo muy común en Cantabria, habiendo anualmente multitud de peticiones de autorizaciones de todos los ayuntamientos. Además, el acusado conocía perfectamente la edificación de que se trataba, que era una ruina sin uso actual antes de las obras; conocía la construcción que se había levantado, pues él mismo ordenó su paralización en julio precisamente por excederse de la licencia previamente concedida; en el mismo proyecto de arquitectura que tuvo en su poder y conoció, según admitió en juicio, se contenía una fotografía harto expresiva obra en al causa por fotocopia, de que en realidad se trataba de una estructura de hormigón completamente nueva, así como los planos correspondientes. Pero además, el acusado tuvo a su disposición el Informe Urbanístico del Colegio de Arquitectos de Cantabria, que conoció, en el que éste advertía de notorias y graves infracciones urbanísticas de ahí además la cita expresa en el sello estampado al art. 226.2 de la Ley del Suelo (RCL 1992\1468 y RCL 1993, 485), que se refiere a tales infracciones, indicando claramente que el uso previsto requería la autorización previa regulada en el art. 16.3 de la Ley del Suelo, a tramitar conforme a lo establecido en la Ley de Cantabria 9/1994 (RCL 1994\3114 y LCTB 1994\76) y que lo construido vulneraba la Ley de Carreteras (RCL 1988\1655, 2268). Sin perjuicio de cuanto después se expondrá más extensamente sobre lo ilegal de la construcción y la concurrencia del elemento subjetivo propio del delito de que se acusa, baste decir ahora que tales datos, y aun a la vista de lo que disponían las Normas Subsidiarias de Corvera de Toranzo, son bastantes para estimar que el acusado no sólo no pudo en ningún momento pensar razonablemente que estuviera actuando conforme a derecho cuando concedió la licencia, sino que sabía positivamente que la construcción no se ajustaba a derecho y que al conceder la licencia infringía además el procedimiento legalmente establecido. La opinión del aparejador señor M. fue, pese a todo, claramente evasiva de compromiso alguno, pues no quiso intervenir oficialmente; y en cuanto al informe del arquitecto superior, lejos de poder amparar la conducta del alcalde no hace sino poner de manifiesto su decidida voluntad de conceder la licencia pese a las infracciones urbanísticas puestas de manifiesto por el Colegio de Arquitectos y de todo punto claras en cuanto a la necesidad de autorización, pues no sólo no es un informe favorable que desde el punto de vista técnico y con buen o mal criterio sostenga la legalidad de la obra ejecutada y el proyecto de construcción del hotel, sino que por su propia ambigüedad, pone de relieve el serio fundamento del informe de dicho Colegio de Arquitectos, que no rebate en modo alguno. Si a todo ello se une la absoluta precipitación con la que procedió el acusado, que en asunto tan obvia y claramente delicado resolvió de un día para otro, y además se tiene en cuenta que el mismo día que otorgó la licencia confeccionó el documento en que se dice que Domingo ha satisfecho la licencia, es de todo punto claro que el acusado concedió la licencia pese a saber que con ello vulneraba la legalidad de forma clara y palmaria.

CUARTO.- Por último en lo que concierne a la explicación sobre los hechos probados, cuanto se relata en el apartado 2 del correspondiente expositivo tiene su base tanto en la prueba documental aportada como en las declaraciones del acusado, los testimonios recibidos en el juicio y la prueba pericial practicada. De tales pruebas se desprende que Domingo P. sí instaló en el nuevo hotel una depuradora que evita los vertidos directos de aguas residuales al arroyo, pues el lugar carecía de red de alcantarillado y saneamiento público, así como que dicha depuradora, con capacidad para depurar las

aguas de una población de 20 habitantes según el informe pericial, recoge las aguas residuales del hotel que tiene capacidad para 18 personas, del mesón ambos propiedad de Domingo, de las viviendas de su familia allí ubicadas y de otro edificio perteneciente a Marcelina V., que en realidad son dos viviendas, siendo él por tanto el más y directo beneficiario de la depuración de aguas al evitar malos olores de los vertidos junto a sus establecimientos y viviendas. No está claro, sin embargo, cuando decidió instalar esa depuradora ni a instancias de quién; en principio no constaba en el proyecto del Hotel, y el arquitecto que hizo el proyecto de legalización de la estructura y del hotel no sabía nada de la misma; y el aparejador de la obra señor M. dijo en el juicio que cuando legalizaron el edificio no había depuradora. Además, aunque el entonces concejal de obras del Ayuntamiento de Corvera y también Presidente de la Junta Vecinal de Borleña dijo en el juicio que él había encargado a Domingo poner la depuradora, durante la instrucción dijo justamente lo contrario, sin haber podido dar explicación razonable a tal contradicción; y la primera factura sobre obras de las zanjas para la depuradora no consta emitida a nombre de la Junta Vecinal ni del Ayuntamiento de Corvera, sino de la propiedad (reza Pérez Casar, CB), como si en su fecha 22 de marzo de 1996, no estuviera decidido que el pago de la depuradora fuese a servir para «compensar» los tributos de la licencia de obras; y, en fin, el acusado afirmó en la instrucción que fue el Ayuntamiento de Corvera quien encargó la depuradora en marzo de 1996, insistiendo en el juicio en que lo habló con Domingo antes de la concesión de la licencia. No obstante tales dificultades, sí puede declararse probado que, bien fuera por iniciativa de Domingo, bien del acusado u otro concejal, en algún momento antes de la concesión de la licencia sí quedó concertado entre ambos, pues así lo admitieron el acusado y Domingo, la construcción de la depuradora, pero también que el Ayuntamiento tendría en cuenta el pago de la misma por Domingo, pues en congruencia con esto y sin duda a instancias de Domingo puesto que fue él quien la encargó y pagó, la empresa Oxital que construyó la depuradora expidió la factura correspondiente a nombre de la Junta vecinal de Borleña con fecha 5 de septiembre de 1996, anterior por tanto a la concesión de la licencia según dijo además el representante de dicha empresa, que reconoció en juicio dicha factura y afirmó tajantemente que se hallaba totalmente pagada. Pero lo cierto es que ni la Junta Vecinal ni el Ayuntamiento de Corvera siguieron expediente alguno para la construcción de la depuradora ni para reconocer en su caso un crédito por su importe a favor de Domingo, ni hubo entrega material ni simbólica de esa depuradora, construida en terrenos propiedad de Domingo, a alguna de ambas administraciones, hasta el punto de que el actual Presidente de la Junta Vecinal de Borleña desconoce incluso su existencia, según aseguró en juicio. En cuanto a la falta de pago de las tasas e impuesto correspondientes a la licencia de obra, consta la liquidación efectuada por la señora Secretaria en su momento, en el expediente de la licencia, por importe de 612.000 ptas., y además la liquidación que hubiera correspondido; la falta de ingreso de esa suma en las arcas municipales del Ayuntamiento es un hecho admitido sin ambages por el acusado y el propietario Domingo desde el principio de la causa a pretexto de haberse «compensado». El testimonio de la secretaria fue claro al afirmar que había advertido reiteradamente al señor Alcalde de la improcedencia e ilegalidad de hacer «compensaciones» entre los créditos que ostentaba el Ayuntamiento contra los administrados por tributos locales y las obras o servicios que éstos realizaban y que podían beneficiar al Ayuntamiento, de suerte que el acusado sabía con toda seguridad que ésa no era forma legal de pagar ni satisfacer tributos, aunque lo hiciera en más de una ocasión. Y, por último, el acusado ha reconocido haber suscrito aquel documento

redactado materialmente por orden suya, creando así un verdadero recibo de una cantidad realmente no recibida con la obvia finalidad de que sirviese para acreditar un pago no satisfecho e impedir así que el Ayuntamiento pudiera reclamar dicho dinero al deudor, intención ésta que fluye de toda la dinámica comisiva y sobre la que más adelante se volverá y que fue verdaderamente lograda, pues pese a lo que sin precisión alguna e incluso con inexactitudes afirmó el testigo señor B., lo cierto es que no consta una sola actuación administrativa del Ayuntamiento dirigida a obtener el cobro de esos tributos, lo que es por demás lógico si se considera que, como queda dicho, en el expediente y en el Libro Registro de Obras constaba como pagado lo liquidado por la señora secretaría, y ésta no advirtió la falta de pago sino cuando se produjo la primera reclamación de la ahora querellante, en febrero de 1997.

QUINTO.- Expuesto lo anterior procede ahora entrar en la calificación jurídica de los hechos en vista a las acusaciones formuladas, y así, en primer lugar, ambas partes acusadoras sostienen que los hechos declarados probados en el apartado 1 son legalmente constitutivos de un delito de prevaricación urbanística previsto en el art. 320.2 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), que sanciona entre otras conductas la de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya concedido licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes. Como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, este delito introducido en el Código Penal de 1995 no es sino una especialidad del delito más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público, que en un Estado de Derecho y democrático como es el nuestro no puede utilizarse de forma arbitraria ni aun a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo por el contrario ejercerse siempre de conformidad con las Leyes que regulan la forma de en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio. Por esto la perpetración de este delito requiere, como cualquier otra prevaricación, de los siguientes elementos, explicados en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo:

A) Que una Autoridad o funcionario público dicte en asunto administrativo una resolución, que como dice la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8308) es cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados (Sentencia de 26 de febrero de 1992 [RJ 1992\1355]), es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral (Sentencia 346/1994, de 21 de febrero [RJ 1994\1552]).

B) Que la resolución sea «injusta»; o como dice el vigente Código Penal de 1995 en el art. 404, «arbitraria»; es decir, no adecuada a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional desviación de poder (Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981 [RTC 1981\27]). No basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de esta Sala tiene que tratarse de «una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones,

que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho» (Sentencias de 10 de mayo de 1993 [RJ 1993\3777], 21 de febrero [RJ 1994\1552], 27 de mayo [RJ 1994\9345] y 10 de noviembre de 1994 [RJ 1994\8809], 25 de marzo [RJ 1995\2236] y 20 de abril de 1995 [RJ 1995\3898], 14 de marzo de 1996 [RJ 1996\2459], 7 de febrero [RJ 1997\661], 3 de marzo [RJ 1997\1822] y 23 de abril de 1997 [RJ 1997\3262]). Concretamente como ha declarado la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8308) la «injusticia» que tal actuación administrativa proclama «puede venir referida en la absoluta falta de competencia del inculpado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la Resolución de modo que ésta implique un torcimiento del Derecho» (Sentencias de 20 de abril de 1995 [RJ 1995\3898], de 24 de abril de 1988, 17 de septiembre de 1990 [RJ 1990\7322], 10 de abril [RJ 1992\2954] y 10 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10090], y 21 de febrero de 1994 [RJ 1994\1552]). En todo caso, en el delito de prevaricación urbanística que nos ocupa la injusticia de la Resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la Resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable.

Y C) Que la Resolución se dicte a sabiendas de su injusticia, esto es, con clara conciencia de la arbitrariedad o ilegalidad de la Resolución; elemento culpabilístico que no es suficiente con que sea deducido de consideraciones más o menos fundadas, sino que debe evidenciarse como elemento subjetivo del tipo más allá de toda duda razonable (Sentencias de 22 de septiembre de 1993 [RJ 1993\6857], 3 de noviembre de 1992 [RJ 1992\8880], 14 de febrero de 1994 [RJ 1994\731] y 10 de julio de 1995 [RJ 1995\5400]).

Pues bien, siendo indudable que el Alcalde-Presidente de un Ayuntamiento merece la calificación de autoridad conforme a los dispuesto en el art. 24 del CP, en cuanto que por sí solo y como miembro de la Corporación local ejerce funciones públicas propias, lo decisivo en este caso es, de una parte analizar la injusticia o no de la Resolución dictada, y de otra el elemento subjetivo del injusto ya señalado.

SEXTO.- 1. El análisis de la adecuación o no a derecho de la licencia de obra que nos ocupa debe hacerse desde el punto de vista del derecho vigente en el momento en que se dictó al acto administrativo, que lo es la licencia de obra sin lugar a dudas, pues lo que sanciona el delito de prevaricación es precisamente la vulneración del derecho vigente, el ejercicio del poder en disconformidad con las normas jurídicas que lo disciplinan en un momento histórico concreto, con independencia de que con posterioridad se produzcan modificaciones legislativas, pues pese a esto el delito se habrá consumado. Surge así la necesidad de estudiar la adecuación a derecho del acto administrativo en cuestión, confrontándolo con las normas vigentes entonces, y como primera cuestión, suscitada por la defensa en la última sesión del juicio, la vigencia y eficacia de las Normas Subsidiarias de Corvera de Toranzo. Tales Normas Subsidiarias fueron aprobadas por la Comisión Regional de Urbanismo de la Diputación regional de Cantabria el 10 de febrero de 1989, y el Acuerdo de aprobación definitiva fue publicado

en el «Boletín Oficial de Cantabria» de 3 de marzo de 1989. Sin embargo, no se publicó entonces ni con posterioridad el texto de dichas normas, infringiéndose así lo que desde la promulgación de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (RCL 1985\799, 1372; ApNDL 205) exigía su art. 70.2. La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo no ha dudado en calificar de imprescindible esa publicación para la vigencia y eficacia de las normas urbanísticas de los ayuntamientos, incluso aunque su aprobación no les competa, siendo doctrina, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10581), «firme y permanente» desde la Sentencia de 11 de julio de 1991 (RJ 1991\6352). Por esto, y aunque indudablemente tanto el Colegio de Arquitectos de Cantabria en su informe, como en su día el arquitecto señor L. que emitió informe, como el perito que ha informado en este juicio, han partido de la base de la vigencia y eficacia jurídica de las normas Subsidiarias de Corvera de Toranzo aprobadas en 1989, este Tribunal en trance de examinar la legalidad de la licencia debe prescindir de tales Normas, que en realidad y por lo dicho no son norma jurídica vigente ni ahora ni entonces, aunque después y al tratar de la culpabilidad se analizará si ese error puede tener influencia alguna en este caso.

2. Por lo anterior, resulta que en el municipio de Corvera de Toranzo y al tiempo de la concesión de la licencia que nos ocupa no disponía de planeamiento urbanístico propio, siendo de aplicación directa por tanto la Ley del Suelo, en su Texto Refundido de 1992 (RCL 1992\1468 y RCL 1993, 485). Consecuencia inevitable de esto es que no pueden tomarse en consideración todas aquellas infracciones que lo son sólo en función de esas Normas Subsidiarias, como el volumen edificable, la distancia a colindantes o las condiciones de las buhardillas. Sin embargo, conforme a esa Ley citada (art. 13), el lugar en que se alzaban aquellas ruinas sobre el que se edificó era suelo no urbanizable, pues carecía según todos los testimonios de evacuación de aguas residuales y fecales y de todo saneamiento; en un suelo así no podían realizarse otras construcciones que las destinadas a explotaciones agrícolas o, con autorización del órgano autonómico competente y sin perjuicio de obtener además la licencia municipal, edificaciones de utilidad pública o interés social o edificios aislados destinados a vivienda familiar, siempre que no existiese posibilidad de formación de un núcleo de población (art. 16); y la Ley de Cantabria 9/1994 sobre Usos del Suelo en el Medio Rural y respecto del suelo no urbanizable atribuía a la Comisión Regional de Urbanismo el otorgamiento de las autorizaciones que con carácter previo a la concesión de licencia vienen exigidas por la Ley del Suelo para actuaciones en terrenos clasificados como no urbanizables (art. 12), fijando en el art. 14 el procedimiento a seguir. Como es visto, de todos estos preceptos hacía cita expresa y directa el Informe Urbanístico del Colegio Oficial de Arquitectos. Y esto era así, indudablemente, porque el propio Colegio consideró que se trataba de una construcción nueva, y ciertamente no puede merecer otra consideración, dada su evidencia. Como se dejó dicho, pese a que en el lugar en que hoy se alza el hotel había unas ruinas de una antigua vivienda, lo construido es completamente nuevo desde sus cimientos, y tan sólo queda de aquella antigua construcción algunas piedras de las esquinas en planta baja, habiendo variado claramente las fotografías obrantes en el Rollo son absolutamente expresivas, la configuración, materiales, huecos, etc. Se constata, por tanto, que la licencia concedida por el acusado para la construcción de un hotel cuando éste estaba ya prácticamente concluido el certificado de fin de obra lo firma el arquitecto a los pocos días, el 16 de octubre de 1996, es clara y frontalmente contraria al derecho positivo aplicable, tanto en su contenido, pues autoriza una

construcción prohibida por el ordenamiento jurídico, como en su forma, pues se produjo con una grave y notoria infracción de procedimiento al prescindir de un trámite de obligado cumplimiento, como era el control previo por la Comisión Regional de Urbanismo. Y conviene dejar constancia de que incluso analizando la cuestión desde el punto de vista de considerar aquellas ruinas como un edificio consolidado, cosa imposible porque como se ha visto no había norma jurídica vigente que dejara fuera de ordenación el edificio preexistente y arruinado, la infracción es igualmente clara y notoria: conforme al art. 137 de la ley del Suelo de 1992 en los edificios fuera de ordenación no podían realizarse obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, y sí únicamente «las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble», y, excepcionalmente, obras parciales y circunstanciales de consolidación, por lo que es claro que la obra que aquí nos ocupa excedía absolutamente y sin discusión posible tal normativa. Por otra parte, lo construido vulneró también de forma clara y evidente la autorización que en el año 1995 había concedido a Domingo P. la Demarcación de Carreteras del Estado en Cantabria; tal autorización, que resultaba obligada legalmente por tratarse de un terreno dentro de la zona de afección de la carretera nacional 623 (Ley 25/1988, de 29 de julio), se concedió sobre la base de que se había pedido para una obra de rehabilitación, y aun así se impuso la condición de que «la vivienda», pues a ésta se refería la autorización, se encontrase cuando menos a 25 metros del borde exterior de la calzada. Pues bien, la obra no era de rehabilitación, ni respetó esa distancia mínima que venía impuesta por la Administración competente con competencias en la materia. En definitiva, el acto administrativo dictado por el acusado, la concesión de licencia, vulneró de forma flagrante, clara y palmaria el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento, produciendo un resultado a todas luces injusto, como es la legalización y autorización la construcción de un hotel en un lugar prohibido y al margen del procedimiento legalmente establecido para la concesión de la licencia.

SEPTIMO.- 1. Toca ahora analizar el elemento subjetivo del injusto antes descrito, esto es, si el acusado dictó ese acto administrativo vulnerador del ordenamiento jurídico a sabiendas, y en este punto no puede por menos de tomarse en consideración que el acusado creía, como el propio Colegio de Arquitectos según se ha expuesto, que las Normas Subsidiarias de Corvera de Toranzo estaban vigentes. Pues bien, ocurre que aun siendo esto así, el acusado sabía que su decisión las infringía, y que infringía además aquellos preceptos de la Ley del Suelo y de la Ley de Cantabria antes citados y de la Ley de Carreteras. En efecto, las Normas Subsidiarias calificaban aquel lugar como Suelo no Urbanizable, y contenían como primera previsión específica para este tipo de suelo que «con carácter general, las acciones en el suelo NO urbanizable quedarán limitadas por las condiciones que establece el art. 86 de la Ley del Suelo» (Norma 8,4.2.1), en referencia lógicamente a la vigente en el momento de su aprobación, el texto refundido de 1976 (RCL 1976\1192; ApNDL 13889), que en ese precepto remitía en cuanto o a las limitaciones en suelo clasificado como no urbanizable a lo dispuesto en el art. 85, que a su vez limitaba las construcciones en suelo no urbanizable al igual que la Ley de 1992 antes citada a las explotaciones agrícolas, edificios aislados destinados a vivienda familiar y edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social; y, además, se preveían en unas normas específicas (8.4.2.2), la construcciones destinadas a explotaciones agrarias, industrias relacionadas con

explotaciones ganaderas, a las obras públicas o edificaciones de utilidad pública o interés social. Por consiguiente, ninguna de las Normas Subsidiarias autorizaba a pensar que el Ayuntamiento pudiera conceder una licencia para la construcción de un hotel en suelo no urbanizable, pues en todo caso las propias normas imponían el respeto a lo dispuesto en la Ley del Suelo; y, desde luego, la definición de usos contenida en el Régimen General de Usos (norma 5,2, a), aparecía como claramente inaplicable al suelo no urbanizable por su propia regulación. Por lo demás, en cuanto a los edificios fuera de ordenación, la misma Norma 8.4.2.1 b) sólo permitía en suelo no urbanizable las obras de «mantenimiento y mejora que no alteren el uso, carácter o volumen de las mismas», siendo claro, de una parte, que las obras ejecutadas no eran una mejora sino una nueva construcción, pues ni siquiera el perito de la defensa pudo defender en juicio convincentemente, pese a sus esfuerzos, que una obra nueva desde sus cimientos se pudiese calificar a estos efectos como una mejora, y de otra, que la construcción del hotel alteraba absolutamente el uso, pues no se trataba de una vivienda familiar, que en el mejor de los casos para la tesis de la defensa era el uso anterior de las ruinas.

2. Resulta por tanto claro que tampoco las normas subsidiarias que se pensaban entonces vigentes autorizaban la construcción para la que el acusado concedió licencia. Es más, tanto esas normas como la legislación general aplicable las prohibía y exigía además el control de la Comisión Regional de Urbanismo. Y precisamente el Informe Urbanístico del Colegio oficial de Arquitectos indicaba con toda precisión el precepto infringido de la Ley del Suelo y los preceptos reguladores del procedimiento a seguir para poder variar el suelo, así como destacaba la infracción de la Ley de Carreteras; y a estas indicaciones, provenientes del órgano adecuado y de obvia credibilidad y prestigio en la materia, hizo caso omiso el acusado, amparándose ahora en la opinión de un arquitecto técnico, no superior, que le dio su opinión meramente verbal, y en el informe de un arquitecto superior emitido en un solo día y que por su propia ambigüedad en asunto tan claramente serio y grave por la entidad de las infracciones denunciadas, se revela a todas luces inconsistente, ambigüedad que pone más sobreaviso si cabe sobre la existencia de esas graves irregularidades que no se atreve a combatir ni disipar, pues se funda en definitiva en una pretendida contradicción que la prueba pericial practicada en el plenario ha demostrado que ni es tal ni es pensable que sea considerada por un arquitecto superior: cuando el sello del Colegio de Arquitectos expresa que pese a las irregularidades graves del art. 226.2 de la Ley del Suelo se concede el visado por ajustarse lo construido a «las condiciones técnicas exigibles», se refiere sin lugar a dudas para cualquier profesional a las condiciones técnicas de la edificación, esto es, a que lo construido cumple las exigencias de la buena construcción, no al cumplimiento o no de las exigencias urbanísticas, para lo que ya consta el Informe Urbanístico unido al proyecto. Pero, en definitiva, y dando además por reproducido cuanto antes se dijo al explicar la convicción sobre los hechos probados, las infracciones legales de la licencia son tan claras en cuanto a su fondo y su forma, y las circunstancias en que se dio y los informes que se obtuvieron tan sin fundamento razonable, que este Tribunal considera que el acusado concedió aquella licencia con plena conciencia de que no se ajustaba a derecho, y que con ello legalizaba una construcción a todas luces ilegal, eludiendo a sabiendas también el debido control de la Comisión Regional de Urbanismo y el incumplimiento de la autorización concedida por la demarcación de Carreteras, concurriendo así el elemento subjetivo propio de este delito de prevaricación, por lo que debe afirmarse que el acusado cometió el delito previsto en el art. 320 del Código Penal

antes definido y de que ha sido acusado.

OCTAVO.- 1. Los hechos relatados en el apartado 2 del correspondiente expositivo son legalmente constitutivos de un delito de falsedad previsto y penado en el art. 390, 1, 4 del Código Penal. Este delito se caracteriza por los siguientes elementos según una sólida doctrina legal: a) Elemento objetivo o material, integrado por la mutación de la verdad a través de los procedimientos o modalidades comisivas, contempladas en el art. 390 del Código Penal; b) Que la «mutatio veritatis» incida sobre elementos esenciales del documento y posea la entidad suficiente para confundir al tercero o sorprenderle en su buena fe, repercutiendo o produciendo los efectos perseguidos en el ámbito de las relaciones jurídicas; y c) el elemento subjetivo, o dolo falsario, consistente en la concurrencia en el sujeto activo de la conciencia y voluntad de transmutar la realidad. Y cuando de falsedad cometida por autoridad o funcionario se trata es claro que la conducta debe ser realizada por una autoridad o funcionario público en el sentido penal del termino conforme al art. 24 del Código Penal antes citado, en el ejercicio de sus funciones, y no obviamente como particular.

2. Pues bien, en la confección por el acusado, autoridad según se expuso, del documento de 27 de septiembre de 1996 en que afirmaba, con membrete y sello oficial, que «don Domingo P. R. ha satisfecho la cantidad de **seiscientas doce mil pesetas** por los Tributos Locales a que se refiere la Licencia de Obra adjunta» concurren todos esos elementos: en primer lugar, es claro que objetivamente faltó a la verdad, pues Domingo no había satisfecho dicha cantidad al Ayuntamiento, ni directamente ni por «compensación», pues ésta precisa en todo caso y de forma elemental la existencia de una deuda del acreedor frente al deudor, lo que en este caso no ocurría en forma alguna; no es ya sólo que una compensación como la pretendida no tuviera cabida dentro del régimen de las Haciendas Locales, sino que esencialmente no podía producirse y no se produjo porque Domingo no tenía ningún crédito reconocido por el Ayuntamiento, ni siquiera solicitado su reconocimiento ni deducida petición alguna en este sentido que hubiera dado lugar a alguna actuación administrativa, por lo que aun en el caso de que se entendiera que esa obra beneficiaba en alguna medida a la Comunidad y debiera haber sido sufragada en todo o en parte con dinero público, lo cierto es que ni había ninguna decisión adoptada conforme a las normas que regulan la ejecución de obras publicas y su contratación, ni se había siquiera presupuesta ese gasto; el acusado, por tanto, faltó a la verdad al redactar y suscribir ese texto; en segundo lugar, es patente la importancia y transcendencia del documento en este punto, pues en definitiva se trata de una carta de pago que de manera evidente hace prueba y puede perjudicar a tercero, en este caso el Ayuntamiento; y, en tercer lugar, es claro que el acusado conocía y sabía que no porque Domingo hubiera hecho la depuradora podía dejar de cobrarle los impuestos municipales ni podía entender pagados estos, pues había sido advertido reiteradamente por la señora secretaria al respecto y sabía y conocía, por el ejercicio de su cargo durante cinco años, que existen procedimientos legales para gastar el dinero público, que de actuarse como él hizo resultan de todo punto vulnerados. Ciertamente, pese a todo esto, no era infrecuente en el Ayuntamiento de Corvera de Toranzo el no cobrar impuestos a grandes empresas o a algunos vecinos, pero con ser tal practica sin duda no ajustada a derecho pese a ser repetida, no puede equipararse a la que aquí nos ocupa, en que el acusado confeccionó un documento faltando ostensiblemente a la

verdad haciendo constar la satisfacción de la deuda, y no su exención como consta que se hacía en otros casos según es de ver en el propio Libro Registro de Obras o simplemente dejando de cobrar los tributos pero sin incurrir en esa falta a la verdad haciendo constar el pago o satisfacción de la deuda tributaria. Sin embargo, no puede entenderse cometido el delito de falsedad en otros documentos, como pretende la acusación particular no sin cierto confusionismo en sus conclusiones definitivas en cuanto a cual fuera el objeto material de estas otras falsedades; ya se dijo que puede y debe darse por probada la expedición de la licencia de apertura, pero también se han aceptado como auténticos la resolución de la paralización de la obra, la solicitud de la licencia y su concesión, pues ninguna prueba permite afirmar su falsedad según se expuso.

3. Además, los hechos son legalmente constitutivos de un delito de fraude previsto en el art. 438 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o funcionario público que abusando de su cargo cometiere algún delito de estafa. Según la doctrina mayoritaria se trata de una modalidad agravada del delito de estafa por razón del abuso de las funciones públicas, pero que requiere desde luego que concurran los elementos típicos de la estafa conforme al art. 248 del Código Penal: engaño bastante, realización por el engañado de un acto de disposición, y ánimo de lucro propio o de un tercero (SSTS 17 de febrero de 1981 [RJ 1981\660] y 9 de mayo de 1985 [RJ 1985\2458]). En el presente caso, el engaño fluye de la creación de dicho documento falso y su incorporación al expediente, para lo que fue lógicamente confeccionado y que sólo pudo producirse mediando la voluntad del acusado que o bien lo unió directamente, o bien lo entregó a los funcionarios municipales para tal fin, llegando a provocar incluso que en el propio Libro Registro de Obras figure como pagado el tributo devengado aunque consta por error como de sólo 600.000 ptas., resultando así engañado el propio Ayuntamiento y su órgano técnico de intervención, siquiera éste haya advertido con posterioridad el engaño, lo que no afecta a la consumación del delito. El acto de disposición viene constituido en este caso por una conducta omisiva, consistente en la falta de reclamación de esos tributos precisamente por la constancia documental creada por el acusado de que se han satisfecho y el error provocado en la propia administración municipal. Y el ánimo de lucro es en este caso de lucro ajeno y se presenta como rector de toda la acción, pues consiste en ahorrar a Domingo el pago de esa deuda al Ayuntamiento, existente y liquidada, lucro que no queda en modo alguno empañado por el hecho de que Domingo abonase la depuradora que decidió construir aunque fuera de acuerdo con el acusado y para dar servicio no solamente a sus negocios y familia sino también a otras dos viviendas del lugar, pues ha de insistirse en que no tenía crédito alguno reconocido ni por reconocer con el Ayuntamiento, lo que era conocido sobradamente por el acusado según se ha expuesto.

NOVENO.- De los delitos así definidos es responsable en concepto de autor el acusado José Luis Q. T. por su conducta material, directa y voluntaria, a tenor de lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del Código Penal.

DECIMO.- No concurre en el acusado circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal.

UNDECIMO.- 1. En cuanto a las penas a imponer, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, las circunstancias del acusado y la naturaleza y extensión de las penas legalmente previstas, este tribunal considera justas y proporcionadas, en cuanto al delito de prevaricación urbanística ya definido, las penas solicitadas por el Ministerio Fiscal: la de un año de prisión, esto es, pues el delito cometido reviste ciertamente gravedad dada la vulneración que supuso del las normas reguladoras de la ordenación del territorio en un punto de vital importancia, como es el uso del suelo no urbanizable, como para aplicar esa pena y no en su mínimo legal o la pena de multa también prevista; pena que además conlleva como accesoria la de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y, además y como principal, la de inhabilitación especial para el cargo de alcalde o miembro de corporación municipal u otro cargo de elección pública, pues así procede determinarlo, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 44 del Código Penal, dado que el delito ha sido cometido en el uso de funciones públicas obtenidas merced a la elección popular; la duración de esta inhabilitación que, además, lleva consigo como contenido propio la pérdida definitiva del cargo de alcalde y miembro de la corporación municipal, debe ser de ocho años atendidas las circunstancias del caso que quedan expuestas.

2. Los delitos ya definidos de falsedad y fraude se encuentran en indudable relación de medio a fin, dándose por ello y conforme a la más consolidada doctrina legal (SSTS 27 de febrero, 26 de julio [RJ 2000\6922], 22 de septiembre [RJ 2000\8073] y 7 de noviembre de 2000 [RJ 2000\9974]) una situación de concurso ideal medial regulada en el art. 77 del Código Penal, que debe ser resuelta en este caso imponiendo la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, pues de otra forma en este caso la pena a imponer sería superior. A fin de dar cabal explicación de este proceso de fijación de la pena siguiendo las directrices marcadas por el Tribunal Supremo en Sentencias, por ejemplo, de 15 de mayo de 1988 y 22 de mayo de 1993 (RJ 1993\4250), debe concretarse cada pena, y así de penar por separado este Tribunal considera que procedería imponer por el delito de falsedad las penas de prisión de tres años, mínimo legal que se considera suficiente, con la correspondiente accesoria; multa de seis meses a razón de dos mil quinientas pesetas diarias, cuota que se fija teniendo en cuenta los ingresos acreditados en la causa y los bienes de que dispone; e inhabilitación especial en los mismos términos que la anterior por tiempo de dos años. Por el delito de fraude, ya definido, y atendidos los parámetros legales, procedería imponer las penas de dos años y tres meses de prisión mínimo legal posible puesto que la pena de la estafa de 6 meses a 4 años debe imponerse en su mitad superior, con igual accesoria que la antes dicha, e inhabilitación especial en los términos expuestos por tiempo de dos años. Sin embargo, caso de penar ambos delitos unitariamente conforme al art. 77 Código Penal la pena a imponer por este tribunal sería la correspondiente al delito de falsedad en su mitad superior, y concretamente impondría la pena de cuatro años y medio de prisión, con su accesoria correspondiente, mínima posible y suficiente, multa de quince meses con la cuota diaria ya dicha e inhabilitación cuatro años. Es visto que la suma de las penas de cada delito por separado es mayor que esta otra, que actúa como límite, por lo que debe imponerse dicha pena del delito más grave.

3. El acusado deberá indemnizar al Ayuntamiento de Corvera de Toranzo en la suma de 612.000 ptas., pues aunque los tributos debidos por Domingo P. por razón de la licencia de obra ascendían al doble, lo cierto es que sólo la primera cantidad fue la liquidada por la señora Secretaria, y sólo sobre esta se produjo el delito de falsedad y estafa, de suerte que también sólo en esa suma puede considerarse perjudicado al Ayuntamiento por razón de este último delito.

4. El acusado deberá abonar además las costas causadas (art. 123 Código Penal), con inclusión de las de la acusación particular cuya intervención en la causa se ha mostrado especialmente útil y relevante en orden al castigo de los delitos, pues no sólo fue ella quien provocó la iniciación de la causa penal mediante querella, sino que su activa conducta procesal durante la instrucción resultó muy útil para el esclarecimiento de los hechos.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española (RCL 1978\2836; ApNDL 2875), y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a José Luis Q. T., cuyas circunstancias personales ya constan, como autor responsable de los siguientes delitos, sin concurrir circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a las penas que se indican:

A. Por el delito de prevaricación urbanística ya definido, un año de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o miembro de corporación municipal u otro cargo de elección pública durante ocho años.

B. Por los delitos de falsedad y fraude, ya definidos, en concurso medial, las penas de cuatro años y seis meses de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de quince meses con una cuota diaria de mil pesetas, e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o miembro de corporación municipal u otro cargo de elección pública durante cuatro años.

Además, el acusado indemnizará al Ayuntamiento de Corvera de Toranzo en la suma de 612.000 ptas., y abonará las costas causadas con inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 54/2001 León (Sección 1), de 22 febrero

En León a veintidós de febrero de dos mil uno.

Vistos: Ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial el recurso de apelación penal arriba indicado en el que han sido parte apelante Laudino S. G., Justiniano G. G. y José Luis P. F., representados por la Procuradora señora L. V., Santiago A. S., representado por el Procurador señor D. Ll. y asistido del Letrado señor D. D., siendo parte apelada el Ministerio Fiscal, actuando como Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano Gutiérrez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 2 de León, con fecha de 19 de enero de 2000 dictó Sentencia cuya relación de hechos probados, que se aceptan, es del siguiente tenor literal:

HECHOS PROBADOS

«Los acusados en este procedimiento Laudino S. G., Santiago A. S., Justiniano G. G. y José Luis P. F., todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, el primero Alcalde y los demás Concejales del Ayuntamiento de Sariegos (León) como resultado de las elecciones municipales de 28 de mayo de 1995, e integrantes todos de la Comisión de gobierno de dicho Ayuntamiento en el mismo mandato, han realizado los siguientes hechos:

a) Desde el 30-5-1996 al 9-7-1998, en las sucesivas sesiones de la citada Comisión (compuesta sólo por ellos), celebradas el 30-5-1996, 28-11-1996, 4-2-1997, 18-3-1997, 16-4-1997, 5-6-1997, 26-6-1997, 11-9-1997, 21-10-1997, 2-1-1998, 26-2-1998, 21-4-1998, 30-4-1998, 7-7-1998 y 9-7-1998, han venido aprobando con el voto favorable de todos (salvo en la sesión del 2-1-1998 en que faltó José Luis P. a los 3 acuerdos adoptados, y las de 26-2-1998 y 9-7-1998 en que Santiago A. no intervino en la votación de dos acuerdos referidos a la entidad Alsi e Hijos, SL, de la que es socio y administrador solidario) hasta un total de 36 licencias de construcción de viviendas unifamiliares en la zona de “El Piornal” y “La Barbada” de Pobladura del Bernesga, a favor de otros tantos solicitantes. Así de entre las aprobadas por todos, se pueden señalar, las concedidas a Luis Enrique P. Z. el 30-5-1996, Alsi e Hijos, SL el 18-3-1997, David A. R. (hijo de Santiago A. y también socio de Alsi e Hijos, SL) el 5-6-1997 y Marino M. C. el 21-10-1997.

Todas las licencias se aprobaron por los acusados conociendo que los terrenos en que se proyectaban las construcciones estaban calificados por las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento aplicables, redactadas en el año 1975, como suelo no urbanizable y que, como les había advertido el Secretario del municipio de forma inequívoca en el Pleno del Ayuntamiento de 25 de julio de 1995 y siempre que se le solicitaba informe, dichas licencias eran contrarias a las normas urbanísticas vigentes. A consecuencia de lo anterior, se ha dado lugar a una parcelación urbanística en suelo no urbanizable, con viviendas unifamiliares habitables y en construcción de una superficie total superior al doble de la ocupada actualmente por el núcleo urbano de Pobladura del Bernesga y con graves deficiencias, en el equipamiento de los servicios esenciales de agua, saneamiento, viales.

b) Asimismo los acusados, en sesión de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de 26-2-1998, acordaron por unanimidad conceder a Juan O. F. licencia para la construcción de tres naves de unos 2.349 m^2 con destino a la fabricación y exposición de muebles, en finca sita en Carbajal de la Legua, carretera Gijón-Sevilla, km ..., esquina con Camino del Barrio, pese a que el Secretario de la Corporación les había advertido en sesión de la misma Comisión de 11-9-1997 que el suelo de esa zona tenía la condición de no urbanizable y que era necesaria la autorización de uso del suelo por la Comisión Provincial de Urbanismo, con arreglo a la normativa antes citada y que, además al tratarse de una actividad clasificada, se requería la tramitación de la licencia de actividad con carácter previo a la concesión de la licencia de obras, debiendo emitir informe, vinculante para el Alcalde en caso de denegación, la Comisión Provincial de Actividades Clasificadas. Concediéndose la licencia contra el acuerdo expreso de la Comisión Provincial de Urbanismo de 22-1-1998, denegatorio de la autorización de uso del suelo no urbanizable por incumplimiento notorio de los parámetros de edificación y sin el previo informe de la Comisión Provincial de Actividades Clasificadas que se emitió definitivamente en sentido desfavorable por acuerdo de 29-5-1998».

Que la parte dispositiva de la Sentencia recurrida es del tenor siguiente «**fallo:** Que debo condenar y condeno a Laudino S. G., Justiniano G. G., José Luis P. F. y Santiago A. S., como autores cada uno de ellos, de un delito continuado contra la Ordenación del Territorio, a la pena de Veinte Meses de Multa, con una cuota día de 1.500 pesetas, es decir a Multa de 900.000 pesetas a cada uno de ellos, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 300 días, e Inhabilitación Especial, para Empleo o Cargo Público por tiempo de Nueve Años, que producirá la pérdida definitiva de la condición de Alcalde al primero, de Concejales en todos ellos y además de Alcalde Pedáneo en Santiago A. S., así como la incapacidad para obtener los mismos u otros cargos o empleos análogos, durante el tiempo de la condena tanto en la Administración Local, Autonómica, como la Estatal. Con imposición del pago de las costas del juicio por partes iguales.

Contra la presente resolución podrá interponerse Recurso de Apelación dentro del plazo de los diez días siguientes a su notificación».

SEGUNDO.- La Procuradora L. V. en representación de don Laudino S. G., don Justiniano G. G. y don José Luis P. F. y el Procurador señor D. Ll. en representación de

don Santiago A. F. interpone recurso de apelación al amparo del artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con detallada exposición de los concretos motivos y razones de hecho, probatorios y jurídicos interesando la revocación de la sentencia de instancia y que se dicte sentencia absolutoria de autoría del delito continuado contra la ordenación del territorio con declaración de oficio de las costas procesales en ambas instancias.

El Ministerio Fiscal impugna los recursos interesando su desestimación y confirmación de la sentencia exponiendo que aunque la pena de multa impuesta por la juzgadora no puede ser recurrida por el Fiscal por preverse en el tipo penal como alternativa entiende que es claramente benigna y estima como más procedente la imposición de la pena de prisión de 15 meses por tratarse de un delito continuado.

TERCERO.- Remitido el procedimiento a este Tribunal se incoó Rollo de Apelación dictándose resolución por la que se señaló el día 13 de enero del 2001 del presente mes para la deliberación que tuvo lugar en forma dictándose sentencia dentro del plazo legal.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Se acepta el relato probatorio de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de esta ciudad en virtud de la cual se condena a Laudino S., Justiniano G., José Luis P. y Santiago A. como autores de un delito continuado contra la ordenación del territorio tipificado en los artículos 320 núm. 2 en relación con el número I del mismo artículo y 74.1 del Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) por su actuar como integrantes de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sariegos en condición de Alcalde el primero y concejales los restantes concediendo autorización para la construcción de viviendas familiares y tres naves con destino a la fabricación y exposición de muebles vulnerando en tales concesiones la normativa jurídica existente en dicho momento –con la precisión de asistencia y votación de las sesiones de 2 de enero de 1998 en que faltó José Luis P. y las sesiones de 26 de febrero y 9 de julio de 1998 en que Santiago no intervino en dos acuerdos referidos a la entidad Alsi e Hijos, SL–, ha sido recurrida en apelación por sus representaciones interesando

su revocación y que se dicte pronunciamiento absolutorio conforme a lo que se pasa a exponer.

La representación de don Laudino S., don Justiniano G. y don José Luis P. alegaron como base de su petición absolutoria los siguientes motivos: «1º.–Que los 4 acusados en su condición de alcalde y concejales miembros de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sariegos se limitaron a ratificar el dictamen previo de la Comisión Informativa de Obras integrada por todos los grupos políticos municipales concediendo las licencias "desde la constatación de la perentoria necesidad en el Municipio de Sariegos de obtener suelo edificable" siendo la única intención y finalidad perseguida por los acusados con la "concesión de las licencias" el beneficio e interés general del conjunto de los vecinos del Municipio sin que conste que con tales concesiones se haya ocasionado un resultado materialmente dañoso para algún particular o para los intereses colectivos del municipio y sin que de los informes del Secretario se pueda inferir una prohibición de conceder tales licencias; 2º.–Las resoluciones de concesión de las licencias no son contrarias a las normas urbanísticas vigentes y tampoco son injustas; 3º.–Los terrenos sobre los que se han concedido eran "suelo no urbanizable común" por lo que carecía de interés para proceder a su protección siendo la razón de concederle aptitud para ser edificado exclusivamente económica debido al excesivo desembolso que para ello habría que hacer por lo que en modo alguno se acredita la causa o razón de "necesidad de protección"; 4º.–En los informes del Secretario del ayuntamiento no hubo taxativa advertencia de ilegalidad para cada uno de los expedientes y en los informes generales sobre urbanismo tampoco se aludía a la inseguridad jurídica existente y a la inoperatividad de las Normas Municipales al carecer de segura vigencia; 5º.–El alcalde y todos los concejales tenían voluntad de modificar las normas y si no se llegó a su revisión fue por causas ajenas a su voluntad; 6º.–Aun cuando la licencia para construir una nave destinada a fábrica de muebles se dio sin la previa autorización de uso de suelo por la Comisión Provincial de Urbanismo la misma Comisión reconoció que "en la solicitud se justifica el interés social por la creación de puestos de trabajo"; 7º, 8º y 9º.–En modo alguno queda acreditado que las licencias concedidas sean ilegales por contrarias a la normativa urbanística y además injustas como ocasionadoras de un resultado materialmente dañoso y que se dicten en ejercicio de un poder arbitrario y caprichoso ya que la causa o razón de su concesión fue la demanda de suelo edificable y de viviendas; 10º.–La Administración Local tiene legalmente atribuida la facultad discrecional sobre qué suelo haya de urbanizarse; 11º.–No existe prueba que permita acreditar el elemento subjetivo que la resolución de concesión haya sido a sabiendas de la injusticia».

La representación de don Santiago A. S. expone como motivos impugnatorios los siguientes: 1º.–Error en la apreciación de las pruebas toda vez que en los informes del Secretario del municipio en ningún momento se advierte a los miembros de la corporación de la ilegalidad de sus actuaciones «y tampoco consta probado que existan graves deficiencias en el equipamiento de los servicios esenciales en la urbanización por cuanto hay suministro de agua potable, colectores, suministro eléctrico, etc.». 2º.–Indebida aplicación de los artículos 320 núm. 2 en relación con el núm. 1 del mismo precepto y 74.1 del Código Penal, toda vez que el elemento objetivo del primero de los preceptos es una norma penal en blanco y no existe certeza legislativa sobre qué normas legales de carácter urbanístico son aplicables al supuesto objeto de acusación: Ley del

Suelo de 1998 (RCL 1998\959), Ley de Urbanismo de Castilla y León (RCL 1999\1520 y LCyL 1999\106) con las parciales declaraciones de inconstitucionalidad; todo lo cual impide la valoración de injusta y arbitraria a las resoluciones administrativas en que se concedieron las licencias, y en modo alguno ha resultado acreditado que dichas resoluciones fuesen adoptadas a sabiendas de su injusticia como exige el tipo penal «ya que no existía ni conocimiento ni conciencia ni voluntad de vulnerar la Ley».

El Ministerio Fiscal en examen preciso, detallado y numerado de todas y cada una de las alegaciones de los recurrentes en su vertiente de elemento objetivo y subjetivo del tipo penal con la específica referencia a los concretos elementos probatorios peticiona su desestimación y confirmación de la sentencia de instancia, finalizando su escrito con el señalamiento al Tribunal que si bien conoce que la pena de multa impuesta por la Juzgadora de instancia no puede ser recurrida por el Fiscal por preverse en el tipo como alternativa de la de prisión se le antoja como claramente benigna teniendo en cuenta la gravedad y número de los hechos enjuiciados estimándose como más procedente la de prisión de quince meses a dos años por tratarse de delito continuado.

TERCERO.- Entrando en el estudio del recurso de apelación interpuesto por la representación de don Laudino S., don Justiniano G. y don José Luis P. y acreditado tanto por la prueba documental pública aportada a las actuaciones como por las declaraciones de los acusados durante la investigación de los hechos y especialmente por la prestada en el juicio oral que en su condición de miembros del Ayuntamiento de Sariegos han venido concediendo –con las precisiones de participación recogidas en el relato probatorio– 36 licencias de construcción de viviendas unifamiliares en las zonas de «El Piornal» y «La Barbada» y una licencia para la construcción de tres naves en una finca sita en Carbajal de la Legua en el km ... de la carretera Gijón-Sevilla, las cuestiones a que en esencia se concretan la alegaciones impugnatorias son dos: a) si las licencias concedidas fueron contrarias a la normativa urbanística vigente, y b) si los condenados votaron a favor de la concesión de las licencias a sabiendas de su injusticia.

El examen de las actuaciones de carácter instructor así como las declaraciones prestadas en el juicio oral por los acusados y testigos y redactores de informe y prueba documental pública existente y el análisis y valoración de las alegaciones recurrentes y de su impugnación por el Ministerio Fiscal llevan al Tribunal a la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia condenatoria por las razones que se pasan a exponer siguiendo el orden del recurso:

1º.–El hecho que en su actuar de concesión de licencias se limitaran a ratificar el dictamen previo de la Comisión Informativa de Obras integrada por todos los grupos políticos municipales como consta en las certificaciones emitidas por el Secretario de la corporación en modo alguno puede servir para la absolución de los acusados por cuanto el tipo penal objeto de condena es para quien haya resuelto o votado a favor de la concesión de la licencia contraria a las normas urbanísticas vigentes a sabiendas de su injusticia independientemente que otros miembros de la Corporación que no formen parte del órgano colegiado que tenga legalmente asignada la toma de decisión sean partidarios por mayoría o unanimidad del sentido o contenido de tal votación, pues caso

contrario se generaría un auténtico caos que vulneraría la prioridad legislativa del Parlamento, el derecho de igualdad y el de seguridad jurídica.

La alegación que la concesión de tales licencias –para viviendas y para la nave– obedecería a «constatación de la perentoria necesidad en el Municipio de Sariegos de obtener suelo edificable dada la absoluta carencia de suelo para urbanizar en las Normas Subsidiarias del Municipio del año 1976... y que la única finalidad perseguida por los acusados con la concesión de tales licencias era el beneficio e interés general del conjunto de vecinos del Municipio» en modo alguno es puesta en duda por este Tribunal ya que lo que es sometido a su decisión es si los mismos han concedido licencias de construcción contrarias a las normas urbanísticas.

2º.–El motivo impugnatorio que conforme a la normativa jurídica vigente existía un caos determinante de inseguridad jurídica en que era difícil exigir al Alcalde y Concejales su conocimiento, y por ello su posible vulneración con la concesión de las licencias, tampoco puede servir para éxito absolutorio pues los acusados eran conocedores que según las Normas Subsidiarias de Planeamiento de 1976 dicho terreno en que se concedieron las licencias estaba clasificado como rústico y así lo manifestaron claramente en el juicio pues Laudino S. declara que según las normas era suelo rústico, que tenía la obligación de solucionar los problemas que le planteaban los vecinos del pueblo, él no sabe si es al margen de la Ley, que no había suelo industrial y que el fin social justificaba su proceder; y que si hubieren dado cumplimiento a las normas de urbanismo hoy serían cuatro gatos; e igualmente lo declaran los otros tres acusados, tal y como lo habían manifestado en sus declaraciones anteriormente.

3º.–En el motivo impugnatorio tercero reconocen que los terrenos eran «suelo no urbanizable común», sin que su alegación de carencia de interés para su protección «debido al desembolso económico excesivo» que habría que hacer permita modificar su condición y obtener la posibilidad de construcción de viviendas y naves industriales.

4º.–El Secretario del Ayuntamiento en la declaración prestada en el juicio oral reiteró que en los Plenos del ayuntamiento advertía que estaban dando licencias para construir chalés en terrenos que tenían la condición de rústicos así como que «precisaban autorización de la Comisión Provincial de Urbanismo». Y que en cuanto a la licencia de construcción que fue concedida al señor O. tuvo lugar antes de haberse dado la correspondiente licencia por la Comisión de Actividades Clasificadas, cuyo acuerdo tiene carácter vinculante para el Alcalde que se denegó, que las normas de planeamiento eran de 1976, que no existía suelo urbanizable, que habría que haberlas modificado, y que en ellas tampoco existía suelo industrial ni se preveía.

5º.–Las alegaciones que las licencias concedidas en modo alguno son ilegales –numerales 7, 8 y 9 del recurso– ya que no perseguían ningún resultado dañoso sino el beneficio de la población, y que no pueden revestir tal cualificación ya que es facultad de la Administración Local la designación del suelo que haya que urbanizarse no puede ser acogida toda vez que una cosa es que los distintos municipios de España estén capacitados para la designación e individualización del suelo que haya de urbanizarse, lo que evidentemente sólo a su órgano de gobierno corresponde, y otra muy distinta es que los municipios «estén capacitados para definir qué sea suelo urbanizable y sus

condiciones», lo que evidentemente única y exclusivamente corresponde al poder legislativo del Estado y a las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos.

6º.–Tampoco cabe acoger que la conducta de los acusados no constituye tal tipo penal al no ser injusta ya que únicamente pretendía el beneficio de los vecinos y que en ningún momento la concesión de las licencias haya generado un resultado materialmente dañoso por cuanto como expone el Ministerio Fiscal, del actuar de los acusados resultan perjuicios de todo tipo: para los propios destinatarios de las concesiones «ilegales», que han construido «en el monte» y sin servicios imprescindibles; para el Ayuntamiento, que tarde o temprano tendrá que costear, aunque sea en parte, todos o algunos de dichos servicios; para los vecinos de las urbanizaciones «legales», y de los pueblos, a los que también afecta el masivo y desordenado crecimiento; para los dueños de las finca sobre las que se realizaron las construcciones que fueron objeto de venta como rústicas y las ven transformadas en urbanas y para los que adquirieron parcelas en las urbanizaciones legales a precios sin duda superiores a los de «El Piornal» y «La Barbada», todo lo cual patentiza que tales actos son antijurídicos en un sentido material.

7º.–Concurre en la actuación de los condenados elemento subjetivo «a sabiendas de su injusticia» que exige el artículo 320.2 del Código Penal pues **tenían claro conocimiento de que no existía suelo apto para urbanizar conforme a las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento, concedieron las licencias antes de recibir el acuerdo correspondiente de la Comisión Provincial de Urbanismo y, en su caso, sin el previo informe vinculante de la Comisión Provincial de Actividades Clasificadas** que fue emitido definitivamente en sentido desfavorable por Acuerdo de 29 de mayo de 1998 (folio 512) siendo de resaltar que aun después de iniciada la tramitación del procedimiento penal se siguieron concediendo licencias ilegales (folio 371), y que tenían claro conocimiento de la ilegalidad cuando precisamente declararon como argumento exculpatorio que concedieron las licencias ante la manifiesta y patente falta de suelo apto para urbanizar.

CUARTO.- Pasando al examen del recurso de apelación interpuesto por la Defensa de don Santiago A. S., las extensas manifestaciones impugnatorias, concretadas en alegado error en la apreciación de la prueba e indebida aplicación del artículo 320 núm. 2 en relación con el núm. 1 del mismo artículo y artículo 74.1, ambos del Código Penal, los mismos han de ser rechazados por cuanto:

1º.–En los informes redactados por el Secretario del Ayuntamiento no se hacía exposición de meras generalidades ni de referencia a la ya antigüedad de las Normas Subsidiarias sino que se hacía una clara advertencia que se precisaba la autorización de la Comisión Provincial de Urbanismo y el previo informe de la Comisión Provincial de Actividades Clasificadas en unos y otro caso. Por ello los acusados no pueden desconocerlos, y sí precisamente no obstante la existencia de los mismos y la manifestada ilegalidad expuesta deciden conceder las licencias son claramente responsables de las consecuencias de su ilícito actuar.

2º.–La alegación de que no existen graves deficiencias en el equipamiento de los servicios esenciales al constar el suministro de agua a las edificaciones, colector,

suministro eléctrico y acceso rodado, por lo que aun cuando sea con ciertas imperfecciones las edificaciones tienen los servicios básicos no puede ser acogida como argumento absolutorio toda vez que el tipo penal está constituido por la concesión de las licencias de edificación «a sabiendas de su injusticia» –y eso sí ha resultado acreditado–. La existencia de imperfecciones en la ejecución de las obras, si es que existen o se valoran como tales, podrán ser objeto de las correspondientes reclamaciones en cada caso, pero ajenas al tipo penal objeto de condena que queda consumado por la concesión de tales licencias.

3º.–La expuesta indebida aplicación del artículo 320 del Código Penal sobre la base de que se está en presencia de las denominadas leyes penales en blanco, multiplicidad de las normas urbanísticas con patente dificultad en el momento de precisar su correcta aplicación y que la Comisión Provincial de Urbanismo se excedió o extralimitó en sus competencias al denegar la autorización de uso de suelo, deben ser rechazadas por la fundamentación expuesta para la desestimación del recurso de los otros tres acusados, y si el recurrente, o el Ayuntamiento, entendían la existencia de tal exceso de competencia y por lo tanto indebida denegación o no autorización, lo que debió llevarse a cabo fue la interposición del correspondiente recurso pero no hacer total caso omiso de los acuerdos de dichas Comisiones Provinciales.

4º.–La última de las alegaciones impugnatorias, «las resoluciones tampoco se dictan a sabiendas de su injusticia», debe ser igualmente rechazada por los mismos motivos expuesto a la desestimación de su alegación por los otros acusados; y estando acreditado que **existió clara intención en todos ellos de conceder las referidas licencias contra lo establecido en la normativa existente aun cuando su intención fuera el «dar respuesta a la demanda de viviendas de los vecinos» en un caso, y «en razones de interés social para la creación de puestos de trabajo a pesar de existir informe en contrario de la Comisión Provincial de Urbanismo» en otro, su conducta al conceder las referidas licencias constituyen el tipo penal por el que ha sido condenado**.

QUINTO.- En conclusión, las alegaciones fácticas y jurídicas expuestas por los apelantes no alcanzan la entidad suficiente para acreditar la existencia de posible error en el relato probatorio de la sentencia ni para desvirtuar la motivada y fundamentada argumentación incardinadora del mismo en el tipo del párrafo segundo del artículo 320 del vigente Código Penal por cuanto no sólo queda claramente acreditado que la concesión de hasta un total de 36 licencias de construcción de viviendas unifamiliares en la zona de «El Piornal» y «La Barbada» de Pobladura del Bernesga a favor de otros tantos solicitantes y la concesión de licencia para la construcción de tres naves con destino y fin industrial se llevó a cabo de modo ilegal al ser contrarias al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (RCL 1992\1468 y RCL 1993, 485) y a los artículos de la Ley del Suelo de 1976 (RCL 1976\1192 y ApNDL 13889) que recobran vigencia tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 (RTC 1997\61) y a los preceptos del Reglamento de Gestión Urbanística de Planeamiento Municipal, y determinados preceptos de la Ley de Actividades Clasificadas de Castilla y León como de modo detallado se recoge en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida, lo que quizás atendiendo al principio de intervención mínima del Derecho

Penal y el marcado carácter de intervención administrativa pudiera determinar una irregularidad administrativa a resolver en su caso en los Tribunales de tal carácter, sino que **en el presente caso se ha acreditado cumplidamente la clara, numerosa y reiterada vulneración de la normativa estatal y autonómica reguladora de lo que constituye la ordenación del territorio, aprovechamiento y uso del suelo**, lo que patentiza que la conducta de los acusados constituye una infracción grave de tal normativa causando un perjuicio a terceros y a la causa pública en general como se ha dejado expuesto en el numeral 6, del fundamento de derecho tercero de la presente resolución; y los acusados con su concreto actuar de la concesión de las licencias tenían un claro ánimo y decidida intención de proceder a tal vulneración clara y manifiesta aun cuando fuera para obtener lo que valoraban como inmediatos beneficios o ventajas para la comunidad actual de la localidad.

SEXTO.- La manifestación expuesta por el Ministerio Fiscal en cuanto a que la pena impuesta es claramente benigna carece de relevancia impugnatoria, como el mismo expone, ya que tal pena de multa se prevé en el tipo penal como alternativa de la de prisión, y el juzgador en el noveno de los fundamentos de derecho efectúa su individualización a tenor de los artículos 66, 320 y 74 del Código Penal.

SEPTIMO.- La desestimación de los recursos conlleva la imposición a las partes recurrentes de las costas procesales.

Vistos los preceptos sustantivos y procesales citados en la presente resolución, en la de instancia y por las partes defensoras y acusadora.

DECISION

Se **desestiman** los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora señora L. V. en representación de Laudino S. G., Justiniano G. G. y José Luis P. F. y por el Procurador señor D. Ll. en representación de Santiago A. S. contra la sentencia dictada el día 19 de enero de 2000 por la Ilma. Sra. Magistrada titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de León en el Procedimiento Abreviado núm. 291/1999 seguido por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de esta ciudad, a los que se ha opuesto el Ministerio Fiscal, y se **confirma dicha resolución**, cuyo relato probatorio y parte dispositiva constan en el primero de los antecedentes, con declaración condenatoria de las costas de esta alzada a las partes recurrentes.

Dése cumplimiento, al notificar esta Sentencia, a lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) y, con testimonio de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.–La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la autoriza con su firma, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 92/2005 Madrid (Sección 16), de 24 octubre

En Madrid, a veinticuatro de octubre de dos mil cinco.

Visto en juicio oral y público ante la Sección XVI de esta Audiencia Provincial el Procedimiento Abreviado 108/2004 procedente del Juzgado de Instrucción 6 de Alcobendas, Rollo de Sala 41/05, seguida de oficio por delitos contra la ordenación del territorio, de prevaricación y de negociaciones prohibidas, contra Jose Luis, nacido el 24-9-1958, de cuarenta y siete años de edad; hijo de Florentino y de Luisa, natural y vecino de Pedrezuela, provincia de Madrid, sin antecedentes penales, y en libertad provisional por esta causa.

Habiendo sido partes el Ministerio Fiscal, como acusación particular la Asociación para la defensa del Valle de Lozoya y de la Sierra de Madrid, representada por la procurador doña Esther Gómez García y defendida por el letrado don Juan Manuel López Rubio, y dicho acusado representado por el procurador don Pablo Hornedo Mugiro y defendido por la letrado doña Isabel Esteban Ponce de León.

Actúa como ponente el ilustrísimo señor Magistrado don Miguel Hidalgo Abia, Presidente de esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de las infracciones penales siguientes:

De dos delitos contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

De un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del citado texto legal.

De un delito de negociaciones prohibidas del artículo 439 del Código Penal

Reputando responsables de tales infracciones penales, en concepto de autor, al acusado Jose Luis, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó la imposición de las penas siguientes:

Por cada uno de los delitos del epígrafe A) la pena de 15 meses de prisión y 6 años de inhabilitación especial.

Por el delito del epígrafe B) la pena de 10 años de inhabilitación especial.

Por el delito del epígrafe C) la pena de multa de 15 meses, con una cuota diaria de 206 euros, y 2 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

SEGUNDO.- La acusación particular, en sus conclusiones también definitivas, calificó los hechos procesales al igual que el Ministerio Fiscal, reputando responsable de tales delitos, en concepto de autor, al acusado Jose Luis, para quien solicitó las penas siguientes:

Por cada uno de los delitos del epígrafe A) la pena de 15 meses de prisión y 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Por el delito del epígrafe B) la pena de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Por el delito del epígrafe C) la pena de 18 meses de multa, con una cuota diaria de multa que resulte de los ingresos del acusado, y 2 años de 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Interesando, además, la condena en costas del acusado, incluidas las de la acusación particular.

TERCERO.- La defensa del acusado Jose Luis, en sus conclusiones igualmente definitivas, se mostró disconforme con las acusaciones por estimar que su defendido no había cometido hecho delictivo alguno, interesando su libre absolución.

HECHOS PROBADOS

Constituida la Asociación de familiares de adultos con problemas de personalidad (AFAP) el 17-10-1995 y a fin de dar cumplimiento a su objeto social, integrado por el fomento y creación, sin ánimo de lucro, de centros e instituciones de carácter pedagógico, científico y asistencial para la enseñanza, educación, rehabilitación y tutela de cuantos padezcan enfermedades mentales que les imposibiliten para su instrucción e integración socio-laboral normalizada, efectuó los hechos que a continuación se relatan con objeto de construir un centro ocupacional, un centro escuela y explotación avícola, en una primera fase, y una residencia con piso tutelados, en una segunda fase; todo ello destinado al fin social perseguido en beneficio de los que padezcan enfermedades mentales.

PRIMERO.- En el verano de 1998 responsables de AFAP entran en contacto, con el objeto expresado, con el alcalde de la localidad de Pedrezuela, el acusado Jose Luis, mayor de edad y sin antecedentes penales, a quien participaron su interés en construir en tal término municipal los referidos centros e instalaciones, acompañándoles el mismo a

ver diversas parcelas. Tras lo cual, sobre los planos del municipio facilitados y por no haber suelo urbano, los arquitectos del proyecto estimaron adecuada para el proyecto referenciado la parcela catastral NUM000 del polígono NUM001, PARAJE000, del término municipal de Pedrezuela, la cual estaba calificada de suelo no urbanizable de protección especial.

Entrando a continuación en contacto los responsables de AFAP, con los propietarios de la reseñada parcela doña Rita y don Alexander, madre y tío respectivamente del acusado, de quien no hay acreditación que sugiriera o impusiera a tal asociación dicha parcela. Suscribiendo tales titulares y doña Marí Jose, Presidenta de AFAP, un contrato privado en virtud del cual los primeros arrendaban la finca en cuestión, con una superficie de 36.656 metros cuadrados a AFAP, con una duración de 20 años y por una renta anual de 600.000 pesetas, a pagar en doce plazos mensures de 50.000 pesetas cada uno (Anexo 1, folio 2 y ss).

SEGUNDO.- Con fecha 28-5-1999 doña Marí Jose, Presidenta de AFAP, presentó escrito en el Ayuntamiento de Pedrezuela en solicitud de licencia de obras para la ejecución de la primera fase de la graja escuela, comprensiva de nave industrial avícola, centro ocupacional y de servicios comunes (folio 113).

Dicha licencia no se emitió por estar pendiente la emisión de calificación ambiental y urbanística por parte de la Comunidad de Madrid (folio 120).

TERCERO.- Simultáneamente tal asociación interesaba de la Conserjería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes la aprobación de la instalación de la granja escuela en suelo no urbanizable. Exigiendo tal consejería se adjuntase informa favorable del Ayuntamiento de Pedrezuela, justificación de la implantación del edificio en suelo no urbanizable e indicación del uso actual de la finca y edificaciones existentes en ella.

CUARTO.- –El 19-7-1999 el agente forestal don Ángel Daniel detecta que se están efectuando construcciones en la parcela de referencia, por lo que formula denuncia contra AFAP que eleva a la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid (folios 9 a 11).

Incoado por el Servicio de Inspección Urbanística de tal consejería expediente disciplinario NUM003, se gira visita de inspección por inspectores urbanistas que, con fecha 27-7-1999 comprueban que en tal parcela se están efectuando obras de edificaciones (folios 231 y 232 Rollo de Sala).

Incoándose al propio tiempo expediente NUM002 por el Servicio de Disciplina Urbanística de la Consejería de Medio Ambiente.

QUINTO.- –El 29-7-1999, don Cornelio, director de AFAP, presentó en el Ayuntamiento de Pedrezuela escrito en solicitud del informe y datos referenciados en

epígrafe 3 (Anexo 1, folio 1).

SEXTO.- –El 30-7-1999 la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Pedrezuela acordó por unanimidad informar favorablemente la solicitud de granja escuela de AFAP por considerarla de interés social. Emitiendo su secretario certificaciones ese mismo día, dirigidas a la Consejería de Obras Públicas, expresivas de tal acuerdo de informe favorable, la razón que lo motivaba, así como indicativa de que no existía suelo vacante o urbanizable para la ubicación de tal granja escuela y que la parcela en cuestión estaba improductiva y sin edificaciones (Anexo 1, folio 7 a 11).

SÉPTIMO.- –Por resolución de fecha 5-8-1999, de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional, adoptada en el citado expediente disciplinario NUM003, se comunica al alcalde acusado las obras que se estaban efectuando, instándole para que incoase el oportuno expediente sancionador y acordase la suspensión de tales edificaciones, con adopción de medidas tendentes a conseguir la efectividad de tal interrupción. Haciéndole la advertencia que, caso de no disponerse tal suspensión, en el plazo de 10 días, la acordaría tal Dirección General de oficio y adoptaría las medidas precisas (folios 116 y ss).

OCTAVO.- –Dicha resolución causa entrada en el Ayuntamiento de Pedrezuela el 19-8-1999 y el alcalde acusado dicta, con fecha 26-8-1999, decreto de suspensión inmediata de las obras que estaba realizando AFAP en la parcela referenciada (folio 115).

Dicho decreto fue notificado al encargado de las obras el 8-9-1999 (folio 119).

NOVENO.- –Desconocedora la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional que el acusado había dictado tal decreto de suspensión de obras, acordó, mediante Orden de fecha 20-9-1999, dictada en el citado expediente disciplinario NUM003, la suspensión de las obras de edificación referenciadas, con advertencia al interesado (AFAP) que, transcurridos cuatro días de la notificación de tal Orden, sin cumplir la misma, se adoptarían las medidas precisas para su ejecución.

DÉCIMO.- –El 1-10-1999 inspectoras urbanistas de la Sección de Inspección Urbanística de la Comunidad de Madrid giran visita de inspección a la finca de referencia y verifican que continúan las obras de edificación. Circunstancia que la referida Sección participa al alcalde acusado el 24-10-1999 (Anexo 1, folio 23 y Rollo Sala, folios 234 y 235).

UNDÉCIMO.- –Finalizadas las obras de edificación del Centro Especial de Empleo y Centro Ocupacional, con la colaboración y financiación de la propia Comunidad de Madrid (Consejería de Economía y Empleo) del Ministerio de Trabajo y Asuntos

Sociales, de la Obra Social Caja Madrid y de la Fundación Once, solicita AFAP el 6-3-2000 del Ayuntamiento de Pedrezuela licencia de apertura, que es concedida el 10-3-2000 por su Comisión de Gobierno (Diligencias Fiscales).

DUODÉCIMO.- –Por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de fecha 27-4-2000, se acordó la apertura del trámite de información pública en el procedimiento de elaboración de la «Primera Revisión del Plan de Ordenación del Embase de Pedrezuela».

Haciendo alegaciones al respecto el Ayuntamiento de Pedrezuela, el Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra, el Canal de Isabel II, la AFAP y particulares propietarios de fincas en el término municipal de Pedrezuela (Diligencias Fiscalía).

En tal procedimiento, con fecha 19-7-01, recae informe técnico de la Dirección General de Medio Ambiente sobre las alegaciones presentadas y estima que, «a la vista de la documentación presentada y teniendo en cuenta las circunstancias que concurren, su excepcionalidad y el uso al que se destina e interés social del mismo», es pertinente la Revisión del citado Plan de Ordenación respecto a la parcela referenciada, donde actualmente se encuentran unas instalaciones del denominado Centro Especial de Empleo y Granja-Escuela, incluyéndose como «Zona de Uso social».

DECIMOTERCERO.- –A principios de mayo de 2000 tiene lugar la inauguración de tales centros con asistencia de su majestad la reina, de representantes de la Comunidad de Madrid y del resto de organismos y entidades colaboradoras, ya citadas. Colocándose en el edificio placa conmemorativa de tal inauguración, auspiciada por la Consejería de Asuntos Sociales (Diligencias Fiscalía y acta de juicio).

DECIMOCUARTO.- –La Comisión de Urbanismo de la Comunidad de Madrid, en sesión celebrada el 9-5-2000, acordó la denegación de la calificación urbanística por entender que, dada la clasificación de los terrenos como suelo no urbanizable de protección especial, de conservación a regenerar, el uso previsto para centro especial de empleo y centro ocupacional no estaba permitido (Anexo 1, folio 50).

Acuerdo que no se documenta hasta el 31-5-2000. Remitiéndose sus notificaciones el 27-6-2000 (anexo, folios 49 y 57).

DECIMOQUINTO.- –Por resolución de 24-5-2000 de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional, adoptada en expediente disciplinario 34.7/1999, se interesa del Ayuntamiento de Pedrezuela que adopte acuerdo de demolición de las obras (Anexo 1, folio 45).

DECIMOSEXTO.- –Con fecha 24-5-2000 la concejal del Ayuntamiento de Pedrezuela doña Ana formula denuncia contra la referida corporación municipal ante la Fiscalía del

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual incoa Diligencias Informativas 50/00, en las que, tras el nombramiento de instructor, se interesan por éste las actuaciones de comprobación oportunas.

A la vista de tales actuaciones, el señor instructor emite, con fecha 23-1-02, informe propuesta del tenor literal siguiente:

«Las presentes diligencias hacen referencia a una instalación semipública para la ayuda de personas discapacitadas ubicada en una parcela no urbanizable, pero estando prevista y acordada la revisión de su uso en atención al carácter social.

Dadas estas circunstancias entiende procedente el archivo de la causa por no concurrir caracteres delictivos» (Diligencias Fiscalía).

Por decreto del excelentísimo señor Fiscal-Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 25-1-02 se acordó el archivo de tales Diligencias Informativas 51/00 (Diligencias Fiscalía).

DECIMOSÉPTIMO.- –El 19-6-02 se dicta la Ley 2/02 (RCL 2002\1869 y LCM 2002\371) de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, en la que se contemplan proyectos y construcciones en zonas no urbanas para actuaciones como las referenciadas de AFAP.

DECIMOCTAVO.- –Por Decreto 116/02, de 5 de julio (LCM 2002\428), de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid se aprueba la Revisión del Plan de Ordenación del Embalse de Pedrezuela, en cuya norma 18 se contemplan «Zonas de Uso Social» y, entre ellas, de manera expresa, en su letra C), «la zona delimitada donde se ubica el Centro Especial de Empleo y Granja Escuela (unidad ambiental número 12)», en la que «se permitirán las obras y actuaciones vinculadas al desarrollo y al propio uso de la actividad» (folios 13 a 24, Anexo 1, folios 232 a 240).

DECIMONOVENO.- –Elaborado por AFAP un proyecto básico de viviendas de integración y capacitación de sus residentes en los terrenos de continua referencia informado favorablemente por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Pedrezuela en sesión de 20-5-03, se obtiene Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de fecha 23-10-03, en virtud del cual se excluye tal proyecto del trámite de evaluación de impacto ambiental, si bien con un condicionado que establece la Consejería de Medio Ambiente (Anexo 2, folio 136).

VIGÉSIMO.- –Obtenido tal Acuerdo, AFAP solicita, con fecha 4-12-03, licencia de obras al Ayuntamiento de Pedrezuela (Anexo 2, folio 124), el cual no lo emite en principio, pues ya por acuerdo citado de su Comisión de Gobierno, de fecha 20-5-03, si bien informó favorablemente el proyecto de construcción de 26 viviendas en base a su interés social, indicó a AFAP que deberá solicitar autorización de la Comunidad de

Madrid al ser suelo no urbanizable; ello, con carácter previo a solicitud de licencia de obra municipal (Anexo 2, folio 242).

VIGESIMOPRIMERO.- El 19-5-04, mediante escritura pública, doña Rita y don Alexander hacen cesión gratuita a AFAP del derecho de superficie sobre la parcela referenciada, número NUM000 del polígono NUM001, durante 30 años (Rollo Sala, folios 106 y 228).

VIGESIMOSEGUNDO.- El 9-6-04 AFAP y la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid firman un convenio de colaboración para la promoción de 26 viviendas de integración social. Asumiendo tal Consejería, dentro de los términos del convenio, la tramitación de concesión de ayudar y a conceder las correspondientes, calificaciones, provisional y definitiva, de «Viviendas de Integración Social». (Rollo Sala, folios 105 a 109).

VIGESIMOTERCERO.- El 25-6-04 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Pedrezuela concede licencia de obras a AFAP a la vista de tal convenio y en base al mismo, dado que la Comunidad de Madrid colaboraba en el proyecto de construcción de las 26 viviendas de integración social y que el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid había excluido tal proyecto del trámite de evaluación de impacto ambiental (Rollo de Sala, folio 111).

VIGESIMOCUARTO.- Por resolución de 9-12-04, de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional, se acuerda requerir al alcalde acusado para que proceda a la anulación de la licencia de obras por considerarla contraria a las Normas Subsidiarias, dándole el plazo de un mes a partir de la notificación de tal resolución (Rollo de Sala, folios 113 a 115).

VIGESIMOQUINTO.- Notificada tal resolución el 15-12-04 el alcalde acusado, mediante oficio de fecha 19-1-05, solicita una ampliación del plazo dado, pues la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio iba a iniciar un procedimiento de calificación (Rollo de Sala, folio 116).

VIGESIMOSEXTO.- El 30-3-05 doña Rita y don Alexander otorgan escritura pública de cesión unilateral y gratuita del pleno dominio de la parcela referenciada a favor de la Comunidad de Madrid. Consignándose en tal escritura el derecho de superficie que sobe tal finca tenía constituido AFAP y valorándose ésta, a efectos fiscales, en 6.000 euros (Rollo de Sala, folios 227 a 230).

VIGESIMOSEPTIMO.- El 12-5-05 la Comunidad de Madrid aceptó tal cesión de la finca en cuestión (Rollo de Sala, folio 124).

VIGESIMOCTAVO.- El 1-7-05 la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional dicta resolución concediendo la calificación urbanística solicitada por AFAP para la legalización de la Granja Escuela y Centro Especial de Empleo de continua referencia por adaptarse a las Normas Subsidiarias y del Plan de Ordenación del Embalse de Pedrezuelas. Ello, con el informe favorable de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y de la Dirección General de Medio Natural (Rollo de Sala, folios 121 a 136).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Llegar a una convicción teniendo en cuenta la actividad probatoria desarrollada legítimamente en el acto del juicio oral es tarea especialmente complicada pero imprescindible para que la justicia penal se realice.

En el capítulo de los hechos probados o juicio histórico, el juzgador debe proyectar en la sentencia, como si de secuencias cinematográficas se tratara, cuáles son los acontecimientos que, habiendo desfilado contradictoriamente ante él, se han acreditado como ciertos de manera suficiente. Se trata de un proceso de selección riguroso, de una criba de cuanto por el juzgador ha discurrido, en una tarea en la que ha de aplicar las reglas de la lógica, de la psicología y las de la experiencia del comportamiento humano.

Llegado el momento de la valoración de la prueba, el Tribunal ha de enfrentarse con el problema complejo de decidir qué es lo que está probado y en qué términos, siempre, no hay que decirlo, que la actividad probatoria haya advenido por cauces de legitimidad. Siendo en este punto donde incide la problemática de la presunción de inocencia, pues sólo cuando se haya producido actividad probatoria de cargo, es decir, de signo inequívocamente acusatorio y razonablemente suficiente, de forma procesal y constitucionalmente correcta, cabe dar como probado el hecho mismo y la participación del acusado (STC 229/1988, de 1 de diciembre [RTC 1988\229]).

El derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución (RCL 1978\2836), se asienta, según ha reiterado el Tribunal Constitucional, desde su sentencia 31/81, de 28 de julio (RTC 1981\31), sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución, y, por otro, que esta apreciación ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, practicada con las debidas garantías.

La presunción de inocencia se sitúa, pues, en el marco de los hechos respecto de los cuales pueden producirse consecuencias en el orden penal, y de la prueba de los mismo,

no alcanzando, por ello, el mencionado derecho constitucional a las valoraciones jurídicas o calificaciones que los órganos judiciales puedan establecer a partir de los hechos que, tras la actividad probatoria, queden establecidos como probados (STC 6/87, de 28 de enero [RTC 1987\6] y Auto TC de 30 de octubre de 1989).

Así las cosas el tribunal no sólo debe declarar lo que estime probado, sino que debe razonar también por qué ha llegado a esa conclusión, especialmente cuando de prueba indirecta se trata. Las resoluciones judiciales han de ser actos de voluntad, razonados y razonables. No pueden ser un ciego «ordeno y mando», sino una construcción armónica, lógica, coherente con las reglas de la experiencia y ajustadas en todo a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.- Las acusaciones, tanto pública como particular, instan condenas para el acusado por tres tipos penales diferentes, a cuya determinación y análisis a continuación hemos de proceder para luego confrontar si en la conducta del acusado se dan, o no, los elementos constitutivos o integradores de tales infracciones penales.

Tales tipos penales, objeto de imputación, son los siguientes:

Dos delitos contra la ordenación del territorio del artículo 320, en su número 1 según la acusación particular.

El número 1 de tal precepto sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

Tipo delictivo de carácter esencialmente doloso, en cuanto que la conducta de emisión de informe favorable a proyectos de edificación o la concesión de licencias, se ha de efectuar con conocimiento exacto de ser contrarios a las normas urbanísticas y con conciencia de su injusticia.

El número 2 de tal artículo, a su vez, sanciona a la autoridad o funcionario público que por si mismo o como miembro de un organismo colegiado ha resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

Tipo delictivo que, partiendo de los proyectos de edificación contrarios a las normas urbanísticas a los que se contrae el número 1 del artículo 320 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), se refiere a la autoridad o funcionario que haya resuelto su concesión de propio autoridad o función, o votado a favor de la misma como miembro de un organismo colegiado. Con exigencia de que tal proceder se haya efectuado a sabiendas de la injusticia de la referida concesión.

Un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Tipo delictivo que exige la concurrencia de los siguientes elementos o presupuestos:

1º) Desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser una autoridad o funcionario público.

2º) El funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución en asunto administrativo que, ante todo, se repute no adecuada a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales en la génesis de la resolución, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legalidad vigente o suponga una desviación de poder.

3º) No es suficiente, sin embargo, que una resolución administrativa no sea adecuada a derecho para que constituya un delito de prevaricación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dicho reiteradamente que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el correspondiente tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa».

4º) Ahora bien, para que el delito de que tratamos se entienda cometido se requiere, además, que la autoridad o funcionario actúe «a sabiendas» de la injusticia de la resolución que dicta, lo que ha de entenderse como sinónimo de intención deliberada y plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere aquel resultado y antepone su voluntad sobre cualquier otra consideración.

Un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios del artículo 439 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones.

Son elementos del tipo los siguientes: a) que el agente, además de autoridad o funcionario, tenga obligación de informar por razón de su cargo en un determinado negocio o actuación; y b) que la conducta delictiva ha de consistir en el aprovechamiento de esta circunstancia para forzar o facilitarse una participación en ese negocio o actuación.

Se está en presencia de un delito de los llamados de «infracción de deber», que supone la criminalización de un deber de naturaleza extrapenal: la imparcialidad en la actuación del funcionario público y la prohibición de obtener ventaja particular al funcionario que ha de actuar oficialmente.

TERCERO.- *Precisiones de carácter previo*

Precisado lo que antecede, en orden a la determinación de los elementos que integran los delitos objeto de acusación, y confrontados con el relato de hechos probados, este Tribunal estima que los mismos no son constitutivos de tales infracciones penales. Ello, por las distintas precisiones y consideraciones que a continuación se exponen:

La afirmación que la acusación hace en sus conclusiones provisionales, luego elevadas a definitivas, de que «existe imposibilidad absoluta de edificar, por el carácter del suelo clasificado como no urbanizable de protección especial», no responde a la autoridad jurídica, pues, al tiempo de iniciarse los hechos enjuiciados, verano de 1998, resultaba de aplicación la Ley 9/1995, de 28 de marzo (RCL 1995\2317 y LCM 1995\120, 229), de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid, la cual admitía, si bien con carácter excepcional, los aprovechamientos y usos tasados en los artículos 50, 51 y 52. Siendo éstos los agrícolas, ganaderos o forestales. No excluyendo, sino que incluso contemplan la autorización de edificaciones destinadas a tales usos e incluso viviendas vinculadas a tales explotaciones.

Igualmente el Real Decreto 19/1994, de 24 de febrero (LCM 1994\61), por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Embalse de Pedrezuela, vigente al iniciarse los hechos enjuiciados, contiene idéntica previsión que la citada Ley 9/1995. Contemplándose también en su norma 6.5, con carácter excepcional, la construcción de infraestructuras, edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que no puedan realizarse en otros terrenos fuera del ámbito del Plan.

En el devenir de los hechos enjuiciados entró en vigor la Ley 9/2001, de 17 de julio (RCL 2001\2508 y LCM 2001\385), del Suelo de la Comunidad de Madrid, la cual, respecto del suelo no urbanizable de especial protección, autoriza determinados usos o actividades, con las construcciones, edificaciones o instalaciones correspondientes, sin que ello suponga la transformación de los terrenos mediante la urbanización de los mismos.

Legitimación que se produce mediante la «Calificación Urbanística», en los supuestos regulados en el artículo 29 de la Ley 9/2001, en el que tienen cabida las instalaciones y uso social perseguido por AFAP, esto es la integración social y laboral de personas que padecen enfermedades mentales crónicas.

Y tan es así que el Real Decreto 116/02, de 5 de julio (LCM 2002\428), que aprobó la Revisión del Plan de Ordenación del Embalse de Pedrezuela, en su norma 18 contempla «Zonas de Uso Social» y, entre ellas, de manera expresa, en su letra C); «la zona delimitada donde se ubica el Centro Especial de Empleo y Granja Escuela (unidad ambiental número 12)», en la que «se permitirán las obras y actuaciones vinculadas al desarrollo y al propio uso de la actividad».

La afirmación, en este caso que hace el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, elevadas a definitivas, de que «dada su consideración urbanística resultaba prácticamente imposible toda construcción en aquella parcela», y la subsiguiente afirmación del mismo Ministerio Público de que «a pesar de la imposibilidad absoluta de concesión de licencia urbanística», constituyen enfatizaciones que no cabe compartir por las razones expresadas. Y buena prueba de ello es que las edificaciones fueron finalmente legalizadas, como luego expondremos, por ajustarse su uso y actividad a las normas urbanísticas.

PRESUNTO INTERÉS DEL ACUSADO

Las acusaciones, tanto pública como privada, construyen sus imputaciones sobre la base de un pretendido interés del alcalde acusado, inducido de que es hijo y sobrino, respectivamente, de doña Rita y de don Alexander, propietarios por mitad y proindiviso de la parcela NUM000 del polígono NUM001, del término municipal de Pedrezuela, sobre la que se han efectuado las construcciones y edificaciones a las que se contrae este procedimiento penal.

Decimos interés «inducido» porque no hay prueba alguna al respecto que lo avale, pues, de un lado, nunca se ha llamado al proceso ni a doña Rita, ni a don Alexander, para que explicasen como se gestó la relación en virtud del cual alquilaron a AFAP la parcela en cuestión. Y, de otro lado, las declaraciones en juicio de don Cornelio evidencia que si bien el alcalde les acompañó a ver varias parcelas, no fue él el que sugirió o impuso la NUM000, sino que fueron luego los arquitectos, a la vista de los planos, los que escogieron aquella por ser la más idónea a los fines de llevar a cabo el proyecto total, integrado por una primera fase de construcción de un centro ocupacional, un centro escuela y una explotación avícola, y luego por la construcción de una edificación de viviendas tuteladas.

Negando el señor Cornelio que el acusado recibiera, por su intervención como alcalde, premio contraprestación, o aprovechamiento alguno, que, en cualquier caso, deberían probas las acusaciones, lo que no han hecho.

El precio del arrendamiento de referencia, de 50.000 pesetas al mes, no resulta significativo si se pondera su superficie de 36.656 metros cuadrados y que se distribuye entre sus dos propietarios.

Buscar el interés del acusado en la reversión de las edificaciones y construcciones al finalizar el arrendamiento pactado con una duración de 20 años, podría constituir, en principio, una mera hipótesis, que desde luego hubiera exigido acreditar si el acusado es heredero único, o junto con otros, de su madre, si ésta tiene, o no, otorgado testamente, y, en su caso y en que condiciones, pudiera ser heredero de su tío.

Hipótesis, ya decíamos, de principio, que no se corresponde con la posterior cesión gratuita por parte de doña Rita y de don Alexander, a favor de AFAP, del derecho de superficie sobre la parcela referenciada, durante 30 años. Lo que extinguió el arrendamiento anteriormente pactado y puso fin a la percepción del precio del arriendo.

No siendo de recibo la afirmación fiscal, en su informe final en el juicio, de que se trata de una maniobra para eludir las acusaciones de este proceso, pues antes de que el Ministerio Público formulara acusación, lo que aconteció el 19-11-04, tal cesión gratuita del derecho de superficie sobre la parcela por 30 años ya se había producido (19-5-04).

Y si a lo expuesto añadimos que posteriormente, en concreto el 30-3-05, doña Rita y don Alexander hacen cesión unilateral y gratuita del pleno dominio de la parcela a favor de la Comunidad de Madrid, tal proceder se aviene mal con ese pretendido interés del acusado.

Interés imputado y no acreditado que, ni que decirlo, sería económico, pues lo que si parece evidente que, primero con el alquiler, después con la cesión gratuita del derecho de superficie y finalmente con la cesión gratuita de la plena propiedad de la parcela, sus propietarios no tienen otro interés, o al menos no se ha acreditado, que el de contribuir a los fines de integración social y laboral de personas con enfermedades mentales crónicas. Fines a los que vienen contribuyendo organismos y entidades tan poco sospechosos como la Comunidad de Madrid, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la Obra Social de Caja Madrid y la Fundación Once.

C) Información favorable del Ayuntamiento de Pedrezuela a la primera fase del proyecto AFAP.

Con fecha 28-5-1999, AFAP presentó en el Ayuntamiento de Pedrezuela escrito solicitando licencia de obras para la primera fase del proyecto de construcción de un centro ocupacional, de nave industrial avícola y de servicios comunes.

Licencia que no fue emitida, pues el alcalde y el resto de la corporación eran conscientes de que, con carácter previo a la referida licencia, debía obtener AFAP calificación ambiental y urbanística de la Comunidad de Madrid (Anexo 1, folio 44). Circunstancia que también conocía tal asociación, la cual simultáneamente interesó de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes la aprobación de la instalación de la granja escuela en suelo no urbanizable.

Es tal Consejería la que exigió a AFAP que adjuntase informe favorable del Ayuntamiento de Pedrezuela y justificación de la implantación del edificio en suelo no urbanizable e indicación del uso actual de la finca y edificaciones existentes en ella. Exigencias que guardan relación con la ya mencionada norma 6.5 del Plan de Ordenación del Embalse de Pedrezuela vigente en aquel momento (Real Decreto 19/1994 [LCM 1994\61]), que contempla la posibilidad de edificaciones, construcciones e infraestructuras de utilidad pública o interés social que no puedan ubicarse en otros terrenos fuera del ámbito del Plan (Anexo 1, folio 1).

Es en ese contexto cuando AFAP presenta escrito, de fecha 29-7-1999, dirigido al Ayuntamiento de Pedrezuela, pidiendo tal informe y certificación de datos.

Tal solicitud no es ocultada, sino que es planteada a la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, en sesión de 30-7-1999, la cual acuerda por unanimidad informar favorablemente la solicitud de granja escuela de AFAP por considerarla de interés social. Emitiendo el secretario municipal certificación acreditativa de tal acuerdo y certificación de que no existía suelo vacante o urbanizable para la ubicación de tal granja escuela y que la parcela en cuestión estaba improductiva y sin edificaciones.

En suma, no se emitió licencia de Obras para tal fase del proyecto por estar pendiente de obtenerse calificación ambienta y urbanística de la Comunidad de Madrid, y no se emitió de propia iniciativa informe favorable al proyecto de granja escuela, sino a instancia de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes que lo exigía para continuar la tramitación del oportuno expediente de aprobación de la instalación de la granja escuela en suelo no urbanizable de especial protección.

Información favorable que no genera el delito contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 y 2, pues tal proyecto de edificación no era contrario a las normas urbanísticas vigentes, ya analizadas; ello, sin perjuicio de que luego se aprobase o no por la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, las declaraciones en juicio de don Jose Ángel, de doña Rebeca y de don Iván, concejales del Ayuntamiento de Pedrezuela que integraban su Comisión de Gobierno el 30-7-1999, evidenciaron que adoptaron tal acuerdo de informe favorable al proyecto de granja escuela de AFAP sin presión o sugerencia de clase alguna por parte del alcalde acusado, por estimarlo de interés social y por los organismos y entidades que contribuían a las actividades no lucrativas de tal asociación. Añadiendo los mismos que conocían que la parcela en cuestión era de familiares del alcalde, pero que no dieron significación alguna a tal dato, pues se trataba meramente de informar y, en definitiva, tratándose de un pueblo tan pequeño era común que decisiones o acuerdos se refiriesen a personas familiares o allegados de los miembros de la corporación municipal. Ilustrando no obstante a la Sala de que AFAP también arrendó otras parcelas a unos ocho vecinos del pueblo.

D) Obras de construcción e incidencias

Es una realidad que AFAP sin haber obtenido, primero, la calificación ambiental y urbanística, y, luego, la licencia municipal de obras, procedió a iniciar la construcción de su proyecto de granja escuela, compresivo de un centro ocupacional y de una explotación avícola.

Obras que fueron detectadas por el agente Forestal don Ángel Daniel, tal como depuso en juicio, formulando la oportuna denuncia que dio origen a que la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid abriese expediente disciplinario. Girando visita la inspectora urbanística doña María Rosario, la cual tal como declaró en juicio, vio el estado de las construcciones con fecha 27-7-1999, sacando las fotos que aportó, obrantes a los folios 231 y 232 del Rollo de Sala.

Es en tal expediente disciplinario en el que, con fecha 5-8-1999, se dicta resolución de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional, comunicando al alcalde acusado las obras que se estaban realizando, instándole para que incoase el oportuno expediente sancionador y acordase la suspensión de tales edificaciones.

Dicha resolución causa entrada en el Ayuntamiento de Pedrezuela el 19-8-1999 y el alcalde acusado dicta, con fecha 26-8-1999, decreto de suspensión inmediata de las obras que estaba realizando a AFAP. Notificándose el mismo al encargado de la obra el 8-9-1999, tal como resulta de la diligencia de notificación obrante al folio 119 y de la declaración en juicio de don Cornelio, director de AFAP, reconociendo que la firma de quien recibió la notificación se correspondía con la de «Chema», su entonces encargado de obra.

No responde, pues, a la realidad que el acusado, como dicen las acusaciones, hiciese caso omiso a la resolución de 5-8-1999 de la Dirección General de Urbanismo y

Planificación Regional, sino que, a su vista, dictó un decreto de suspensión de las obras y se notificó al encargado de las mismas.

Es otra realidad que AFAP continuó las obras, pues, desconocedora la citada Dirección General que el alcalde acusado había dictado decreto de suspensión de obras, acordó ella misma, mediante Orden de fecha 20-9-1999, dictada en el expediente disciplinario, la suspensión de las obras de edificación, con advertencia a AFAP que, transcurridos cuatro días de la notificación de tal Orden, sin cumplir la misma, se adoptarían las medidas precisas para su ejecución (Anexo 1, folio 19 y s.s).

Extremos sobre los que depusieron en juicio las inspectoras urbanísticas doña María Rosario y doña Elisa, las cuales giraron visita de inspección a las obras el 1-10-1999, comprobando que las mismas continuaban y obteniendo las fotos que aportaron, obrantes al folio 235 del Rollo de Sala.

Siendo tal circunstancia participada al alcalde acusado el 24-10-1999.

El planteamiento de que el acusado debió adoptar a partir de ese momento unas medidas drásticas, es igualmente planteable respecto de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional, que ya había acordado ella misma la suspensión de las obras con apercibimiento de adoptar medidas de ejecución si se incumplía.

En ese contexto, las alegaciones del acusado de carencia de medios, de disposición exclusiva de un agente municipal y que era la Comunidad de Madrid la que, como última voz en estos temas, debía proceder al haber acordado ella la suspensión de las obras, son, al menos comprensibles. Ello, sin olvidar que para el alcalde la Comunidad de Madrid, a través de su Consejería de Economía y Empleo, colaborara en tal proyecto de granja escuela, tal como evidenciaba el cartel indicador que en las obras estaba colocado, tal como puede apreciarse en las fotos incorporadas a las Diligencias Informativas 51/00 de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Pensar el acusado, en tal contexto, que era la propia Comunidad de Madrid la que debía coordinar la acción de sus diferentes Consejerías y, en su caso, tomar las decisiones ejecutivas oportunas, es absolutamente razonable.

Los sucesos posteriores, lejos de aclarar la situación legal de la granja escuela, son aún más contradictorios, pues las obras finalizaron en torno a marzo del año 2000. Solicitando AFAP el 6-3-2000 licencia de apertura que le es concedida el 10-3-2000 por la Comisión del Gobierno del Ayuntamiento de Pedrezuela.

Acuerdo y licencia que no es recogida por las acusaciones y que, en consecuencia, no es objeto de incriminación. Evidenciando la confusión que el Ayuntamiento tenía sobre tal tema, pues si bien no desconoce que no tiene calificación urbanística y ambiental de la Comunidad de Madrid, ni licencia municipal de obras, es conocedora, ya se ha indicado, que la Comunidad de Madrid, máxima autoridad urbanística, colaboraba en el proyecto de AFAP y no había adoptado medidas ejecutivas de suspensión y demolición. Y si a ello se añade que la inauguración de la granja escuela estaba prevista para mayo con

asistencia de su majestad la Reina y de los responsables máximos de la Comunidad de Madrid, da, sin más la licencia de apertura.

La inauguración de la granja escuela AFAP tiene lugar a primeros de mayor de 2000, con las asistencias expresadas. Colocándose en el edificio placa conmemorativa de tal inauguración por su majestad la Reina, auspiciada por la Consejería de Asuntos Sociales, en suma por la Comunidad de Madrid, cuyos máximos responsables concurrieron a tal inauguración.

Casi simultáneamente, en concreto el 9-5-2000, la Comisión de Gobierno de la Comunidad de Madrid acordó la denegación de la calificación urbanística por entender que, dada la clasificación de los terrenos como suelo no urbanizable de protección especial, encuadrado en zona natural de conservación a regenerar, el uso previsto para centro especial de empleo y centro ocupacional no estaba previsto.

Ahora bien tal acuerdo no se documenta hasta el 31-5-2000 y no se remiten sus notificaciones hasta el 27-6-2000 (Anexo 1, folios 49 y 57). Espacios temporales que, tal vez, no tengan más que una explicación burocrática, pero que es sugerente de que, acabándose de inaugurar el centro escuela por su majestad la Reina y por los dignatarios de la Comunidad, no era conveniente coincidiera tal efemérides con el acuerdo de referencia. Y mucho menos que se materializase la resolución de 24-5-2000 de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional en orden a que se requiriera al Ayuntamiento de Pedrezuela para que adoptase acuerdo de demolición de las obras.

Que el alcalde acusado no acordase y materializase la demolición se explica por las razones ya explicitadas, pero hay que plantearse el por qué la Comunidad de Madrid, no acordaba la demolición por el Ayuntamiento de Pedrezuela, no la acordó ella misma, máxime cuando ya antes había acordado la suspensión de las obras. Lejos de ello la Comunidad de Madrid dejó morir el expediente disciplinario NUM003 del Servicio de Inspección Urbanística, tal como admitieron implícitamente las inspectoras urbanísticas que comparecieron en juicio, ya citadas, al expresar que finalmente no se hizo nada, no sabiendo, o al menos no expresando, el por qué. Como también quedó estancado el expediente NUM002 que sustanciaba el Servicio de Disciplina Urbanística de la Consejería de Medio Ambiente.

Actitud cuya explicación hay que buscarla en los acontecimientos que a continuación se irán exponiendo.

E) Cambio de actitud de la Comunidad de Madrid

Consciente la Comunidad de Madrid que la construcción de la granja escuela era una realidad y que ella misma, a través de su Consejería de Economía y Empleo y de su Consejería de Asuntos Sociales, había contribuido a la misma, así como también el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, había contribuido a la misma, así como también el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, decide, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 27-4-2000, esto es pocos días antes de la inauguración de la granja escuela AFAP (primeros de mayo de 2000), abrir trámite de información pública

en procedimiento de elaboración de la «Primera Revisión del Plan de Ordenación del Embalse de Pedrezuela».

En tal procedimiento hacen alegaciones, entre otros, el Ayuntamiento de Pedrezuela y AFAP, interesando el reconocimiento del enclave donde su ubica el centro especial de empleo y granja-escuela. Recayendo, con fecha 19-7-01, informe técnico que estima que, «a la vista de la documentación presentada y teniendo en cuenta las circunstancias que concurren, su excepcionalidad y el uso al que se destina e interés social del mismo», es pertinente la Revisión del citado Plan de Ordenación respecto a la parcela referenciada, donde actualmente se encuentran unas instalaciones del denominado Centro Especial de Empleo y Granja-Escuela, incluyéndose como «Zona de Uso Social».

Dictándose poco después dos normas con clara incidencia en el caso enjuiciado, a saber:

El 19-6-02 se dicta la Ley 2/02 (RCL 2002\1869 y LCM 2002\371) de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, en la que se contemplan proyectos y construcciones en zonas no urbanas para actuaciones como las referenciadas de AFAP.

Por Decreto 116/02, de 5 de julio (LCM 2002\428), de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid se aprueba la Revisión del Plan de Ordenación del Embalse de Pedrezuela, en cuya norma 18 se contemplan «Zonas de Uso Social» y, entre ellas, de manera expresa, en su letra c/, ya se dijo, «la zona delimitada donde se ubica el Centro Especial de Empleo y Granja Escuela (unidad ambiental número 12)», en la que «se permitirán las obras y actuaciones vinculadas al desarrollo y al propio uso de la actividad».

Adquieren, pues, los citados centros AFAP reconocimiento normativo, incluso antes de que obtuviese su legalización administrativa, lo que terminaría produciéndose, como expondremos más adelante.

F) Intervención de la Fiscalía

El 24-5-2000, fecha coincidente con la resolución de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional requiriendo al Ayuntamiento de Pedrezuela para que adopte un acuerdo de demolición de las obras, y poco después de la inauguración de la granja-escuela, la concejal de tal Corporación Municipal doña Ana presenta denuncia contra el Ayuntamiento de Pedrezuela en la Fiscalía de Medio Ambiente de Madrid, que incoa las Diligencias Informativas 51/00.

Dejando de lado la hipotética instrumentalización política de tal denuncia, formulada por concejala no perteneciente al partido político del alcalde denunciado, días después de la inauguración de las edificaciones por su majestad la Reina y altos cargos políticos de la Comunidad de Madrid, es lo cierto que se efectúan diligencias y actuaciones que evidencian lo que en esta sentencia se expone, esto es que los hechos no son constitutivos de delito y carecen de relevancia penal. Razón por la que el ilustrísimo señor instructor, con fecha 23-1-02, efectúa informe propuesta en el que «entiende procedente el archivo de la causa por no concurrir caracteres delictivos». Lo que

confirma el excelentísimo señor fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, por decreto de 25-1-02, acuerda el archivo de tales diligencias informativas.

No tiene que llamar la atención que el mismo fiscal instructor de tales Diligencias informativas 51/00, sea el mismo fiscal que en esta causa formuló acusación provisional y luego intervino en juicio, elevándolas a definitivas, pues no cabe duda que la aportación de nuevos datos, hechos o circunstancias pueden hacer cambiar la visión jurídica del asunto. Otra cosa es que se comparta por este Tribunal tal cambio valorativo sobre la relevancia penal de los hechos enjuiciados cuando la abundantísima prueba practicada en este procedimiento, mucho más prolija que la realizada en tales Diligencias Informativas, lo que evidencia es el carácter no penal de tales hechos.

Y, desde luego, no responde a la realidad que tales Diligencias Informativas se refiriesen a AFAP exclusivamente, como indicó en su informe final el ilustrísimo señor Fiscal, pues la denuncia manuscrita de la señora Ana, obrante al folio 2 de tales Diligencias, «denuncia que el Ayuntamiento está cometiendo una grave irregularidad urbanística por la que se ha permitido construir una obra en suelo rústico». Cosa distinta es que centrara su actuación la Fiscalía en AFAP, no en el Ayuntamiento de Pedrezuela.

No entendiéndose que, admitiendo el cambio de valoración jurídica, se dirija acusación contra el alcalde, pero no contra los responsables de AFAP por un presunto delito contra la ordenación del territorio del artículo 319 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), pues fue tal asociación quien, en definitiva, promovió y efectuó tal construcción no autorizada en suelo no urbanizable de especial protección. Lo que decimos en consonancia con la tesis acusatoria fiscal, que, por supuesto, no comparte este Tribunal, el cual estima que se ha sobredimensionado un parentesco del alcalde con los propietarios del terreno y se ha puesto el acento en hechos y datos aislados, sin ponderar, al menos no suficientemente, el conjunto de los mismos. Razón por la que esta Sala, en su relato de hechos probados, ha tratado de recoger cronológicamente cuantos hechos, actuaciones, circunstancias y normas han concurrido, pues sólo ese análisis del conjunto de lo acontecido evidencia la ausencia de relevancia penal de los hechos enjuiciados.

Debiendo recordarse el principio de intervención legal mínima del Derecho Penal, cuya actuación sólo aparece justificada cuando constituye la «última ratio», no cuando se trate de actuaciones que tienen su propio cauce de expresión en el ámbito del Derecho Administrativo, cuyas autoridades ya conocían de las mismas y que disponen de medidas disciplinarias y sancionadoras propias, de las cuales, en el caso de autos, han hecho finalmente dejación para legalizar, sin duda con acierto, unas instalaciones de inequívoco interés social.

Ahora bien, como quiera que hay actuaciones posteriores a las hasta ahora analizadas y a las que fueron objeto de investigación preliminar fiscal, procede continuar el análisis de esos otros hechos posteriores igualmente enjuiciados.

G) Actuaciones relativas a la segunda fase del proyecto AFAP.

Elaborado por AFAP un proyecto básico de viviendas de integración y capacitación de sus residentes en los terrenos referenciados, que formaba parte de sus planes desde un principio, tal como puede verse en la maqueta objeto de la foto obrante en las Diligencias Informativas de la Fiscalía, es informado favorablemente por acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Pedrezuela de 20-5-03 por estimarlo de interés social, si bien advierte a AFAP que «deberá solicitar autorización de la Comunidad de Madrid al ser suelo no urbanizable previamente a la solicitud de licencia de obra municipal» (Anexo 2, folio 242).

Informe favorable que, además de carecer de relevancia penal, es absolutamente lógico dado que el Plan de Ordenación del Embalse de Pedrezuela, vigente ya en ese momento, recogía como zona social «la zona delimitada donde se ubica el Centro Especial de Empleo y Granja Escuela», diciendo expresamente que «se permitirán las obras y actuaciones vinculadas al desarrollo y al propio uso de la actividad».

A continuación AFAP obtiene Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de fecha 23-10-03, en virtud del cual se excluye tal proyecto del trámite de evaluación de impacto ambiental, si bien con un condicionado que establece la Consejería de Medio Ambiente, lo que motiva que AFAP haga un reformado de su proyecto básico de viviendas, adaptándolo a tal condicionado.

Obtenido tal Acuerdo, AFAP solicita, con fecha 4-12-03, licencia de obras al Ayuntamiento de Pedrezuela que, en principio, éste no emite. Otorgándola posteriormente, esto es el 25-6-04, su Junta de Gobierno a la vista de que AFAP y la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid habían firmado, con fecha 9-6-04, un convenio de colaboración para la promoción de 26 viviendas de integración social. Asumiendo tal Consejería, dentro de los términos del convenio, la tramitación de concesión de ayudas y a conceder las correspondientes calificaciones, provisional y definitiva, de «Viviendas de Integración Social».

No siendo cierta la afirmación del Ministerio Fiscal, en informe final de juicio, que se trate de 26 chales adosados, sino de una única edificación con 26 viviendas tuteladas, tal como puede verse en las fotos de las propias Diligencias de Fiscalía.

Otorgamiento de licencia municipal de obras que, a la vista del compromiso de la Comunidad de Madrid de conceder las calificaciones oportunas, no es criticable y se daba, como se decía en la propia licencia, «en base al Convenio suscrito el 9 de junio de 2004 entre la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid y AFAP para la promoción de un núcleo residencial con 26 viviendas de integración social, y en base al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se excluye del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto anteriormente citado». Precisando a continuación que «la presente licencia estará vinculada siempre a la actividad de prestación de servicios sociales a los ocupantes de las viviendas de integración social» (folio 111 del Rollo de Sala).

Debiendo destacarse que cuando se otorga la licencia ya los propietarios de la parcela referenciada habían cedido gratuitamente el derecho de superficie sobre la misma a AFAP durante 30 años, lo que ocurrió el 19-5-04.

Es cierto que, por resolución de 9-12-04 de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional, se acordó requerir al alcalde acusado para que procediera a la anulación de la licencia de obras por considerarla contraria a las Normas Subsidiarias, dándole el plazo de un mes a partir de la notificación de tal resolución, pero también lo es que ésta no es sino expresión de la desconexión entre las distintas Consejerías de la Comunidad de Madrid afectadas. De modo que el acusado pide a tal Dirección General una ampliación del plazo dado, pues la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio iba a iniciar un procedimiento de calificación (folio 116 Rollo de Sala).

A continuación los propietarios de la parcela ceden unilateral y gratuitamente el pleno dominio de la misma a la Comunidad de Madrid, en concreto el 30-3-05, que la acepta con fecha 12-5-05. Y, de manera inmediata, la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional dicta resolución el 1-7-05 concediendo la calificación urbanística solicitada por AFAP para la legalización de la Granja Escuela y del Centro Especial de Empleo por adoptarse, ahora si, a las Normas Subsidiarias y del Plan de Ordenación del Embalse de Pedrezuela. Ello, por supuesto, con el informe favorable de al Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y de la Dirección General de Medio Natural.

No corresponde a este Tribunal hacer crítica de las actuaciones administrativas referenciadas, pero llama la atención que una Consejería de la Comunidad de Madrid firme un convenio para la construcción de viviendas de integración social, que luego una Dirección General de la misma la considere contraria a las Normas Subsidiarias y unos meses después esta misma Dirección otorgue la calificación urbanística por considerar que el complejo construido se adapta a tales Normas.

No cabiendo afirmarse, en ese contexto, que el alcalde acusado tuviese una conducta merecedora de reproche penal, pues no actuó con injusticia, ni con una ilegalidad evidente, patente, flagrante y clamorosa, y tampoco perseguía un resultado materialmente injusto, ni satisfacer un interés personal en contra de sus deberes como alcalde, ya que el único interés que en el caso de autos se ha obtenido es de carácter social, de haber contribuido a la integración social y de empleo de las personas que sufren enfermedades mentales crónicas. Beneficiándose de ello la Comunidad de Madrid, quien ha incorporado a su patrimonio una parcela que antes era de dominio privado.

CUARTO.- Por lo expresado y analizado, procede absolver libremente al acusado, declarando de oficio todas las costas procesales.

Vistos los artículos de pertinente aplicación del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), la Ley 9/95 (RCL 1995\2317 y LCM 1995\120, 229), Real Decreto 19/94 (LCM 1994\61), Ley 9/01 (RCL 2001\2508 y LCM 2001\385), Real Decreto 116/02 (LCM 2002\428), Ley 2/02 (RCL 2002\1869 y LCM 2002\371) y Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892).

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS que debemos absolver absolvemos libremente a don Jose Luis de los delitos contra la ordenación del territorio, de prevaricación y de negociaciones prohibidas de que venía acusado, dejando sin efecto cuantas medidas cautelares venían acordadas respecto del mismo. Declarando de oficios todas las costas procesales.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.–Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente. Estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha. Doy fe.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 256/2007 Málaga (Sección 2), de 25 abril

En la ciudad de Málaga veinticinco de abril de dos mil siete.

Vistos por la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los Autos de Procedimiento Abreviado y del Juzgado de lo Penal dos, seguidos por el delito de contra la ordenación del territorio, contra:

-Eugenio, con DNI núm. NUM000, nacido el día 24-11-47 hoy de 59 años de edad, hijo de Julián e Isabel, natural de El Arenal -Ávila- y vecino de Marbella con domicilio en c/ DIRECCION000 NUM001 Nueva Andalucía con instrucción, de conducta no informada, con antecedentes penales no computables, no consta su solvencia, cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones; en libertad provisional, de que no consta cautelarmente privado, por esta causa, representado por el Procurador: Sra. Chacón Aguilar y asistido de los Letrados Sr. Del Nido Benavente Y Sra. Laura Sánchez Díaz.

-Bernardo, con DNI núm. NUM002, nacido el día 3-4-49, hoy de 57 años de edad, hijo de José y Concepción, natural de Ronda -Málaga- y vecino de San Pedro de Alcántara con domicilio en c/ DIRECCION001 NUM003, con instrucción, de conducta no informada, con antecedentes penales no computables, no consta su solvencia, cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones; en libertad provisional, de que no consta cautelarmente privado, por esta causa, representado por el Procurador: Sra. Chacón Aguilar y asistido por el Letrado Sr. Pablo Luna Quesada.

-Carlos Alberto, con DNI núm. NUM004, nacido el día 13-7-70, hoy de 36 años de edad, hijo de José Luis y Purificación, natural de Madrid y vecino de Madrid con domicilio en c/ DIRECCION002 n' NUM005 NUM006 NUM007, Madrid, con instrucción, de conducta no informada, con antecedentes penales, no consta su solvencia, cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones; en libertad provisional, de que no consta cautelarmente privado, por esta causa, representado por el Procurador: Sra. Gross. Leiva y asistido del Letrado Sr. Soriano Zurita.

-Gabino, con DNI núm. NUM008. nacido el día 29-01-37, hoy de 69 años de edad, hijo de Juan y de Maria, natural de Málaga y vecino de Marbella con domicilio en c/ DIRECCION003 NUM009 - NUM010 NUM011 - NUM012 NUM001, con instrucción, de conducta no informada, con antecedentes penales, no consta su solvencia, cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones; en libertad provisional, de que no consta cautelarmente privado, por esta causa, representado por el Procurador: Sra. Chacón Aguilar y asistido por el Letrado Sr. Ernesto Osuna Martínez.

-Benedicto, con DNI núm. NUM013, nacido el día 22-05-66, hoy de 40 años de edad, hijo de arturo y Josefa, natural de La Línea de la Concepción -Cadiz- y vecino de Marbella con domicilio en Urb. DIRECCION004 CALLE000 n' NUM014, con instrucción, de conducta no informada, con antecedentes penales, no consta su solvencia, cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las

actuaciones; en libertad provisional, de que no consta cautelarmente privado, por esta causa, representado por el Procurador: Sra. Chacón Aguilar y asistido del Letrado Sr. Pablo Luna Quesada.

-Virginia, con DNI núm. NUM015, nacida el día 28-9-52, hoy de 53 años de edad, hija de José y Maria Luisa, natural de Marbella y vecino de San Pedro de Alcántara con domicilio en c/ URBANIZACIÓN000. Conjunto DIRECCION005 casa NUM016, con instrucción, de conducta no informada, con antecedentes penales, no consta su solvencia, cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones; en libertad provisional, de que no consta cautelarmente privado, por esta causa, representada por el Procurador: Sra. Chacón Aguilar y asistida por el Letrado Sr. Ernesto Osuna Martín.

-Héctor, con DNI núm. NUM017 nacido el DÍA 16 de septiembre de 1942, hoy de 63 años de edad, hijo de Pedro y Maria Teresa, natural de Salamanca y vecino de Málaga con domicilio en con instrucción, de conducta no informada, no constan antecedentes penales, no consta su solvencia, cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones; en libertad provisional, de que no consta cautelarmente privado, por esta causa, representado por el Procuradora Sra. Chacón Aguilar y asistido por el Letrado Sr. Salvador Guerrero Pomares.

-Jesús Carlos, con DNI núm. NUM018, nacido en Málaga el día 11.2.1963, hoy de 43 años de edad, hijo de Juan y de Antonia, con instrucción, de conducta no informada, no constan antecedentes penales, no consta su solvencia, cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones; en libertad provisional, de que no consta cautelarmente privado por esta causa, representado por el Procurador: Sr. Sánchez Díaz y asistido por el Letrado Sr. Cecilla Cervera.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en la representación que por la Ley le está conferida, y ponente, Doña Mª JESÚS ALARCÓN BARCOS, que expresa el parecer de los Ilustrísimos Señores componentes de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, que al margen se relacionan, en los siguientes términos

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, con fecha 21 de julio de 2006, el Juzgado de lo Penal número dos de Málaga, dictó sentencia en las presentes actuaciones, estableciendo el siguiente relato de hechos probados: Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declaran probados los siguientes hechos:

PRIMERO

El día 28 de agosto de 1997, Javier de Luis Ferreras, en nombre y representación de Jose Pedro compareció ante agentes del SEPRONA de la Guardia Civil y presento

denuncia escrita formulada por Rocío sobre la construcción que se estaba efectuando en c/ Huerta Belón y que entendía que era zona verde. Presentando también la misma denuncia en la Delegación Provincial de la Consejería de la Junta de Andalucía y ante la Fiscalía de Medio Ambiente. Incoándose el procedimiento penal de Diligencias previas núm. 1318/1997 en el Juzgado de Instrucción numero 1 de los de Marbella.

SEGUNDO:

Los terrenos en cuestión eran propiedad de Everardo, administrador único de MOANSA, SA, constituida en fecha 7 de julio de 1992 y cuyos accionistas eran el citado gerente, su esposa Gema y sus dos hijas Melisa y Carolina.

No consta que hubieran sido adquiridos por el Ayuntamiento para tal fin ni habían sido nunca utilizados como tales jardines sino que eran usados como vertedero de basura -donde había ratas- al tiempo que era lugar de reunión de toxicómanos, lo que provocaba las quejas vecinales.

En fecha 16 de octubre de 1996, Everardo y el Ayuntamiento de Marbella, representado por el hoy acusado Eugenio, como Alcalde accidental, suscribieron un Convenio urbanístico para cambiar la afectación de la parcela -con una superficie registral de 2.724 m^2- de elevada pendiente y situada en el partido de Valdeolletas, también conocido como El Calvario, procedente de la Finca denominada de Nuestra Señora de las Mercedes, hoy "Huerta Belón".

En dicho Convenio (folios 609 a 614 Tomo IV) se recoge la situación urbanística de dicha parcela en los siguientes términos:

"... Que la parcela propiedad de Moansa se encuentra calificada según el PGOU de 1986 como zona verde Pública, si bien desde el año 1968, en que paso a tener dicha calificación dicha parcela no se ha obtenido, ni se ha ajardinado, ni en ella se ha producido actuación alguna por parte del Ayuntamiento de Marbella para hacerla afín al uso pretendido, entre otras cosas porque la topografía de dicha parcela no lo permite fácilmente y por la existencia de otra zona verde publica muy próxima a ella que si esta ajardinada y apta para el disfrute Público. Que dado el tiempo transcurrido, durante el cual no se ha producido ninguna actuación encaminada a la obtención ni a la adecuación de dicha parcela como zona verde de uso Público, ambas partes tienen interés en la modificación de las características urbanísticas de la parcela de su propiedad, que además redunda en el interés general, haciendo dicha parcela residencial con los mismos parámetros que tenia antiguamente, esto es, con la calificación predominante en la urbanización Huerta Belón".

En el citado Convenio, el Ayuntamiento de Marbella, en base a la revisión del PGOU en marcha, se comprometía a cambiar la calificación jurídica del suelo, que seguía siendo urbano pero recalificándolo de zona verde -parques y jardines PJ- en el plan de 1986 así como en el de 1968 a vivienda unifamiliar exenta subzona UE-1 en la revisión en curso. Contemplando una condición suspensiva expresa relativa a la aprobación definitiva del PGOU de Marbella por la Junta de Andalucía, comprometiéndose en caso contrario a iniciar los trámites necesarios para la obtención de dicha parcela, abonando a la

propiedad la compensación necesaria para resarcirle de los gastos y daños derivados de la actuación urbanística, incluyéndose el valor del suelo.

En base a tal acuerdo, Everardo, solicita licencia de obras para la construcción de 6 viviendas unifamiliares pareadas en escrito presentado en la Secretaria del Ayuntamiento en fecha 22.11.96 y que tuvo entrada en la Sección 1ª de Urbanismo el día 26.11.96 con el núm. 4135.

Para la averiguación de si Everardo u otra persona a su orden, entregó al Ayuntamiento de Marbella o a alguno de los hoy acusados u otra persona física o jurídica cantidad alguna de dinero -salvo las tasas legales de la licencia- u otros terrenos, por el cambio de la calificación urbanística de la parcela, se siguió procedimiento de Diligencias Previas núm. 519/2001, en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Marbella, dictándose auto de archivo, a instancias del Ministerio Fiscal, el día 11 de julio de 2002 (folio 1594, Tomo VIII).

TERCERO

A) El día 20 de diciembre de 1996 se celebró sesión extraordinaria de la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, presidida por el hoy acusado Eugenio, como alcalde accidental y a la que asistieron los tenientes de alcaldes y hoy acusados Bernardo, Carlos Alberto, Luis Manuel, Gabino Y Virginia. Intervino como fedatario público el Oficial mayor D. Tomás. En dicha sesión se adoptaron, por unanimidad de los asistentes, -entre otros relativos a diversas cuestiones- 46 acuerdos referidos a materia urbanística, uno de ellos, concretamente recogido en el numero 5 del acta (folios 106 a 137, Tomo 2º), aprobando el proyecto básico para la construcción de 6 viviendas unifamiliares pareadas en la Urbanización Huerta Belón con un presupuesto de 145.187.561 ptas.

B) El día 7 de noviembre de 1997 se celebró sesión ordinaria de la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, presidida por el hoy acusado Héctor, como alcalde accidental y a la que asistieron los tenientes de alcaldes y hoy acusados Eugenio, Carlos Alberto; Gabino, Benedicto y Virginia. Intervino como fedatario público el secretario Leopoldo Barrantes Conde. En dicha sesión se adoptaron, por unanimidad de los asistentes- entre otros relativos a diversas cuestiones -35 acuerdos referidos a materia urbanística, uno de ellos, concretamente recogido en el numero 5 del acta (folios 139 a 154, Tomo 2º), aprobando el proyecto de ejecución de construcción de 6 viviendas unifamiliares pareadas en la Urbanización Huerta Belón con un presupuesto de 3.400.975 ptas.

CUARTO

En dichas actas se recoge como referencia la escueta mención al expediente 297/96, que no consta estuviera sobre la mesa, ya que la mecánica relativa a los temas urbanísticos era la siguiente: el secretario daba cuenta de que las licencias a votar venían o no informadas favorablemente y los asistentes se limitaban a sentir en el sentido indicado. No consta que el secretario hiciera tacha u objeción alguna de legalidad a las referidas licencias, ni advirtiera de que existían informes técnicos contrarios. No consta que

aprobaran licencia alguna que viniera informada en sentido desfavorable. No consta que las licencias de obras del proyecto básico y de ejecución de Moansa tuvieran informes técnicos o jurídicos negativos.

QUINTO

En fecha 24 de abril de 1998 la Junta de Andalucía interpuso recurso contencioso-.administrativo contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella en sesión celebrada en fecha 7.1197 por el que se acordó otorgar licencia urbanística a la mercantil MOOANSA, SA para la construcción de 6 viviendas pareadas en la Urbanización Huerta Belón; interesando de forma cautelar la suspensión del citado acuerdo municipal. La Excma. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, en fecha 20 de octubre de 1998 dicta auto núm. 3.338 de 1998 en el recurso numero 1583/1998 no estimando la paralización cautelar de las obras y denegatorio de la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada (folios 489 y 490, T 3º). Y dicta sentencia en fecha 23.1.2004 en la que estima el recurso y revoca la licencia de obras concedida (folios 1675 y ss. Tomo IX).

SEXTO

Se decreto el archivo contra el acusado D. Pedro Jesús al haberse acreditado su fallecimiento en fecha 14.5.2004".

y FALLO: "que debo absolver y absuelvo libremente a los acusados Virginia, Héctor, Eugenio, Bernardo, Benedicto, Gabino, Carlos Alberto Y Jesús Carlos de los delitos que se les imputaban en estos autos, declarando de oficio las costas de este juicio".

SEGUNDO.- Que la sentencia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal alegando infracción de Ley derivada de la inaplicación del art. 320-2º del CP en relación con el art. 74 del CP. Igualmente la sentencia fue recurrida en apelación por el Procurador Don Miguel Fortuny de los Ríos en nombre y representación de la asociación Política los verdes de Andalucía error en la valoración de la prueba, e indebida aplicación del tipo penal del art. 320-2º del CP. Dicha resolución igualmente fue recurrida en apelación por el Procurador Doña Ana María Rodríguez Fernández en nombre y representación de Izquierda Unida los Verdes Convocatoria por Andalucía alegando error manifiesto en la valoración de la prueba.

TERCERO.- Admitido el recurso y transcurrido el plazo de diez días, a partir de su traslado a las demás partes, con presentación de escritos de impugnación o adhesión, se elevaron los autos a esta Audiencia, se acordó celebrar vista, que tuvo lugar en fecha 22 de marzo de 2007 con el resultado que consta en el acta, y se deliberó este resolución.

CUARTO.- En la substanciación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Se acepta el relato de hechos probados de la sentencia de instancia con las siguientes modificaciones: La entidad Moansa, SA cuyo representante legal era Everardo era propietaria de la finca situada en el partido Valdeolletas, también denominado el Calvario, procedente de la Finca denominada Nuestra Sra. Las Mercedes, denominada actualmente Huerta del Belón.

En fecha 16 de octubre de 1996 el representante legal de Moansa, SA y el ayuntamiento de Marbella Representado por el hoy acusado Eugenio, Alcalde Accidental, suscribieron un Convenio Urbanístico para cambiar la afectación de la parcela con una superficie registral de 2.724 m^2.

En dicho Convenio se recoge la situación urbanística de dicha parcela en los siguientes términos:

"... Que la parcela propiedad de Moansa se encuentra calificada según el PGOU de 1986 como zona verde Pública, si bien desde el año 1968, en que paso a tener dicha calificación dicha parcela no se ha obtenido, ni se ha ajardinado, ni en ella se ha producido actuación alguna por parte del Ayuntamiento de Marbella para hacerla afín al uso pretendido, entre otras cosas porque la topografía de dicha parcela no lo permite fácilmente y por la existencia de otra zona verde publica muy próxima a ella que si esta ajardinada y apta para el disfrute Público. Que dado el tiempo transcurrido, durante el cual no se ha producido ninguna actuación encaminada a la obtención ni a la adecuación de dicha parcela como zona verde de uso Público, ambas partes tienen interés en la modificación de las características urbanísticas de la parcela de su propiedad, que además redunda en el interés general, haciendo dicha parcela residencial con los mismos parámetros que tenia antiguamente, esto es, con la calificación predominante en la urbanización Huerta Belón".

En el citado Convenio, el Ayuntamiento de Marbella, en base a la revisión del PGOU en marcha, se comprometía a cambiar la calificación jurídica del suelo, que seguía siendo urbano pero recalificándolo de zona verde -parques y jardines PJ- en el plan de 1986 así como en el de 1968 a vivienda unifamiliar exenta subzona UE-1 en la revisión en curso. Contemplando una condición suspensiva expresa relativa a la aprobación definitiva del PGOU de Marbella por la Junta de Andalucía, comprometiéndose en caso contrario a iniciar los trámites necesarios para la obtención de dicha parcela, abonando a la propiedad la compensación necesaria para resarcirle de los gastos y daños derivados de la actuación urbanística, incluyéndose el valor del suelo.

En virtud del dicho acuerdo Everardo, solicita licencia de obras para la construcción de seis viviendas unifamiliares pareadas n escrito presentado en la Secretaria del Ayuntamiento en fecha 22 de noviembre de 1996 y que tuvo entrada en la Sección 1º el día 26/11/1996 con el núm. º 4135.

El día 20 de diciembre de 1996 se celebró sesión extraordinaria de la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, presidida por el hoy acusado Eugenio, como alcalde accidental y a la que asistieron los tenientes de alcaldes y hoy acusados Bernardo, Carlos Alberto, Luis Manuel, Gabino Y Virginia. Intervino como fedatario público el Oficial mayor D. Tomás. En dicha sesión se adoptaron, por unanimidad de

los asistentes, -entre otros relativos a diversas cuestiones- 46 acuerdos referidos a materia urbanística, uno de ellos, concretamente recogido en el numero 5 del acta, aprobando el proyecto básico para la construcción de 6 viviendas unifamiliares pareadas en la Urbanización Huerta Belón con un presupuesto de 145.187.561 ptas.

El día 7 de noviembre de 1997 se celebró sesión ordinaria de la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, presidida por el hoy acusado Héctor, como alcalde accidental y a la que asistieron los tenientes de alcaldes y hoy acusados Eugenio, Carlos Alberto; Gabino, Benedicto y Virginia. Intervino como fedatario público el secretario Leopoldo Barrantes Conde. En dicha sesión se adoptaron, por unanimidad de los asistentes, -entre otros relativos a diversas cuestiones- 35 acuerdos referidos a materia urbanística, uno de ellos, concretamente recogido en el numero 5 del acta, aprobando el proyecto de ejecución de construcción de 6 viviendas unifamiliares pareadas en la Urbanización Huerta Belón con un presupuesto de 3.400.975 ptas.

En dichas actas se recoge como referencia la escueta mención al expediente 297/96, que no consta estuviera sobre la mesa, ya que la mecánica relativa a los temas urbanísticos era la siguiente: el secretario daba cuenta de que las licencias a votar venían o no informadas favorablemente y los asistentes se limitaban a asentir en el sentido indicado, sin que la licencia urbanística otorgada a Moansa, SA se hubiese incluido en el llamado cuadernillo, no constando informe en ningún sentido, salvo el informe Enrique. No consta que el secretario hiciera tacha u objeción alguna de legalidad a las referidas licencias, ni advirtiera de que existían informes técnicos contrarios, puesto que no estaba legalmente obligado a ello. No consta que aprobaran licencia alguna que viniera informada en sentido desfavorable. No consta que las licencias de obras del proyecto básico y de ejecución de Moansa tuvieran informes técnicos o jurídicos negativos a excepción de un informe emitido por Don. Enrique que data del año 1993.

En fecha 24 de abril de 1998 la Junta de Andalucía interpuso recurso contencioso-.administrativo contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella en sesión celebrada en fecha 7.1197 por el que se acordó otorgar licencia urbanística a la mercantil MOOANSA, SA para la construcción de 6 viviendas pareadas en la Urbanización Huerta Belón; interesando de forma cautelar la suspensión del citado acuerdo municipal. La Excma. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, en fecha 20 de octubre de 1998 dicta auto núm. 3.338 de 1998 en el recurso numero 1583/1998 no estimando la paralización cautelar de las obras y denegatorio de la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada. Y dicta sentencia en fecha 23.1.2004 en la que estima el recurso y revoca la licencia de obras concedida.

En fecha 14/05/2004 falleció el acusado en el presente procedimiento Don Pedro Jesús.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal formaliza el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Penal número dos de Málaga alegando infracción de Ley por inaplicación del tipo penal previsto en el art. 320-2º del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) en relación con el art. 74 del mismo cuerpo legal. Considera que partiendo del relato de hechos probados se ha de llegar a un pronunciamiento condenatorio ya que los acusados cuando votaron a favor de la concesión de dos licencias urbanísticas a sabiendas de que se ajustaban a un planeamiento en tramitación y por tanto ineficaz eran conscientes de la ilegalidad cometida, y por ello su conducta es reprochable penalmente.

En igual sentido considera la acusación popular representada por la Asociación Política los Verdes de Andalucía que se ha de revocar la sentencia de instancia al entender que se ha producido un error en la valoración de la prueba, y que los hechos imputados a los acusados son merecedores de delito de prevaricación urbanística. La acusación popular Izquierda Unida los Verdes Convocatoria por Andalucía, alega una errónea valoración de la prueba.

Previamente a examinar los recursos interpuestos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal numero dos de Málaga, así como los motivos de oposición a los mismos, queremos dejar sentado, que no supone una vulneración de derecho fundamental el revocar una sentencia absolutoria cuando dicha revocación deriva de una cuestión de derecho; pues no es consecuencia, de conceder o quitar credibilidad a quien el juzgador de instancia se la negó o no, sino de un supuesto de error en la valoración o calificación jurídica del resultado probatorio de la instancia, que se mantiene incólume.

Al efecto es cierto, que el Tribunal Constitucional, desde hacía años venía sosteniendo la plenitud de jurisdicción propia del tribunal de apelación que permitía a éste una nueva valoración de todas las pruebas. Este criterio ha sido rectificado en la Sentencia n. 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002\167); y, acomodándose a la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido con toda claridad que el respeto a los principios de inmediación y contradicción, vigentes también en la segunda instancia, impiden que el tribunal de apelación que no ha practicado las pruebas pueda modificar la valoración que de las pruebas personales haya hecho el juez de instancia. Tal doctrina ha sido posteriormente reiterada en otras muchas sentencias como las números 167, 170 (RTC 2002\170), 198 (RTC 2002\198), 199 (RTC 2002\199), 200 (RTC 2002\200) y 212 de 2002 (RTC 2002\212), de las que se desprende con toda claridad la intangibilidad -en vía de apelación- de la valoración que de las pruebas personales haya hecho el juez de instancia.

Ahora bien ello no significa que dictada una sentencia absolutoria en primera instancia no pueda ser revocada en apelación, cuando los motivos de la revocación, no deriven de un error en la valoración de la prueba testifical o en definitiva aquellas que deban respetar la inmediación (credibilidad o no) pues de ser así, supondría una vulneración del derecho fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías procesales.

En los demás supuestos es admisible y posible una revocación de la sentencia absolutoria dictada en primera instancia sin vulneración de ningún derecho fundamental.

Aclarado tal extremo hemos de entrar en los motivos de impugnación propiamente dicha.

SEGUNDO.- El Juzgador de Instancia dictó sentencia absolutoria respecto de los acusados de un delito contra la ordenación del territorio sobre base de tres ejes fundamentales:

La confusión normativa en materia de urbanismo existente en Marbella en las fechas en que se dictó las licencias urbanísticas.

La consideración de que no concurrían en los acusados el elemento subjetivo consistente en el dolo reforzado de actuar consciente y deliberadamente a sabiendas de la injusticia de la resolución que votaban.

Para finalmente considerar que sólo aquellas infracciones más graves debían ser objeto de reproche penal, de forma tal que aún cuando la actuación de los acusados fue contraria a las normas que regulaban el proceso en materia de urbanismo no excedían de la mera ilegalidad.

La Sala considera que no basta decir que existe una confusión en materia urbanística, sino que es preciso indagar "el porque" aparentemente se creó tal confusión normativa, y a quien beneficiaba la misma. Determinar que función desempeñaban los concejales que constituían la comisión de gobierno, así como, cuales eran sus obligaciones en orden a concluir si los acusados se limitaban meramente a votar, como si se tratasen de un formalismo más o por el contrario no era así.

Resuelto lo anterior que valoración merece la concesión de la licencia urbanística al margen de cualquier planeamiento a los efectos de la calificación de los hechos como una mera ilegalidad o por el contrario como conducta que cae de lleno en el ámbito de la prevaricación urbanística.

El Juez aquo argumenta que al existir una confusión normativa urbanística en Marbella, ello impide condenar en el ámbito penal por un delito contra la ordenación del territorio ya que no se podía determinar que planeamiento urbanístico estaba en vigor en el momento del otorgamiento de la licencia. Tal interpretación es un tanto superficial y ello teniendo en cuenta:

Que con la publicación de la Ley de Carreteras (RCL 1988\1655 y 2268) y Costas del año 1988 (RCL 1988\1642), surgió en Marbella, como en otras ciudades de España, la necesidad de una Revisión del Plan General de Ordenación Urbana para la acomodación de sus disposiciones a la nueva normativa. Ello derivó en la necesidad de una Revisión del plan vigente en aquel momento que no era otro que el Plan general de 1986. Pero como al parecer dicho plan no había sido publicado en su integridad, el mismo era válido pero no eficaz. Por ello se acometió la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de 1986, pero desde luego fue mucho más ambicioso que una mera adaptación a la normativa recién publicada.

El Ayuntamiento de Marbella continuó otorgando licencias urbanística en base al Avance de Revisión del Plan. Para buscar un amparo jurídico solicitó Don. Enrique un informe jurídico en el que se justificase la posibilidad de aplicar las normas urbanísticas contenidas en ese Avance del Proyecto de Revisión del Plan. En el año 1993, Don. Enrique emitió un informe donde se hacía constar que criterios debían de regir en el otorgamiento de licencias urbanística. En ella se explicaba que se había aprobado un Avance del Proyecto de Revisión del Plan General y que las licencias tendrían siempre el carácter de provisional y además que debería ajustarse a dicho Avance. (folio 65 de las actuaciones).

Don. Enrique (sin tener la consideración de técnico de la administración local) en el acto del juicio reconoció que emitió dicho informe, pero con carácter general y que nunca informó de forma individualizada. Que dicho informe fue realizado a instancias del Sr. Pedro Jesús.

Los acusados cuando declararon en fase de instrucción expusieron que habían una confusión sobre la normativa aplicable, pero que desde luego todo se aclaró con el informe del Sr. Enrique (año 1993)

Al folio 249 de las actuaciones se incorporó una nota de prensa elaborada a instancias del Sr. Pedro Jesús, en el que se hacía referencia a que el Plan de 1986 no era de aplicación por que no se había publicado y así lo había dicho el Tribunal Supremo y refiriéndose a que iban a hacer ahora con las querellas que le habían presentado.

Esta pretendida confusión de la normativa aplicable se podría haber solventado mediante la inmediata publicación integra del plan general de ordenación urbana de 1986, y sin perjuicio de que se efectuase en su momento la correspondiente revisión del plan (con ello se obviaba cualquier laguna de planeamiento). Pero por razones que no tienen amparo legal a la vista de la normativa vigente se ha pretendido hacer valer que el plan que habría de aplicarse, es el Avance del Proyecto de Revisión. Basándolo para ello en un informe de quien no es técnico de la Administración Local. Resulta que no consta con carácter general ningún informe de la Asesoría jurídica del Ayuntamiento, y ¿por qué?, pues como bien explicó en el acto del juicio oral, el jefe del Servicio Jurídico-Administrativo del Ayuntamiento de Marbella, Sr. Silvio, se les eximió de que hiciera informes Jurídicos, y concluyendo con su propia declaración en el sentido de que los desmantelaron. El porque, fue claro, "no se acomodaban a los deseos de la Corporación". Esto ocurrió en el año 1996,. El Sr. Silvio manifestó en el acto del juicio "que el Sr. Alcalde Pedro Jesús les manifestó que con el tipo de informes emitidos por el Servicio Jurídico acabarían todos en la cárcel (folio 2563). Por tanto la confusión creada fue derivada y provocada de la propia actitud de la Corporación del Ayuntamiento de Marbella, tanto su Alcalde como sus concejales, quienes asumieron tal función de acomodar las licencias a un plan que estaba en proyecto. Lo que aún más llama la atención es que tanto en el Plan General de Ordenación Urbana de 1968 como en el de 1986, la calificación del suelo de la Huerta del Belón estaba calificada como de zona de Jardines o Parques, por el contrario, en el Proyecto de Revisión, la calificación jurídica del suelo es diferente, esto es, se autorizaba la construcción viviendas".

Tampoco puede obviarse que en el informe que obra del Técnico Municipal se informa que la licencia no se ajusta al planeamiento de 1986, por cierto solicitado a Instancia del Juzgado una vez que se había incoado el correspondiente procedimiento penal.

La lógica explica que no es normal ese interés desmesurado en defender el proyecto de Avance de Revisión del Plan mediante la solicitud de informes jurídicos externos, para no aportar ningún informe de los Servicios jurídicos del Ayuntamiento en que informara favorablemente a la aplicación de un planeamiento futuro.

El Juzgador de Instancia argumenta que fue tal la confusión que incluso surge de las resoluciones de esta Audiencia Provincial como de la propia Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Tal afirmación no puede ser tan drástica y menos aún en términos de generalidad.

Como hemos indicado anteriormente la confusión y la posible situación de caos no fue creada por los órganos jurisdiccionales sino derivada de la actitud y conducta de quienes en aquel momento formaban la Corporación Local, que trataron de acomodar el plan de ordenación urbana a aquellas condiciones que más les interesaba. Para ello, tuvieron necesariamente que prescindir del Plan de 1986, por cierto bastante más restrictivo en la calificación del suelo para edificar que el que integraba el Proyecto de Avance del Planeamiento futuro.

Cierto es que esta Audiencia Provincial en algunas ocasiones ha resuelto mantener por vía de recurso el sobreseimiento provisional en relación a la concesión de determinadas licencias urbanística, pero ello no significa que aquellos casos sean igual al que es objeto de este enjuiciamiento. Es decir no se puede generalizar. Los Tribunales no se pronunciaron con carácter general, que criterio ha de seguir un Ayuntamiento en tal o cual cuestión sino que analiza la legalidad de la resolución adoptada por el mismo y por tanto cada caso se resolvió atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto analizado. Tampoco es posible comparar, puesto que las resoluciones a las que se hace referencia, son resoluciones interlocutorias, es decir, no han llegando en ningún caso a su enjuiciamiento. Los hechos que se han enjuiciado se ha celebrado juicio oral bajo los principios de oralidad, contradicción y defensa sin que podamos olvidar que las diligencias practicadas en fase de instrucción no tienen otra naturaleza que meras diligencias de investigación frente a las practicadas en el acto del juicio que son verdaderas pruebas.

De ello se deduce que la confusión creada fue provocada y buscada de propósito por los propios acusados, quienes en su condición de Concejales del Ayuntamiento de Marbella, intervenían activamente en la actividad política municipal y otorgaban las licencias sobre una proyecto de Revisión amparándose en un informe general Don. Enrique.

Llegados a este punto es preciso valorar la segunda cuestión planteada relativa a que los concejales votaron numerosos asuntos en concreto 81 en la comisión de 20 de diciembre de 1996, El secretario daba cuenta de las licencias en cuestión, que estaban relacionadas en el cuadernillo y sin hacer advertencia de ilegalidad por parte de aquel, estos votaban afirmativamente.

Tal como lo ha expuesto el Juzgador de Instancia, habría que llegar a la conclusión de que quien gobernaba en Marbella no era el Alcalde y sus concejales sino los asesores (no se sabe quien, pues sólo hablan de asesores), siendo los concejales meros instrumentos en sus manos que votaban afirmativamente como una mera formalidad más.

Al igual que hemos expuesto anteriormente resulta llamativo que quienes gobernaban el Ayuntamiento no tengan capacidad de decisión.

Ello resulta contradictorio e infringe las más elementales normas que deben observar los concejales, puesto que la llamada actual Junta de Gobierno antiguamente llamada la Comisión de Gobierno, es el Órgano que colabora de forma colegiada en la función de dirección política que al Alcalde corresponde y ejerce las funciones ejecutivas y administrativa que se señalen en el art. 127 de esta Ley. (art. 126 de la L.B.R.L. [RCL 1985\799 y 1372])

Por su parte el art. 77 de la L.B.R.L. dispone que tienen todos los miembros de las Corporaciones locales derecho a obtener los datos o informaciones en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

Por tanto no pueden limitarse a votar, sino que su obligación es la de cerciorarse que aquellas decisiones que tomen se ajusten a la legalidad, caso contrario es de aplicación lo dispuesto en el art. 78 del mismo cuerpo legal, es decir, que "los miembros de las corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las misma que los hubiese votado favorablemente".

Con ello queremos poner de manifiesto que difícilmente es admisible que los miembros de la Comisión de gobierno fuesen ajenos a cualquier cuestión relativa a la aprobación de las licencias urbanísticas, siendo su votación como algo meramente automático.

Es obligación de estos de informarse previamente para estar lo suficientemente ilustrados sobre el contenido de los expedientes, así lo faculta el art. 16 de Reglamento de Organización funcionamiento y Régimen jurídico de las entidades locales (RCL 1986\3812 y RCL 1987, 76) en las que se dispone. "El examen de expedientes sometidos a sesión podrá hacerse únicamente en el lugar en que se encuentre de manifiesto a partir de la convocatoria. Es decir corresponde a los concejales recabar la información necesaria al objeto de estar lo suficientemente instruidos, teniendo en cuenta las decisiones de peso que se adoptan en el ámbito de la dirección local".

No es posible ni es admisible que se amparen en una actuación automática y siguiendo las directrices de otros para votar favorablemente a la concesión de licencias urbanística.

Tales miembros de la corporación son responsables de sus propios actos y no ajenos a la polémica creada y menos aún en la fechas que tuvieron lugar tales hechos. Se deduce claramente que estos eran perfectamente conocedores de la situación de confusión

creada, y que se amparaban como hemos dicho en un informe emitido por Don. Enrique para considerar legal la concesión de una licencia urbanística. Por cierto y de nuevo no existían informes desfavorables, pues como se indicó en el acto del juicio el servicio jurídico fue desmantelado ya que no seguía las directrices de la Corporación. Por lo tanto no sabemos que asesoramiento tenían la Comisión de Gobierno para votar en uno u otro sentido.

Tal situación es importante valorarla, porque ello justifica que no son meros autómatas, eran libres para decidir, y el Secretario General no estaba obligado legalmente a informar sobre todas las cuestiones sometidas a debate y votación como más adelante referiremos.

Los trámites a seguir en el expediente para la concesión de la licencia de obra mayor se refleja en el folio 1028 de las actuaciones, se exigen informes jurídicos y técnicos, posteriormente decreto del Alcalde, salvo que como en el caso que nos ocupa estuviese delegadas las competencias al menos aparentemente.

Pues bien en el expediente de referencia no se ha cumplido prácticamente ninguno de los trámites que deberían haberse observado, tanto es así que consta el informe Don. Enrique emitido en el año 1993 y ningún otro informe jurídico.

La alegación de que votaban los concejales en función de lo que se hubiese recogido en el llamado "cuadernillo" y que obra unido al folio 2410 de las actuaciones, cuando, menos resulta poco rigurosa. No se dice quien se reunía, que criterios se seguían para determinar el informe favorable o no, y además, la concesión de la licencia urbanística de Moansa, SA no fue sometida a consideración en dicho "cuadernillo". Salvo error u omisión no se recoge ni se propone resolución alguna relativa a la "Huerta Belón" ni en relación a la entidad Moansa, SA por tanto en este caso se limitaron a votar libremente lo que consideraron oportuno. Pero aún en el caso de que hubiese seguido las directrices del "famoso cuadernillo", tampoco justifica su mal proceder. Tienen obligación de estar debidamente informados, asesorados en orden a cumplir con las funciones que les encomendaron cuando fueron elegidos concejales, y jurídicamente seguir tales directrices no se sostiene pues no tienen ningún tipo de amparo legal.

Se ha pretendido hacer ver que los acusados no sabían ni entendían de urbanismo y que pensaban que actuaban conforme a la legalidad vigente. Tal alegación se disipa por lo expuesto hasta el momento. Conocían la confusión creada y pese a ello se prestaron a conceder la licencia urbanística sin sujeción a ningún planeamiento vigente. La incorporación de informes jurídicos por quien no está habilitado legalmente para asesorar al Ayuntamiento resulta cuando menos de dudosa legalidad. No se trata de una conducta imprudente, los acusados tenían a su disposición toda la documentación y es su obligación valorar si es procedente o no la concesión de la licencia.

Finalmente discrepamos de la valoración que el juzgador de Instancia efectúa respecto a las aprobación de la licencias urbanísticas, al entender que las mismas son meras ilegalidades que no deben ser objeto de reproche penal.

Partimos de una resolución totalmente ilegal, por carecer de legitimidad normativa y no respetar el sistema de fuentes ni los principios de vigencia y validez, no puede decirse en un Estado de Derecho que sea justa, a no ser que situemos el criterio de justicia en un ámbito ideal o natural, totalmente supralegal o metapositivo, ajeno o desvinculado de todo sistema de normas. En tal caso, se abre la puerta a la creación extralegal del derecho con base únicamente a los principios metajurídicos que pudiera implantar un grupo de ciudadanos apartándose de los cauces de legitimidad que para el sistema de fuentes aparece previsto en un Estado de Derecho. Es obvio que las normas creadas por un procedimiento de esa índole carecerían de las exigencias más elementales de juridicidad y no podrían tenerse por vigentes ni por válidas, por muy justas y acertadas que pudieran mostrarse en su contenido sustantivo o material.

Los imputados, al despreciar las técnicas más elementales de aplicación del derecho, imponiendo unas normas jurídicamente inexistentes, incurrieron en un torcimiento del derecho tan patente y grosero (SSTS 29-VI [RJ 1995\5156], 10-VII [RJ 1995\5400] y 14-XI-1995 [RJ 1995\8308]) que necesariamente ha de subsumirse en el concepto de injusticia y arbitrariedad que acoge el tipo penal. Y es que una Administración Local que dicta resoluciones apartándose de la normativa urbanística y aplicando de forma concluyente otra que carece del respaldo legal, es claro que no se somete a la Ley y al Derecho (art. 103.1 de la CE [RCL 1978\2836]) y que se sitúa en el ámbito de la arbitrariedad, menoscabando así el bien jurídico del recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con una intensidad que se hace acreedora a la aplicación de una sanción propia del Derecho Penal.

Se ha de llegar necesariamente a esta conclusión puesto que no es lógico ni admisible que si tantas dudas había sobre que plan general de ordenación urbana estaba en vigor, se concediesen las licencias. En definitiva se ha tratado de eludir la legalidad vigente en ese momento. Esta es una conclusión a la que ha llegado con anterioridad el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, donde de forma clara y contundente recoge en que si no es de aplicación el plan que no está publicado en su totalidad esto es el de 1986, menos aún un planeamiento futuro, infringiéndose el principio de jerarquía de normas.

Entendemos que no corresponde a esta Sala ni al Juzgador de Instancia valorar cual es el plan de Ordenación Urbana de aplicación, sino que correspondía a la Comisión de Gobierno otorgar las licencias conforme al ordenamiento jurídico. La confusión creada se propició desde el propio Ayuntamiento (no olvidemos que los acusados son concejales y deben asistir a los plenos) sobre el plan aplicable. Prueba de ello es que no resulta tan necesario ni imprescindible proceder a solicitar informes de juristas a fin de determinar que plan era el que estaba en vigor, como inmediatamente y como un mal menor hasta que de forma pausada y cumpliendo rigurosamente todos los trámites previstos legalmente para la revisión del plan se hubiese procedido a publicar el Plan de 1986, o en su caso suspender la concesión de las licencias hasta tanto hubiese sido aprobado el plan por la Comisión Provincial de Urbanismo, pero ello no era querido por los acusados.

Los acusados eran perfectamente conocedores de que su conducta no era ajustada a derecho, pues, buscaron informe jurídicos al margen de los Servicios Jurídicos del

Ayuntamiento que justificasen la aplicación de un plan de ordenación urbana en proyecto.

TERCERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de prevariación urbanística previsto y penado en el art. 320-2 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) siendo autores los imputados.

La prevaricación urbanística previsto en el art. 320.2 del Código Penal, sanciona entre otras conductas la de la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, a sabiendas de su injusticia, haya concedido licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

Como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, este delito introducido en el Código Penal de 1995 no es sino una especialidad del delito más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público, que en un Estado de Derecho y democrático como es el nuestro no puede utilizarse de forma arbitraria ni aun con el pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo por el contrario ejercerse siempre de conformidad con las Leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio. Por esto la perpetración de este delito requiere, como cualquier otra prevaricación, de los siguientes elementos, explicados en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo:

A)Que una Autoridad o funcionario público dicte en asunto administrativo una resolución, que como dice la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8308) es cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados (Sentencia de 26 de febrero de 1992 [RJ 1992\1355]), es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral (Sentencia 346/1994, de 21 de febrero [RJ 1994\1552])

B) Que la resolución sea «injusta»; o como dice el vigente Código Penal de 1995 en el art. 404, «arbitraria»; es decir, no adecuada a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional -desviación de poder- (Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981 [RTC 1981\27]). No basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de esta Sala tiene que tratarse de «una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho» (Sentencias de 10 de mayo de 1993 [RJ 1993\3772], 21 de febrero y 10 de noviembre de 1994 [RJ 1994\8809], 25 de marzo [RJ 1995\2236] y 20 de abril de 1995 14 de marzo de 1996, 7 de febrero [RJ 1997\661], 3 de marzo [RJ 1997\1822] y 23 de abril de 1997 [RJ 1997\3262]). Concretamente como ha declarado la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 la «injusticia» que tal actuación administrativa proclama «puede venir referida en

la absoluta falta de competencia del inculpado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la Resolución de modo que ésta implique un torcimiento del Derecho» (Sentencias de 20 de abril de 1995 [RJ 1995\3898], de 25 de abril de 1988 [RJ 1988\2864], 17 de septiembre de 1990 [RJ 1990\7322], 10 de abril [RJ 1992\2954] y 10 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10090], y 21 de febrero de 1994).

Descendiendo al caso concreto siendo indudable que los acusados merecen la calificación de miembros de un órgano colegiado, y en consecuencia merecen la calificación de autoridad conforme a lo dispuesto en el art. 24 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), en cuanto que por sí solo y como miembro de la Corporación local ejerce funciones públicas propias, lo decisivo en este caso es, de una parte analizar la injusticia o no de la Resolución dictada, y de otra el elemento subjetivo del injusto ya señalado.

De la documental aportada a las actuaciones al inicio del juicio oral se incorporó un Informe realizado por el Catedrático de Derecho Penal Don José Miguel Zugaldia Espinar en el que tras efectuar diferentes valoraciones considera que nos encontramos ante un supuesto de autoría inidónea, y ello en base a que no puede ser sujetos activos del delito los acusados, ya que no le habían sido delegadas las competencias en materia de urbanismo y por tanto carecían de competencia para la concesión de licencias de obras.

La Sala no comparte tal criterio, y ello en base a que es cierto que el art. 21 de la Ley de Bases de Régimen Local (RCL 1985\799 y 1372) establece que la competencia para la concesión de licencias es una atribución que corresponde al Alcalde, ahora bien, también es cierto que es admisible y susceptible de delegar esa facultad conforme a lo especificado en el apartado tercero del propio art. 21 en la Junta de Gobierno.

Igualmente el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (RCL 1986\3812 y RCL 1987, 76) en el artículo 44 dispone:

1. Todas las delegaciones a que se refiere el artículo anterior serán realizadas mediante Decreto del Alcalde que contendrá el ámbito de los asuntos a que se refiere la delegación, las facultades que se deleguen, así como las condiciones específicas de ejercicio de las mismas, en la medida en que se concreten o aparten del régimen general previsto en este reglamento.

2. La delegación de atribuciones del Alcalde surtirá efecto desde el día siguiente al de la fecha del Decreto, salvo que en ella se disponga otra cosa, sin perjuicio de su preceptiva publicación en el Boletín Oficial de la provincia y en el municipal, si existiere.

3. Las normas de los apartados anteriores serán aplicables a cualquier modificación posterior de las delegaciones.

4. De todas las delegaciones y de sus modificaciones se dará cuenta al Pleno en la primera sesión que éste celebre con posterioridad a las mismas.

Por su parte el art. 45 dispone que "Las delegaciones que puede otorgar el Alcalde a tenor de lo dispuesto en el art. 43, 3 Párr. 2º, deberán adaptarse a las grandes áreas en que el reglamento orgánico, en el caso de que hubiera sido aprobado por la Corporación, distribuya los servicios administrativos del Ayuntamiento".

Desde luego en el presente caso no se ha acreditado que el Alcalde en su día efectuase la delegación correspondiente y además se procediese a su inmediata publicación.

Por tanto tal extremo no puede ser obviado, pero ello no implica que no puedan ser sujetos activos del delito los acusados, y ello por un motivo fundamental consistente en que existía una apariencia de que tenían delegadas las competencias en materia de concesión de licencias, el Alcalde Accidental estaba presente y no se hizo constar ninguna circunstancia que revelara una falta de competencia para la concesión de las mismas.

En consecuencia parece que todas las resoluciones dictadas por la Comisión de Gobierno habrían sido dictadas por un órgano manifiestamente incompetente, no ya sólo esta licencia sino cuantas haya resuelto la Comisión de Gobierno hasta que en el año 1999 se delegaron expresamente dichas competencias.

Ahora bien llegados a este punto y sin perjuicio de que esta cuestión deba resolverse en la jurisdicción contenciosa administrativa, la falta de delegación expresa en nada impide que la concesión de la licencia haya surtido aparentemente plenos efectos, como así ha sido, y por tanto ello no supone que los acusados no puedan ser sujetos activos del delito. Estos forman parte de un órgano colegiado, han votado favorablemente a la concesión de una licencia que no se ajusta a un Plan General de Ordenación Urbana previo a su concesión y además no tenían competencias para dictar dicha resolución. Tal circunstancia si se quiere es aún más un plus de antijurisdicidad. El tipo penal no exige que tengan la delegación expresa y en la forma establecida en la legislación local aplicable.

Para que no fuese de aplicación el tipo penal del art. 320-2º CP por no concurrir la cualidad necesaria en el sujeto activo del delito serían necesarias dos condiciones negativas: que no fuesen concejales los acusados y que no perteneciesen a la comisión de Gobierno y/o no fuese alcalde accidental. Pero no es el caso, es evidente que los acusados habían sido elegidos concejales por la mayoría del pueblo de Marbella, que estos en su día juraron o prometieron sus cargos, es decir, eran concejales de dicho Ayuntamiento, y en su condición de tal pertenecían a la Comisión de Gobierno. Por tanto no es que no sean Autoridad o funcionario en los términos del art. 320-2º C.P, lo que ellos no tenían eran delegada las competencias. No se puede confundir la condición del sujeto activo del delito, con la falta de competencia, en este último caso con mayor razón cometen el delito por ser, un órgano manifiestamente incompetente. Los acusados eran concejales y pertenecían a la Comisión de Gobierno, eso sí, sin competencias que les respaldase, lo que significaba un mayor retorcimiento del derecho al objeto de aplicar el art. 320-2 del CP.

Por tanto los acusados son sujetos activos del delito de prevaricación urbanística derivada de su condición de autoridad y pertenecer a la comisión de gobierno.

No es admisible como argumento jurídico a efectos de excluir la responsabilidad penal de los acusados, que la Comisión de gobierno no tiene la cualidad de órgano colegiado y por ello tampoco es susceptible de encuadrar en el tipo del art. 320-2 CP.

Las normas han de ser interpretadas sistemáticamente y en su conjunto. Es cierto que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común expone en su disposición adicional primera que las disposiciones del Cáp. II del título. II de la presente Ley no serán de aplicación al Pleno y, en su caso, Comisión de Gobierno de las Entidades locales, a los Órganos Colegiados del Gobierno de la Nación y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, pero ello no significa que no tenga el concepto de órgano colegiado sino que su funcionamiento y estructura no se regirá por las normas contenidas en los artículos 22 a 27 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración pública (RCL 1957\1058 y 1178).

La Sala no tiene la más mínima duda de que la Comisión de gobierno tiene la consideración de órgano colegiado, y prueba de ello es que el art. 22 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (RCL 1986\3812 y RCL 1987, 76) establece:

1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo.

2. De los acuerdos de los órganos colegiados de las Corporaciones locales serán responsables aquellos de sus miembros que los hubieren votado favorablemente.

Con ello queremos poner de manifiesto que realmente lo que dispone la Ley de Régimen jurídico de la Administración pública, es que la organización y funcionamiento de los Órganos Colegiados no se regirán por estas normas de carácter general sino a través de las propias contenidas en su legislación especifica, es decir, La Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, así como los Reglamentos específicos en la materia.

Más claro si se quiere y así lo conceptúa este mismo Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en su artículo 43:

1. El Alcalde puede delegar sus atribuciones, salvo las mencionadas en los art. 21, 3 y 71 L 7/1985 de 2 abril (RCL 1985\799 y 1372), en los términos previstos en este artículo y en los siguientes.

2. El Alcalde puede efectuar delegaciones en favor de la Comisión de Gobierno, como órgano colegiado. En tal caso, los acuerdos adoptados por ésta en relación con las materias delegadas, tendrán el mismo valor que las resoluciones que dicte el Alcalde en ejercicio de las atribuciones que no haya delegado, sin perjuicio de su adopción conforme a las reglas de funcionamiento de la Comisión.

En igual sentido la Ley reguladora de Bases de Régimen local en su artículo 46 dispone:

1. Los órganos colegiados de las entidades locales funcionan en régimen de sesiones ordinarias de periodicidad preestablecida y extraordinaria, que pueden ser, además, urgentes.

2. En todo caso, el funcionamiento del Pleno de las Corporaciones locales se ajusta a las siguientes reglas.

Es decir son tan órganos colegiados como aquellos que se constituyen por Ley en la Administración Central o autonómica lo único que ocurre es que se regirán en cuanto a sus normas de funcionamiento por su legislación especifica. La existencia del órgano colegiado es un concepto susceptible de aplicar a todo aquel organismo cuya composición se constituye por un número determinado de personas y cuyas decisiones se toman por la mayoría de sus miembros. En definitiva sus decisiones como su nombre indica se toman en comunidad o conjunto de personas.

Consideramos por tanto que en el caso concreto los acusados pueden ser sujetos activos del delito porque, "EN SU CONDICIÓN DE MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE GOBIERNO VALIDAMENTE CONSTITUIDA VOTARON FAVORABLEMENTE A LA CONCESIÓN DE UNA LICENCIA DE OBRA QUE NO SE AJUSTABA A LA NORMATIVA VIGENTE A SABIENDAS DE SU INJUSTICIA E ILEGALIDAD" El hecho de tener o no competencias delegadas en nada afectan al tipo penal, sino que es un plus más de antijurisdicidad.

Aclarado que los acusados son sujetos activos del delito, hemos de entrar a valorar si su conducta es susceptible o no de encuadrar en el ámbito del delito de prevaricación urbanística.

En el delito prevaricación urbanística, la injusticia de la Resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la Resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable.

A este respecto es de mencionar por su importancia y en las pocas ocasiones que el Tribunal Supremo se ha ocupado de estos tipos de delitos en la sentencia de fecha de 31 de octubre de 2003 (RJ 2004\1767) "hay que comenzar recordando, el 320 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), que tipifica una figura especial de la prevaricación, cuya previsión independiente se justifica precisamente por las características que le separan del referido artículo 404 y que, esencialmente, es, en primer lugar, la de la especialidad de la materia a la que se refiere, que no es otra que la de la información favorable o concesión de licencias urbanísticas".

En estos casos, se acotan y objetivan aún más los requisitos que han de concurrir en la ilicitud de la conducta, cuales son los relativos a la contravención de las normas urbanísticas vigentes y no ya la más vaga referencia del artículo 404 a una genérica "arbitrariedad" de la actuación, que siempre requiere un superior esfuerzo valorativo de parte del Juzgador y que ha conducido al empleo, por esta Sala, de expresiones, más o menos afortunadas, que ponen de relieve el rigor de las exigencias necesarias para la

correcta subsunción de la conducta en el tipo de la prevaricación, lo que se concreta en la constatación de que la aplicación del derecho realizada por el inculpado no pueda ser sostenible con ninguno de los criterios interpretativos de las leyes admitidas en la práctica.

"Esa contraposición entre la decisión que adoptó el recurrente y la normativa en materia de urbanismo, que en ningún caso precisa ser acompañada de ánimo de lucro alguno, es puesta de relieve en la narración de hechos contenidos en la Resolución de instancia con la suficiente descripción, máxime si acudimos al Fundamento Jurídico Séptimo que, complementando la anterior, especifica la legislación incumplida, tal como la Ley del Suelo (RCL 1976\1192) (art. 16.3), Ley autonómica de Cantabria (LCTB 1994\76) (art. 12.2 y 14), Ley de Carreteras (RCL 1988\1655 y 2268), Ordenanza NU-1, y Normas Subsidiarias del municipio de Corvera de Toranzo, en lo que a la regulación de los requisitos necesarios para las licencias referentes a fincas sitas en suelo no urbanizable se refieren, y que, a su vez, se remitían a los art. 85 y 86 de la Ley del Suelo vigente en aquel momento, por lo que, del respeto a ese relato, se desprende la improsperabilidad del motivo Primero"

Es decir esta sentencia es ejemplo de que no sólo se ha de delimitar la normativa vigente en aquel momento relativa a las normas urbanísticas contenidas en el Plan general de Ordenación Urbana, sino toda aquella normativa que resulta incumplida.

Aclarado la especialidad de este tipo penal queda por plantearse si realmente es de aplicación al caso que nos ocupa. Del relato fáctico contenido en la sentencia dictada por el Juzgado de lo penal número dos de Málaga, se pone de manifiesto como la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Marbella integrada por los acusados, en fecha de 20 de diciembre de 1996 y 7 de noviembre de 1997 concedió por unanimidad de los componentes de la Comisión de gobierno, el otorgamiento de licencia de obras a la Entidad Moansa. Dicha licencia fue concedida al amparo de un planeamiento que ni había sido aprobado por la Comisión Provincial, y menos aún publicado.

El análisis de la adecuación o no a derecho de la licencia de obra que nos ocupa debe hacerse desde el punto de vista del derecho vigente en el momento en que se dictó al acto administrativo, que lo es la licencia de obra sin lugar a dudas, pues lo que sanciona el delito de prevaricación es precisamente la vulneración del derecho vigente, el ejercicio del poder en disconformidad con las normas jurídicas que lo disciplinan en un momento histórico concreto, con independencia de que con posterioridad se produzcan modificaciones legislativas, pues pese a esto el delito se habrá consumado. Surge así la necesidad de estudiar la adecuación a derecho del acto administrativo en cuestión, confrontándolo con las normas vigentes entonces, y como primera cuestión, la vigencia y eficacia del plan de ordenación urbana de 1986. Tales Normas fueron aprobadas por la Comisión Provincial de urbanismo, y el Acuerdo de aprobación definitiva fue publicado en el «Boletín Oficial. Sin embargo, no se publicó entonces ni con posterioridad el texto de dichas normas, infringiéndose así lo que desde la promulgación de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (RCL 1985\799 y 1372) exigía su art. 70.2. La jurisprudencia de lo Contencioso-Administrativo no ha dudado en calificar de imprescindible esa publicación para la vigencia y eficacia de las normas urbanísticas de

los ayuntamientos, incluso aunque su aprobación no les competa, siendo doctrina, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10581), «firme y permanente» desde la Sentencia de 11 de julio de 1991 (RJ 1991\6352). Por esto, en el momento de examinar la legalidad de la licencia se debe prescindir de tales Normas, que en realidad y por lo dicho no era una norma jurídica vigente pero si eficaz».

Por lo anterior, resulta que el municipio de Marbella y al tiempo de la concesión de la licencia que nos ocupa, no disponía de planeamiento urbanístico propio, siendo de aplicación directamente las normas urbanísticas contenidas en la Ley de Suelo de 1992 (RCL 1992\1468 y RCL 1993, 485) y las normas urbanísticas de la Ley 1/1997 (LCTB 1997\44) que el Tribunal constitucional declaran derecho supletorio del autonómico, La Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto 1346/1976 su Reglamento, Reglamento de Planeamiento (RCL 1978\1965) y Reglamento de disciplina Urbanística (RCL 1978\1986).

Junto a esta normativa a la que posteriormente haremos referencia hemos de partir de la sentencia núm. 65/2004 (JUR 2004\101423) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga (folio 1675 y ss.) recaída en el recurso Contencioso-Administrativo 1583/98, por el que se declara que la licencia urbanística otorgada por la Comisión de Gobierno vulnera el ordenamiento jurídico directa e inmediatamente aplicable y en consecuencia contraria a derecho y por ello la anula de conformidad con lo dispuesto en el art. 63 de Ley 30/1992 (RCL 1992\2512 y 2775 y RCL 1993, 246). Licencia referida a la otorgada en fecha 7 de noviembre de 1997, puesto que en relación a la otorgada en fecha 22 de noviembre de 1996 no se interpuso recurso Contencioso-Administrativo.

Cierto es que para calificar de prevariación urbanística el otorgamiento de la licencia no basta y por supuesto no es suficiente que no se hayan incorporado los correspondiente informes jurídicos y técnicos, pero si denota una cierta irregularidad, que considerada en su conjunto con los demás infracciones de normas urbanísticas nos pone de relieve, la ilegalidad en la concesión de las licencias urbanísticas, que no solo bordean la ilegalidad sino que caen de lleno en ella.

El art. 120.1 Reglamento de planeamiento (RCL 1978\1965) dispone que "la aprobación inicial de los planes, Normas determinará por sí sola la suspensión del otorgamiento de licencias para aquellas áreas del territorio objeto del planeamiento, cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanísticos vigente. No obstante, podrán concederse licencias basadas en el régimen vigente, Åiemprd que se respeten las determinaciones del nuefo planeamiento". Es decir no se debió conceder ninguna licencia cuando existía una revisión del Planeamiento y la calificación del suelo que sE preveíA no coincidía con el anterior planeamiento.

Igualmente se quebranta el Reglamento de disciplina urbanística dond% se exige que en todo expediente de concesión de licencia urban-stica conste informe técn)co y jurídico. Así se acredita que se ha infrinfido el art. 3 y. 4 del Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, el primero de ellos determina que las licencias se otorgarán de acuerdo con las

previsiones y determinaciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación Urbana y programas de actuaciones Urbanística, y en su caso las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento de las normas y ordenanzas reguladoras sobre uso del suelo y edificación. Así como el art. 4 párrafo segundo, dispone: "Que en todo expediente de concesión de licencia constará informe técnico y jurídico, cuando la entidad otorgante cuente con los servicios correspondientes".

En el expediente 297/96 no consta ningún tipo de informe jurídico, ni técnico, sólo se incorporó el informe Don. Enrique del año 1993, para a continuación conceder la licencia. Es evidente que el Excmo. Ayuntamiento de Marbella tenía a su disposición los servicios jurídicos y técnicos, para que hubieran podido emitir el correspondiente informe preceptivo. No se solicitó y por ello no se pudo incorporar al expediente. Tampoco constaba el informe "favorable" del llamado cuadernillo. Es más ni tan siquiera se discutió en esa reunión previa la licencia a Moansa.S. A.

Es preciso delimitar que la licencia administrativa es un acto de autorización reglado por el cual los ayuntamientos, previa comprobación de que el acto que se solicita se ajusta a la normativa Urbanística aplicable remueve los obstáculos para el ejercicio de derechos preexistentes y que como tal acto reglado supone que han de cumplirse las condiciones establecidas en la legislación urbanística y en el correspondiente planeamiento de aplicación. Es la Administración y más concretamente el Alcalde o en su caso la Comisión de Gobierno quien concede la licencia de obras conforme al planeamiento vigente en aquel momento. De forma tal que será la Administración local en la persona del Alcalde y en su caso cuando estén delegadas las competencias la Comisión de Gobierno quien debe determinar si la solicitud de la licencia se acomoda a la normativa urbanística aplicable para su concesión.

En el caso que nos ocupa se infringió el ordenamiento jurídico, puesto que se otorgó una licencia al margen de cualquier planeamiento. La presunta confusión creada en orden a que Plan General de ordenación urbana era de aplicación, no impide calificar los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación urbanística, ya que los acusados se ampararon en dicha confusión para conceder una licencia al margen de la normativa aplicable al caso y por tanto "ad hoc".

De forma tal que la licencia no sólo debe estar ajustada al Plan Urbanístico vigente, sino al Derecho urbanístico en su totalidad. La licencia urbanística es un acto administrativo que depende de una norma de naturaleza reglamentaria, cual es el Plan General de Ordenación Urbana, que puede verse matizado por un convenio Urbanístico, pero en este último caso sometido siempre y dependiendo de su incorporación al Plan General.

Pero no puede existir mayor incumplimiento de las normas urbanísticas vigentes, que el otorgamiento de una licencia de obra sin sujeción a ningún planeamiento urbanístico. Tal pronunciamiento se recoge en la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, en la que se expone como la licencia otorgada el 7 de noviembre de 1997 no se ajustaba a ningún plan, puesto que el de 1986 no había sido publicado íntegramente, pero con mayor razón no se debió aplicar aquel que era un Avance del Proyecto de Revisión deL Plan.

Llegados a este punto y visto que la licencia urbanística otorgada no se acomoda a las normas urbanísticas conrideramos que dicha conducTa es reprochable penalmente puesto que como exige el tipo del art. 320 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) dicha conducta ha de qer a "sabiendas" es decir, los concejales no tenían duda que dicha conducta no se ajustaba a la le'alidad y por %llo, no exigían los informes técnicos y jurídicos neces!rios, limitándose exclusivamente a votar conforme a un plan futuro. De forma tal que la concesión de esta concreta lhcenbia resulta flagrantemente arbitraria, sobre todo teniendo en cuenta las maniobras e informes incorporados con la única finalidad de aplicar un Plan de Ordenación Urbana que se ajustara a las exigencias de un uso irracaonal del 3uelo, bIen que es escaso y a su vez necesario.

Y llegamos a tal c/nclusión porque no se puede justificar la calificación del terreno para la construcción de seis viviendas adosadas en una zona destinada a "parques y jardines" porque había generado todo tipo de protestas vecinales, consecuencia de que dicha zona se había convertido en un mero deposito de basuras y donde acudían toxicómanos a fumar.

Tal protesta vecinal desde luego muy respetable podrían haberse zanjado mediante la aplicación del art. 10 del Reglamento de Disciplina Urbanística (RCL 1978\1986), que dispone "los propietarios de terrenos deberán mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público" en su apartado segundo dispone "Los Ayuntamientos y, en su caso los demás Organismos competentes de oficio o a instancia de cualquier interesado, ordenarán la ejecución de las obras necesarias para conservar las condiciones mencionadas en el apartado anterior".

Desde luego no era necesario la adopción de una medida tan drástica y arbitraria como la adoptada, de modificar la calificación del suelo, cuando podrían ordenar al propietario del terreno que lo adecentara, y sobre todo privar al ciudadano de Marbella de disfrutar de un parque o jardín.

Finalmente considerar, que para encuadrar la licencia otorgada en el ámbito del art. 320-2 del CP no se exige que la licencia se hubiese otorgado para la construcción de edificios o construcciones en espacios especialmente protegidos. No es necesario ni preciso que se trate de la concesión de licencias con relación a espacios especialmente protegidos, puesto que ello no lo exige el tipo penal, solo se refiere a infringir la normativa urbanística vigente y no es necesario coordinar lo dispuesto en el art. 319 con lo establecido en el art. 320, pues no tienen las mismas exigencias ni los elementos subjetivos y objetivos en su aplicación. El tipo penal expresamente dispone que "Con las mismas penas se castigará a la Autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia". Nada dice el articulado sobre la calificación del suelo, esto es que sea especialmente protegido.

El delito urbanístico que castiga el art. 319 viene referido a diferente sujeto activo y la acción también es diferente. Se castiga al promotor o constructor que construya y edifique sobre viales El art. 320 CP lo que realmente castiga es que se otorguen licencias que a, sabiendas de su injusticia sea contrario a las normas urbanísticas. Es decir no es preciso que se trate de un suelo especialmente protegido, no se exige ese

plus, ha de ser simplemente contraria a la legalidad vigente en los términos que anteriormente hemos expuesto y no solamente contraria a las normas del plan general de ordenación urbana sino cualesquiera normas urbanísticas, y que por su ilegalidad e injusticia sea de entidad como para ser susceptible de reproche penal.

En esta línea el Supremo en STS 26-06-2001 (RJ 2002\4521), refería que los tipos penales que integran los llamados delitos contra la ordenación urbanística del territorio no dejan de constituir la traducción penal de infracciones administrativas preexistentes. Ello plantea problemas de distinta índole en la interpretación i alcance de los conceptos normativos extrapenAles dada la naturaleza de normas en blanco, incluido el de intervención mínima del derdcho penal, lo que se Ha resuelto entendiendo que las infracciones aDministrAtivas incardinables en la norma penal solo pueden ser aquellas que "per se" alcanzan un contenido de gravedad suficiente o lo que es igual la bonducta atentat/ria ckntr! el bien jurí$ico protegido por l! norma penal debe alcalzar en4idad su&icien4e para justificar su aplicación.

En el caso que nos ocupa la entidad y repercusión que tuvo el voto favor!ble de los acusados a la concesión de un` licencIa de obra para la cnjstrubción de viviejdas, sin sujeción a planeamiento algujo, es claRa y evidente y por eLlo reprochable en el ámbito de la jurisdicción penal. No son mera3 ilegalidades, son conductas injustas por lo que supo.en de abusos urbanísticos.

Finalmente hemos de referirnos al último requisito del delito de prevaricación de carácter subjetivo que viene reb/gido en los términos a sabiendas, es decir, que los acusa`os eran conscientes de la arbitrariedad de su conducta.

Ya hamos explicado anteriormente que los acusados no eran meros instrumentos en manos los servicios jurídicos. Muy al contrario, son los concejales los que haciendo uso de los instrumentos jurídicos tratan de "maquillar" su conducta. Es decir prilero se decide lo que se pretende hacer y después
se le buscan los instrumentos y formas jurí$icas necesarias.

Hemos dicho anteriormente como la confusión normativa en materia de urbanismo no era algo ajeno a los concejales, sino más bien era un problema que fue provocado por estos. Se indicó que los acusados tanían plena conciencia de que las licencias s% otorgaban en función de un planeamiento futurm, que no cumplía ninguno de los requisitos que legal y jurisprudencialmente se exigía para tener plena valid%z y eficacia.
Prueba de ello es que acudieron a inform%s jurídicos de quienes no perten%cían al servicio jurídico del Ayuntamiento, es más este finalmente fue desmantelado puesto que sus informes a sazón de carácter preceptivo, no era del gusto de quienes lo "recibían", esto es, los acusados.

Es muy significativa la circular interna remitida por Don. Enrique dirigida la Sr. Alcalde Presidente, para su distribución entre los Concejales y que obra al folio 437 de las actuaciones. En ella se recoge, las instrucciones que han de seguir los Concejales: que todos los Decretos, resoluciones de la Alcaldía y Comisión de gobierno vayan precedidos de un informe que acredite la legalidad del acuerdo. Con ello evitan que

pudiese prosperar las querellas presentadas en su contra. Continúa Don. Enrique diciendo "no bastando, en ningún supuesto el informe de los Funcionarios Municipales, que opinan sobre temas distintos y que no tienen por objeto la defensa de los Concejales".

Desde luego como bien decía Don. Enrique, se puede decir más alto, pero no más claro.

Y pese a lo manifestado por este, respecto a que no es su firma la que consta en el escrito, sin embargo, a preguntas de la letrada Sra. Gálvez, ratificó el contenido del mismo en parte. Así, expuso que "era cierto que manifestó que hubiese siempre un abogado en las comisiones previas, a la celebración de las comisión de gobierno. Es evidente que Don. Enrique asesoró jurídicamente en temas concernientes al Excmo. Ayuntamiento de Marbella, y lo que resulta aún más llamativo, al parecer y según expuso en su declaración "el informe de 1993" y al que ya hemos hecho referencia se incorporó a los expedientes cuando se interpuso la primera querella (folio 2546). Lo que nos lleva a acreditar que los expedientes de concesión de licencias urbanísticas nunca fueron informados jurídicamente, por aquellos que estaba legalmente habilitado para ello, puesto que se relegó y eximió de emitir informes jurídicos. Así lo expuso el Jefe del Servicio Jurídico, y el Sr. Benito".

Todo ello nos lleva a la conclusión de que los concejales eran conscientes de su actuaciones. Un servidor público no tiene que estar continuamente asesorándose de letr`dos ajenos al servicio jurídico propio del AyuntaMiento, cuando su actuación se ajusTa a la normativa vigente. Cuando se buscan recove#os y artimañas al objeto de burlar la ley, si es necesario acudir a otros asesoramientos.

El definitiva La Sala Quiere poner de manifiesto q e los acusados eran conscientes de su actuaciòn, que infringían la normativa vigente en maperia de urbanismo a sabiendas d% su ilegalidad, en base única y e8clusivamente a un informe emitido por Don. Enri1ue en e, que 3e recogía que no era posible la aplicación de un planeamiento pendiente de su publicación y sin embargo si era de aplicaCión un pdaneamiento en proyecto y sometido a numerosas modifica.iones.

Asimismo los acusados expusieron que ellos votaron favorablemente puesto que el Secretario nunca leN apercibaó de ilegalidad. En su declaración prestada en fase de instrucción como en el acto del juicio, este niega rotundaMente que le hubiesen instado a efectuar ningún informe, así se rec/gía en el acta $el juicio "Que ningún concejal le preguntó ntnca en caso de informes contradictorios cual prevalecería, pues en este caso constaría en acta" y además en el acto del juicio expuso que no existe ninguna disposición legal que obligue a los Secretarios a efectuar advertencia. Tampoco estuvo presente en las reuniones previas a la Comisión de gobierno. En la oficina de Planealiento emitían los informes favorable3 o desfavorables. Nunca le han pedido infor-e jurídico y además que esto no se hace en cinco minutos.

Con ello queremos poner de manifiesto que el Sr. Secretario del Ayuntamiento de Marbella, no estaba obligado legalmente a advertir de ilegalidad en la concesión de las licencias urbanísticas,

La Sala llega a tal conclusión atendiendo lo dispuesto en el art. 122-5 de L.B.R.L. (RCL 1985\799 y 1372) en el sentido de que dicho Secretario sólo ha de emitir informes cuando así lo ordene el Presidente de la Corporación o lo solicite un tercio de sus miembros. En definitiva tiene que haber un requerimiento previo por quien legalmente puede hacerlo y en casos puntuales, sin que corresponda a este determinar con carácter general la legalidad o no del acuerdo adoptado por la Comisión de gobierno.

En suma, ello acredita que los Concejales integrantes de la Comisión de Gobierno tenían plena conciencia y voluntad en el momento de concesión de la licencia urbanística de que no se ajustaba a planeamiento alguno, ajustando el expediente a un informe general emitido por Don. Enrique, sin que se hubiesen incorporado los informes jurídicos y técnicos que legalmente eran preceptivos, y por ende sin respetar lo dispuesto en el art. 120 del Reglamento de Planeamiento (RCL 1978\1965).

Por el contrario entendemos que no es susceptible de aplicación en la conducta de los acusados la continuidad delictiva. No se trata de una pluralidad de acciones, ni que infringen el mismo precepto penal, ni aprovechen idéntica ocasión, sino que son todos aquellos actos necesarios para que el destinatario de la licencia urbanística tenga la posibilidad de llevar a efecto la construcción de las seis viviendas. Es decir son dos licencias urbanísticas de dos fases diferentes, una relativa al proyecto básico y otra relativa al proyecto de ejecución, ambas necesarias para llevar a efecto la construcción. De modo que no supondrían varios delitos sino uno sólo cuya consumación se produce con la licencia del proyecto de ejecución.

Llegamos a tal conclusión puesto que bajo esta denominación de proyecto básico y proyecto de ejecución utilizamos un documento compuesto de varios "subdocumentos relacionados" que sirve de base para autorizar la realización del edificio en cuestión (licencia de obra). Por tanto no es posible considerar que nos encontramos ante una continuidad delictiva.

CUARTO.- Del referido delito son responsables en concepto de autores, todos y cada uno de los acusados, por su participación directa, materia y voluntaria en su ejecución a tenor de los arts. 27 y 28 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

La prueba de la autoría está plena y directamente producida en cuanto que documentalmente obra en las actuaciones a los folios 934 y 935 quienes constituyeron la comisión de gobierno, tanto el día 20 de diciembre de 1996, como el 7 de noviembre de 1997, que no podían ser otros que los acusados en el presente procedimiento. En su cualidad de concejales, constituida la correspondiente comisión de gobierno. (Folio 1030)

La documental incorporada que resulta suficientemente esclarecedora, sobre la forma en que se debían instruir los expedientes de concesión de licencias urbanísticas (folio 1028) y de otro lado el expediente que bajo el número 297/96 obrante la folio 50 fue la base para la concesión de la referida licencia.

Basta una somera comparación entre lo que "debía ser" y lo que "fue" para comprender que el expediente de concesión era un mero trámite carente de contenido.

En Marbella, la regulación establecida para la concesión de las licencias a falta de Reglamento Orgánico de funcionamiento ni ordenanzas, se regía por las normas generales. Ello implicaría:

Iniciación del expediente mediante solicitud del interesado, adjuntando dos ejemplares del proyecto técnico y demás documentación preceptiva, justificante de abono.

En caso de deficiencias subsanables notificación al peticonacio y corrección.

Informe técnico

Informe Jurídico

Liquidación del impuesto.

Propuesta de resolución

Decreto del Alcalde en su caso cuando se hayan delegado las competencias por la Comisión de Gobierno.

Referido a la licencia que es objeto de enjuiciamiento, consta la solicitud de la licencia urbanística, esto es una mera instancia, sin que se hubiese acompañado documentación alguna (proyecto básico, ni de ejecución). A continuación obra un informe técnico del Jefe de Servicios de Extinción de incendios, el cual es favorable, emitido con fecha 29 de septiembre de 1997. Otro informe en igual sentido respecto al proyecto de ejecución en lo relativo a Seguridad y extinción de incendios. No consta ningún otro informe técnico o jurídico. Incorporación del Informe emitido por Don. Enrique, así como las dos resoluciones de concesión de licencia urbanística en base al proyecto básico y de ejecución.

Es evidente que el otorgamiento de la licencia no se ajustaba a la legalidad vigente, no ya porque se ha omitido cualquier norma procedimental, sino que su concesión fue al margen de cualquier planeamiento vigente.

Es de resaltar como documental, igualmente la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, en la que se declara la nulidad de la misma por infringir el ordenamiento jurídico, (folio 1681), donde se recoge que la licencia de obrar otorgada a la entidad Moansa, SA no se ajustaba a ningún planeamiento urbanístico.

A fin de evitar reiteraciones hemos de referenciar someramente porqué entendemos que son autores del delito de prevaricación urbanística. Llegamos a tal conclusión tanto de la documental incorporada, como de las declaraciones de estos, prestadas en fase de instrucción, y enjuiciamiento. En igual sentido la declaración prestada por los testigos, en concreto por el Secretario del Ayuntamiento, como por los técnicos de Ayuntamiento

y Servicio Jurídico, e incluso Don. Enrique. Como se indicó al principio no se trata de valorar de forma distinta lo manifestado por estos, es decir, sobre la credibilidad o no de un testimonio, pues aquí no se trata de interpretar lo que dijo o no tal testigo. Simplemente, se valora su declaración en el sentido de que no se puede entender que los Concejales, era personas totalmente ajenas al desarrollo normal de la actividad municipal, y que no tenían el más mínimo conocimiento sobre urbanismo.

De lo expuesto hasta el momento y en base a la propia legislación y documental incorporada resulta evidente que los acusados votaron favorablemente a sabiendas de la ilegalidad y siendo conscientes de ello.

En consecuencia existe, por tanto una pluralidad de datos probatorios, que nos lleva necesariamente a la conclusión de que los acusados participaron de forma activa en la comisión del delito contra la ordenación del territoric del que venían siendo `cusados..

Con ello se supera holgadamente la barRera prntectora de la presunción de inocencia, mediante la aportación de pruebas que permiten establecer un juicio de culpabilidad, en el sentido de participación En los hechos, basado en razonamientos lógicos y concluyentes.

QUINTO.- Mención especial merece la participación del acusado Sr. Héctor en el presente procedimiento como autor del deli4o de prevaricación urbanística. Su defensa, a lo largo del pr/cedimiento, ha invocado que el mismo no puede ser autor del delito del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, al entender que la aprobación de la licencia urbanística se efectúa sobre la base del proyecto básico, nunca sobre el proyecto de ejecución.

La Sala no comparte tal criterio, y ello atendiendo al contenido de la propia resolución que acuerda la concesión de la licencia obrante al folio 61 de las actuaciones, donde se recoge en su punto 6º. "Antes de comenzar las obras deberá presentar y haber obtenido licencia para el proyecto de "ejecución de obras"".

Ello significa que tan esencial es la aportación del proyecto básico como el proyecto de ejecución de forma tal que uno va unido al otro. Ambos desde luego referidos a la misma parcela y para la construcción de seis viviendas adosadas en un suelo que, según la calificación que tenía hasta ese momento según el plan era de parques y jardines.

Es indiferente a estos efectos que el proyecto de ejecución se refiera más bien a materias técnicas. En definitiva, para la construcción de viviendas se requiere preceptivamente el otorgamiento de licencias en base al proyecto básico y de ejecución, ambas, son necesarias para poder llevar a efecto la construcción. De forma tal que si se hubiesen presentado unidos ambos proyectos no hubiese sido necesario dos pronunciamientos o concesiones de licencias.

En consecuencia consideramos que el Sr. Héctor es autor de un delito contra la ordenación del territorio en cuanto que votó favorablemente la concesión de una licencia urbanística contraria a las normas vigentes en aquel momento, siendo

indiferente a tales efectos que lo sea sobre el proyecto básico, o sobre el proyecto de ejecución. A mayor abundamiento, la Sala de lo Contencioso-Administrativo declara la nulidad de la licencia en la que votó favorablemente el Sr. Héctor. En definitiva, entendemos que a los efectos del tipo penal no cabe esta de distinción puesto que en cualquier caso ambos proyectos son necesarias para la construcción, y sobre todo que la licencia no se ajusta a la normativa vigente.

SEXTO.- Por la defensa de Gabino, Virginia, Bernardo, Benedicto, en su escrito de defensa elevado en el acto de juicio a definitivas alegaron que, para el caso de que se apreciase responsabilidad penal en su patrocinados, entendían que se debía apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebida al amparo de lo dispuesto en el art. 21-6 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

En relación a la pretendida atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal consistente en que ha habido en el actual proceso dilaciones indebidas, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de mayo de 1999 (JUR 2003\198814), seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de junio de 1999 (RJ 1999\5417), 28 de junio de 2000 (RJ 2000\5805), 1 de diciembre de 2001 (RJ 2002\2464), 21 de marzo de 2002 (RJ 2002\4337), etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE [RCL 1978\2836]).

Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen.

El criterio para determinar si hubo o no lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es el relativo a la complejidad de la causa. Para apreciar si existió o no, se ha de acudir y valorar al momento en que se inicio e instruyó la causa, no al momento en que se ha dictado sentencia y personas que en su caso puedan resultar absueltas o condenadas.

Descendiendo al caso que nos ocupa, vemos que la duración del proceso se ha dilatado en el tiempo, pero ello se ha debido a dos causas, de un lado, la complejidad del procedimiento consecuencia del número de acusados y la naturaleza del hecho objeto de investigación, y de otro lado, el planteamiento de una cuestión prejudicial administrativa.

El planteamiento de esta cuestión supuso la paralización del procedimiento desde el 4 de febrero de 2002 hasta el 25 de enero de 2005 en que se recaba, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia con sede en Málaga, testimonio de la sentencia.

Cierto es que dicha dilación indebida no puede ser imputada al órgano jurisdiccional pero no puede obviarse que el procedimiento estuvo paralizado durante un tiempo excesivo y dependiendo por tanto de una resolución, por lo que consideramos que se debe aplicar dicha atenuante analógica, si bien como mera atenuante simple, sin que sea posible su aplicación como muy cualificada.

Consideramos que no lo debe ser en tal sentido siguiendo los criterios restrictivos que el propio Tribunal Supremo indica entre otras en su sentencia de fecha 3 de junio de 2005 (RJ 2005\7845), que nos dice "Es lícito apreciar cualquier circunstancia atenuante, incluso la analógica, de esta manera cualificada, pues la Ley penal no lo prohíbe. También cabe en estos casos relacionados con el derecho fundamental relativo a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE (RCL 1978\2836).

Sin embargo, tampoco en estos casos debe perderse de vista el criterio de la proporcionalidad de la pena en relación con la conducta punible correspondiente. Es poco frecuente en las sentencias de esta sala apreciar como muy cualificada esta clase particular de circunstancia atenuante analógica, probablemente porque la causa de su apreciación no se encuentra en el mismo hecho delictivo, sino en una razón procesal con relación a sucesos acaecidos en un tiempo muy posterior a aquel otro en que el suceso punible tuvo lugar".

Descendiendo al caso que nos ocupa consideramos oportuno aplicar exclusivamente la atenuante analógica simple de dilaciones indebidas, pues atendiendo todas las circunstancias concurrentes, y pese a su duración en el tiempo, se derivó de circunstancias ajenas al órgano instructor y de enjuiciamiento, aunque ciertamente se aceptó la cuestión prejudicial administrativa, pero tampoco podemos obviar que han sido las propias partes quienes han pretendido mantener la paralización del procedimiento, como resulta evidente mediante la solicitud de suspensión hasta tanto resolviese el recurso de casación el Tribunal Supremo, cuestión a la que no se accedió, por los motivos expuestos en la sentencia de instancia.

Por la acusación popular solicitó se les apreciara a los acusados Eugenio, Carlos Alberto, Gabino, Virginia, Bernardo y Benedicto la circunstancia agravante prevista en el art. 22-8º del CP de reincidencia, al considerar que estos han sido condenados anteriormente por los mismos delitos.

Para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en la causa los siguientes datos: en primer lugar, la fecha de la sentencia condenatoria; en segundo lugar, el delito por el que se dictó la condena; en tercer lugar, la pena o penas impuestas, y en cuarto lugar, la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas.

Por tanto para que los antecedentes penales sean computables a lo efectos de reincidencia, requiere que los acusados hubiesen delinquido con posterioridad al dictado de la sentencia que los condenó como autores de un delito contra la ordenación del territorio. No es el caso. Los acusados son enjuiciados por hechos ocurridos con anterioridad al dictado de aquellas sentencias condenatorias. No teniendo constancia que tengan antecedentes penales.

SÉPTIMO.- Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho constitutivo de estos se derivaren daños o perjuicios.

Por la acusación popular de la Asociación Política Los Verdes de Andalucía se insta que para el supuesto de un pronunciamiento condenatorio en su caso, se determine las bases para cuantificar los perjuicios irrogados por los acusados como consecuencia de su actuar delictivo.

La acción civil «ex delicto», de los artículos 1089 y 1092 del Código Civil (LEG 1889\27) remiten para su regulación al Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), en su aspecto sustantivo, artículos 19 a 22, 101 a 108 y 111, se encuentra también contemplada en numerosos preceptos de Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), artículos 100, 106 a 117 y 615 a 621, entre otros, así como el 761 en cuanto a la forma de su ejercicio en el Procedimiento Abreviado. Por ello, la doctrina científica y la jurisprudencial han manifestado reiteradamente la naturaleza privada de esta acción, como prueba el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en que se permite la renuncia del perjudicado y los artículos 110 y 111, en cuanto a su ejercicio simultáneo en el proceso penal o la reserva para hacerlo en otro proceso civil posterior, lo que le ha llevado a proclamar que son de aplicación los principios rectores del proceso civil, particularmente, los de rogación, congruencia -artículos 742 LECrim y bilateralidad, con las particularidades y matizaciones derivadas del proceso penal en que se actúa, en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 marzo 1987 (RJ 1987\2185), 13 febrero 1989 (RJ 1989\1555), 25 enero 1990 (RJ 1990\504), 14 marzo 1991 (RJ 1991\2139), 22 julio 1992 (RJ 1992\6696) y 22 mayo 1993 (RJ 1993\4232)-. «De ahí que lo verdaderamente importante en esta materia es que la sentencia en aras del respeto a los principios acusatorios que la sentencia guarde la debida congruencia con las peticiones oportunamente deducidas en el juicio por las partes, al objeto de observar adecuadamente el principio de congruencia y el derecho a la defensa, tan íntimamente ligados, artículo 24.1 de la Constitución Española (RCL 1978\2836) (y, y que la resolución judicial dé cumplida respuesta a las cuestiones planteadas, de conformidad lo dispuesto en los artículos 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [RCL 1985\1578 y 2635]). La congruencia, según la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, no es sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, sin que tal ajuste haya de ser literal, sino racional y flexible, lo que permite la agregación de extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a su efectividad, dejando resueltos todos los puntos que fueron objeto del debate y de la prueba, guardando las sentencias debida concordancia con lo solicitado, concordancia que impide dar más de lo pedido, distinto de lo pedido o dejar sin decidir alguna petición».

En el supuesto de autos la parte se limita a decir que sea este Tribunal quien determine las bases para cuantificar los perjuicios. Conforme a la doctrina expuesta, no es posible pues se vulneraria el principio acusatorio y especialmente el de rogación si este Tribunal entrase a cuantificar o a establecer que criterios se ha de seguir para su determinación. No se ha acreditado que clase de perjuicio se ha causado (cuestión que correspondía a quien los reclama). Tampoco se especifica quienes sean los beneficiarios de la cuantificación de tales perjuicios. En su escrito de calificación refiere a terceros, pero en

cualquier caso son indeterminados. Por tanto a la luz del principio acusatorio que rige en el derecho procesal penal, y el principio de rogación y congruencia al que hemos hecho referencia anteriormente, este Tribunal no puede hacer tal pronunciamiento ya que sería incongruente su resolución. Sin que sea posible que el Tribunal valore por si mismo que clase de perjuicios se irrogaría y a quienes.

Por el Ministerio Fiscal, la representación de izquierda unida los Verdes Convocatoria por Andalucía, y la representación de la Asociación Política los Verdes de Andalucía, instaron en sus respectivos escritos de acusación definitivos, la declaración de nulidad de:

Acuerdo de concesión a Moansa, SA de licencia de obras al proyecto básico para la construcción de seis viviendas familiares en la urbanización "huerta Belón" adoptado por la comisión de gobierno Municipal de fecha 20 de diciembre de 1996.

Acuerdo de concesión a Moansa, SA de licencia de obras y aprobación del proyecto de ejecución para la construcción de 6 viviendas pareadas en la Urbanización Huerta Belón adoptado por la comisión de gobierno de fecha 7 de diciembre de 1997.

Consideramos que la Sala es competente para decretar la nulidad de las licencias urbanísticas siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo en fecha 18 de enero de 1994 (RJ 1997\6482) en la que exponía "Los actos administrativos constitutivos de delito ingresan en el Derecho Penal y han de ser los Tribunales de este orden jurisdiccional quienes determinen, a estos efectos, las consecuencias de su condición delictiva (vid. art. 4 LJCA [RCL 1956\1890]), que declara, en estos casos, la competencia exclusiva de los Tribunales penales, el art. 3 y 7 LCR (LEG 1882\16). Que regulan las cuestiones prejudiciales, y el art. 10 LOPJ (RCL 1985\1578 y 2635). Ciertamente que el tema es complejo y acaso ha de situarse, no en sede de competencia para declarar la nulidad, que no parece ofrecer duda, sino en orden a sí al declararla se ha producido indefensión para el Excmo. Ayuntamiento y para las personas físicas que, al amparo de las resoluciones declaradas nulas, pudieron adquirir determinados derechos, con lo que hubiera habido que hacer unos llamamientos genéricos a cuantas se considerasen perjudicadas. El art. 3 LCR. declara que, por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. El Tribunal de instancia, a estos efectos, hubo de situarse, de ello no cabe duda, en la posición del Juez C-A a fin de precisar que grado de desviación se había producido entre el Ordenamiento jurídico relativo al Urbanismo y las resoluciones administrativas correspondientes y, convencido de la profunda disociación entre aquél y éstas, declara que se ha producido un delito continuado de prevaricación y, en consecuencia, la nulidad de tales acuerdos. Se trata de actos nulos de pleno derecho, conforme al art. 47.1º bis LPA (RCL 1958\1258, 1469 y 1504 y RCL 1959, 585), entonces vigente, solución conforme con la vigente L 30/1992, de 26 noviembre (RCL 1992\2512 y 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, cuyo art. 62.1º d) establece la nulidad de pleno derecho de los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de

ésta (una remisión a la teoría general de la ineficacia del negocio jurídico: inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión, es obligada en este momento). "Porque un Tribunal penal no puede, en absoluto dejar de pronunciarse sobre una petición que procesal y correctamente se le formula, ni puede ceder esta decisión en favor de otra jurisdicción, que no actúa de oficio, sino a petición de los interesados, incluida la Administración, de donde podría generarse el contrasentido de que decisiones calificadas jurisdiccionalmente de injustas y, por consiguiente, de delictivas, produjeran todos sus efectos (vid. art. 117.3º CE [RCL 1978\2836])".

Descendiendo al caso que nos ocupa es evidente que siguiendo dicha doctrina se consideran nulos aquellos actos administrativos que sean constitutivos de infracción `enal. Las Licencias urbanísticas concedidas a la entidad Moansa, SA así han sido calificadas y por ello corresponde hacer en esta sede el pronunciamiento De declaración de nulidad de las mismas.

Por tanto entendemos que procede la declaración de nulidad de la licencia de obras, al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 10 y L.E.Cri. art. 3 a 7 y esta Sala es competente para resolver sobre ello, sin que sea necesa2io ¥c5dir a otra jurisdicción.

Resta por referirnos concretamente a la petición de demolición instada por Izquierda Unida los Verdes convocatoria por Andalucía, puesto que el Ministerio Fiscal no lo solicitó, y por Asociación Política Los Verdes por Andalucía, reclamó determinada cantidad de dinero para proceder a la demolición y sin embargo no insta expresamente la demolición.

La primera cuestión a plantearse es la posibilidad o no que desde esta jurisdicción se acuerde la demolición de las viviendas.

Es indudable que al amparo de lo dispuesto en el art. 339 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) es admisible la decisión de demolición o cualquier otra medida que tenga por objeto restaurar el orden urbanístico perturbado cuando atendiendo a las circunstancias concretas del caso se considere oportuno su adopción.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta declaración parece evidente que es una consecuencia específica y facultativa, como parte de la reparación del daño a la que se refiere el art. 113 CP.

El efecto lógico en este tipo de delito es la declaración de nulidad de la licencia, así como proceder a su demolición, como la forma normal de reestablecer el orden urbanístico perturbado, pero en el caso sometido a consideración de la Sala ello no es posible. Decimos que no es posible puesto que no han sido llamados al proceso los terceros adquirentes de las viviendas, que pueden resultar afectados en sus derechos, por cuanto no han sabido del proceso o que no hayan podido mostrarse como partes en el mismo.

Consecuencia de lo anterior no es posible en esta jurisdicción acceder a la petición de demolición instada por la Acusación popular, por afectar presuntamente a terceros que

no han sido oídos en la causa, ni tan siquiera han tenido oportunidad de intervenir.

OCTAVO.- En cuanto a las penas a imponer, concurriendo una circunstancia atenuante de responsabilidad penal de dilaciones indebidas, el arco penológico es más limitado debiendo imponer la pena en su mitad inferior. Ahora bien pese a ello entendemos que no se debe poner el mínimo y ello teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, las circunstancias de los acusados y la naturaleza y extensión de las penas legalmente previstas, este tribunal considera justas y proporcionadas, en cuanto al delito de prevaricación urbanística ya definido, imposición de una pena de doce meses de prisión.

Ello en base a que el delito o cometido reviste ciertamente gravedad dada la vulneración que supuso del las normas reguladoras de la ordenación del territorio en un punto de vital importancia, así como por la frecuencia de los comportamientos irregulares. No olvidemos que se lesiona en mayor o menor medida a toda la colectividad por el mal uso que los acusados han hecho de las prerrogativas que como poder electo tenían. Al igual que no podemos perder de vista la distorsión que de la función pública urbanística que revela la actuación de los acusados. Todo ello nos aboca a la imposición de la pena privativa de libertad y en la extensión que hemos hechos referencia.

Por aplicación de lo dispuesto en el art. El art. 42 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

En el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18-1-2001 (RJ 2001\5683), se dice que las expresiones utilizadas por el legislador (empleo y cargo público), hay que entenderlas en sus exactos y actuales términos. Empleo es la relación que el sujeto tiene con el empleador, que en el caso de cargos públicos, no es otro que la Administración del Estado considerada en términos generales. El concepto de cargo es más anfibológico y viene a ser considerado, desde la perspectiva del puesto o función pública que se desempeña, pero al mismo tiempo el cargo se desempeña en función de la relación de empleo de que se disfruta.

El concepto de empleo se aplica exclusivamente para los funcionarios públicos, mientras que el cargo es el adecuado para definir la situación de los que, sin el carácter o condición de permanencia y continuidad, ostentan una función pública por elección o por cualquier otra circunstancia transitoria.

Respecto de su naturaleza, es una pena única, aunque tenga dos efectos: la privación del empleo o cargo sobre el que recae, y la imposibilidad de obtenerlo durante el tiempo marcado por la Ley (en este sentido, véase Auto del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 2001 [RJ 2001\5555]).

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha reivindicado una concreción de la pena privativa de derechos impuesta, incluso tildando de ambigua la

mera trascripción del precepto -entonces 36.2 del Código Penal de 1973 [RCL 1973\2255]- que hacía imposible su ejecución judicial por falta de determinación de la pena. Por ello el legislador de 1995 (art. 42), añadió al art. 36 la frase "en la sentencia habrá de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación" pues era una exigencia jurisprudencial -basada en una interpretación restrictiva de la pena- la necesidad de determinar en el fallo de la sentencia qué cargos y honores quedaban restringidos por la pena impuesta. Esa concreción ha de realizarse sobre los empleos o cargos que resultan afectados por la actuación considerada injusta, esto es, ha de analizarse la conducta desplegada y ha de proyectarse sobre la penalidad a imponer, teniendo en cuenta que sólo el juez o tribunal sentenciador pueden concretar la pena en el fallo de la sentencia para su ejecución por el juez de la ejecutoria.

Doctrinal y jurisprudencialmente (Sentencia 224/2001, de 12 de febrero [RJ 2001\1237]) se ha criticado en ocasiones el recurso a la analogía en una materia afectada por el principio de legalidad en las penas. Aunque el Código responde a este principio en todo su articulado, en este tema ha optado por dotar al sistema de imposición de las penas de una mayor eficacia posibilitando que judicialmente se concrete el alcance de la pena de inhabilitación especial dada la pluralidad de supuestos que pueden concurrir, desde relaciones de sujeción distinta a la funcionarial, situaciones de excedencia, etc., siempre que la pena impuesta guarde relación con la profesión desde la que se realza la conducta delictiva.

De manera que es preciso especificar el empleo o cargo público a que afecta la inhabilitación especial impuesta. Así lo ha entendido la jurisprudencia (Sentencias de 27-9-1993 [RJ 1993\6999], 3-5-1990 [RJ 1990\3672] y 18-10-1993 [RJ 1993\7535]), en el sentido de que la sentencia condenatoria deberá concretar los cargos o empleos públicos de que se verá privado el acusado en virtud de la pena de inhabilitación especial para cargo público, debiendo ceñirse básicamente a aquellos cargos en los que abusa de sus funciones con motivo de la perpetración del delito (Sentencias 756/1999, de 4 de mayo [RJ 1999\4954], y 1463/1998, de 24 de noviembre [RJ 1998\8980]).

Por tanto en el presente caso los acusados deberán ser condenados a la pena de inhabilitación especial para cargo electo como miembro de la Corporación Local por período ocho años.

NOVENO.- Por aplicación de los artículos 123 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) y 240 de la L. E. Criminal (LEG 1882\16) las costas son de imponer a los acusados con exclusión de las devengadas por las acusaciones populares.

No es posible incluir esta últimas pues ".. como reiteradamente dice la JurisprudenciA de esta Sala (SST de 6 de abril [RJ 1989\3024M y 4 de mayo de 1989 [RJ 1989\4049], 15 de marzo de 1990 [RJ 1990\2489], 12 de marzo de 1992 [RJ 1992\2442], 21 de febrero de 1995 [RJ 1995\1417] o 2 De febrero de 1996 [RJ 1996\788], por ejemplo), a partir de la propia literalidad del referido precepto (art. 240.3 LCR), la legitimación que el artículo 125 d% la Constitución (RCL 1978\2836) confiere a cualquier ciudadano para su personaci³n, ejercitando la Acción Popular en el procedimiento penal, no conlleva, puesto que no se está ejercitando acción directamente derivada de la comisión

del concreto delito enjuiciado, la imposición al condenado del pago de las costas ocasionadas por esta parte, que no se derivan, en realidad, del ejercicio de acciones por parte de los directamente perjudicados, como es el caso de las Acusaciones Particulares, a las que, en exclusiva, hay que referir el citado artículo 240 de la Ley adjetiva y el 241, que define el contenido de las costas..". - Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002 [RJ 2002\9859]

Respecto a las causadas en esta instancia procede declarar de oficio las costas originadas en su tramitación, conforme posibilita el número 1º del artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los preceptos citados; los artículos 142, 145, 146, 147, 149, 741, 795, 796 y 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 82, 248, y 253 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y demás normas de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS:

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, por la Procuradora Doña Ana María Rodríguez Fernández en nombre y representación de Izquierda Unida los Verdes Convocatoria por Andalucía, y del Procurador Don Miguel Fortuny de los Ríos en nombre y representación de la Asociación Política los Verdes de Andalucía, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Penal núm. Dos de Málaga en el Procedimiento Abreviado núm. 379/01, del que dimana el presente Rollo, la que debemos revocar y revocamos, y en su consecuencia: Condenamos a Eugenio; Gabino; Virginia;; Bernardo; Carlos Alberto, Héctor, Jesús Carlos y a Benedicto como autores responsables de un delito consumado contra la ordenación del territorio en su modalidad de prevaricación urbanística, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de responsabilidad penal de dilaciones indebidas, a las penas para cada uno de los mencionados de DOCE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y con abono del tiempo de privación de libertad que hayan podido sufrir preventivamente por razón de estos hechos, salvo eventual abono previo en otras responsabilidades, INHABILITACIÓN ESPECIAL para el cargo público de Concejal, y/o Alcalde u otro análogo y honores que lleve aparejados por tiempo de ocho años

Asimismo se imponen a los antedichos Eugenio; Gabino; Virginia; Bernardo; Carlos Alberto, Héctor, Jesús Carlos y Benedicto las costas causadas en el presente procedimiento en una novena parte a cada uno de ellos, con exclusión de las devengadas por las acusaciones populares.

SE DECRETA la nulidad de pleno derecho de las licencias de obras otorgada a la entidad "MOANSA S. A".

REMÍTASE, mediante atento oficio, testimonio de la presente, una vez firme, a la Sala en Málaga de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de

Andalucía, Ceuta y Melilla a efectos de constancia de la presente y de la declaración de nulidad de la licencia en sus autos de recurso Contencioso-Administrativo número 1583/1998 (JUR 2004\101423).

REMÍTASE testimonio, una vez firme, al Excmo. Ayuntamiento de Marbella, a la Junta Electoral de Zona de Marbella, a la Junta Electoral Provincial de Málaga, a la Junta Electoral Central y Oficina del Censo Electoral a los efectos de ejecución de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público dictada.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe otro recurso que el extraordinario de revisión.

Dedúzcase testimonio y remítase, junto con el procedimiento principal al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente que la dictó. Doy fe.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 94/2006 Salamanca (Sección 1), de 29 diciembre

SENTENCIA NUMERO 94/06

En la ciudad de Salamanca, a veintinueve de diciembre de dos mil seis.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación las Diligencias núm. 108/05, del Juzgado de lo Penal número 2 de Salamanca, dimanante de Diligencias Previas núm. 345/04, instruidas en el Juzgado de Instrucción de Peñaranda de Bracamonte, sobre delito CONTRA EL MEDIO AMBIENTE Y PREVARICACIÓN.- Rollo de apelación núm. 49/06.- contra:

Valentín, nacido el día 16 de abril de 1948, hijo de Manuel y de María, natural y vecino de Villaflores (Salamanca), C/ DIRECCION000 núm. NUM000, con DNI número NUM001, representado por la Procuradora Dª Mª Ángeles López Medina y defendido por el Letrado D. Fernando García-Delgado García,

Carina, nacida el día 1 de febrero de 1963, hija de Justo y de Josefa, natural y vecina de Villaflores (Salamanca) C/ DIRECCION001, núm. NUM002 NUM003, con DNI número NUM004, representada por el Procurador D. Ángel Martín Santiago y defendida por el Letrado D. Lorenzo Fuentes de Antonio, y contra

Franco, nacido el día 5 de agosto de 1957, hijo de Juan y de Casilisa, natural y vecino de Villaflores (Salamanca), C/ DIRECCION001, núm. NUM002 NUM003, con DNI número NUM005, representado por el Procurador D. Ángel Martín Santiago y defendido por el Letrado D. Lorenzo Fuentes de Antonio.

Todos ellos con instrucción, sin antecedentes penales, de solvencia o insolvencia no acreditada, sin haber estado privados de libertad por esta causa.

Han sido partes en este recurso, como apelante Flor representada por la Procuradora Dª Ana María Garrido Martín, bajo la dirección del Letrado D. Luis Francisco Nieto Guzmán de Lázaro; como adherido parcial: EL MINISTERIO FISCAL, y como apelados Valentín representado por la Procuradora Dª Mª Ángeles López Medina y defendido por el Letrado D. Fernando García-Delgado García y Franco representado por el Procurador D. Ángel Martín Santiago y defendido por el Letrado D. Lorenzo Fuentes de Antonio, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Emérito DON LUCIANO SALVADOR ULLAN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de marzo de 2006, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Salamanca, se dictó sentencia en el procedimiento de referencia

que contiene el siguiente FALLO: "Absuelvo a los acusados Carina Y Franco de un DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE y al acusado Valentín de un DELITO DE PREVARICACIÓN y declaro las costas de oficio.

SEGUNDO.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Dª Ana María Garrido Martín, en nombre y representación de Flor, solicitando se dicte sentencia revocando la recurrida y se condene a Carina y Franco por un delito contra el medio ambiente del artículo 325 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) a la pena de dos años y seis meses de prisión, multa de doce meses a razón de 12 euros diarios e inhabilitación para el oficio de la hostelería durante un año y seis meses, con la clausura del bar "La Plaza" por el mismo tiempo, y a Valentín por un delito de prevaricación del artículo 329 CP en relación al 325 y 404, a la pena de multa de doce meses a razón de 12 euros e inhabilitación para empleo o cargo público por un tiempo de 8 años, y a que indemnicen los tres conjunta y solidariamente a Flor en la cantidad de 30.000 euros por los daños físicos y morales, y en 986 euros por los gastos de medición acústica privada y 298,9 euros por los de las consultas a Psicóloga generados a resultas de las molestias por ruidos, y que se impongan a los acusados las costas; solicitando además la celebración de Vista para practicar prueba testifical y documental. Por el Ministerio Fiscal, se interesó la celebración de la vista oral, se revoque la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 y en su lugar se dicte otra condenando a Carina y Franco como autores de un delito contra el medio ambiente a las penas de un año de prisión multa de doce meses con una cuota diaria de doce euros e inhabilitación especial para regentar establecimientos públicos tipo bares, restaurantes, etc, y las costas del procedimiento. Por Valentín se interesa la desestimación del recurso, la confirmación íntegra de la sentencia e imposición a la parte apelante de las costas. Por Carina y Franco se interesa también la confirmación íntegra de la sentencia y la desestimación del recurso planteado.

TERCERO.- Recibidas que fueron en esta Audiencia Provincial referidas diligencias, señalándose Vista, que tuvo lugar el día 7 de noviembre de 2006, interesando el Ministerio Fiscal la condena por el delito ecológico de contaminación acústica, seguidamente la acusación particular mantiene lo argumentado en su escrito sobre delito ecológico, concluyendo con el delito de prevaricación del Sr. Alcalde por omisión y por acción y el principio de intervención mínima del Dº Penal y el cauce procesal en relación con el artículo 45 de la Constitución y 325 y 329 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777). Las defensas solicitan la confirmación de la sentencia del Juzgado de lo Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelante denuncia en el primero de los motivos de su recurso una errónea valoración de la prueba relativa a los ruidos emitidos por un bar construido

"pared con pared" al dormitorio de su vivienda que le producen molestias graves y persistentes y le han causado un daño psicológico.

Aduce, en primer término, la omisión de toda referencia en la sentencia impugnada a la valoración del testimonio de la víctima. Si con dicha alegación trata la impugnante de poner de manifiesto la inexistencia de un apartado especial en la resolución a toda actividad realizada por ella en relación con los hechos enjuiciados, no dejaría de tener algún fundamento su denuncia. No obstante, sí que existen concretas referencias a esa actividad en el texto de la sentencia, y a la apreciación que de ella hace la juzgadora. "La Sra. Flor de lo que se queja es de otro tipo de ruidos como los de sillas y mesas, vasos, conversaciones y voces y no de la música; así, en su queja por ruidos presentada al Ayuntamiento en fecha 2-5-02 (Doc. 32 del Expediente del Ayuntamiento) -y por tanto, antes de realizarse la segunda medición por la Diputación- manifiesta "se oían toda clase de ruidos: conversaciones, sillas y mesas, vasos, etc. Debido a la deficiente insonorización..." Y en el acto del juicio manifestó la Sra. Flor que después de lo realizado como consecuencia de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo "se siguen oyendo ruidos de monedas, sillas, voces y de la cafetera". Atiende, pues, la sentencia a una declaración y una percepción sensitiva, como tal subjetiva de la perjudicada para ponerla en relación con los datos objetivos del destino del bar y la distinta clase de ruidos producidos en su interior, que vienen a constituir el presupuesto fáctico de la decisión. En este sentido, la subjetividad de una manifestación en razón a toda una serie de circunstancias concurrentes en la naturaleza humana, puede quedar oscurecida, desfigurada e incluso anulada en su contenido y consecuencias por datos de carácter objetivo que, según los casos, podrán o imponerse, o tener una prevalencia particular, bien por los datos proporcionados por la técnica, bien por unas máximas de experiencia dadas por la realidad social de un lugar y tiempos determinados. En este último aspecto, no puede desconocerse que el bar emisor de los ruidos está ubicado en un núcleo rural -unos 300 habitantes-, responde a las características de un normal bar de pueblo, bien lejano a las características de una discoteca, disco-bar, sin que ni siquiera en fines de semana sea el centro de diversión de la comarca.

La recurrente insiste en la omisión por la juzgadora de la valoración de su testimonio cuando constituye "prueba de cargo suficiente por sí mismo para alcanzar una sentencia condenatoria cuando se cumplan los requisitos establecidos a tal efecto como los de la existencia, verosimilitud o inexistencia de motivos espurios".

La concurrencia de los anteriores requisitos en la declaración de la víctima-testigo, en la forma planteada, no constituye ni puede constituir, prueba incriminatoria con un valor absoluto capaz de prevalecer por sí misma a todo el conjunto del material probatorio, incluso sobre aquellas probanzas que de manera indubitada puedan estar en contradicción con las manifestaciones vertidas. Por otra parte, esa especialización de la "declaración de la víctima" supondría tanto como la eliminación de cualquier otra prueba en contra del principio de igualdad, con postergación, por ende, de la declaración de los acusados que nada impida que puedan gozar de iguales atributos, pues aunque las posiciones y obligaciones de víctima y acusado en el proceso serán distintas, ambos son personas interesadas en el mantenimiento de una determinada versión de lo ocurrido (STS 30-6-05 [RJ 2005\9440]), de ahí que, como afirma el Tribunal Supremo, aunque la

declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para demostrar la presunción de inocencia, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada en la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a efectos de su valoración como una prueba más, por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba (STS 10-5-05 [RJ 2005\6585]). En este sentido, la declaración de la víctima, según reiteradas declaraciones jurisprudenciales, habrá de ser valorada con cautela pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión, máxime cuando su testimonio es la noticia de delito y con mayor razón aún cuando se persona en la causa y no solo mantiene una versión determinada de lo ocurrido, sino que, apoyándose en ella, sostiene una pretensión punitiva.

Por otra parte, y en la misma línea argumental, las declaraciones judiciales en torno a la apreciación y fuerza probatoria de la declaración de la víctima-testigo, no es idéntica, ni siquiera asimilable, en toda clase de delitos, ni en relación a los demás medios probatorios. No podrá ser igual en aquellos delitos que se producen en un marco de clandestinidad o exclusivamente interpersonal, de aquellos otros en que la publicidad, los medios empleados, los signos externos, la dinámica comisiva, e incluso, la declaración de la víctima puesta en relación con el resultado, deja o presenta un acervo de vestigios patentizados de las circunstancias concurrentes de la acción puesta en práctica desde el inicio hasta la consumación del delito. Por tanto, la declaración de la víctima constituirá una prueba más al lado de las demás propuestas y practicadas, sin tener carácter privilegiado alguno en buena parte del catálogo delictivo. En todo caso, según jurisprudencia reiterada del TC será preciso que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba ejecutados en el juicio oral, contradictoriamente, prueba que necesita ser adquirida y practicada en la forma que regula la Ley procesal criminal, de suerte que la convicción judicial se obtenga con absoluto respeto a la inmediación procesal y que esta actividad y convencimiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable. En armonía con esta doctrina, el Tribunal Supremo tiene manifestado que no es necesario que hayan de cumplirse unos determinados requisitos rígidos para que la declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo, sino que simplemente se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba a aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso desde puntos de vista objetivos. Por tanto los requisitos de persistencia, verosimilitud e inexistencia de móviles espurios, no pueden ser usados, lo que no es infrecuente, como si de prueba legal se tratase, asociando, mecánicamente y sin más, a su presencia la veracidad del contenido de un testimonio, pues lo único cierto es que aquellos, dice nuestro alto Tribunal, no pueden tener otra actitud que la de operar en negativo, es decir, para fundar el rechazo del resultado de una testifical cuando lo aportado por la misma sea inverosímil, haya buenas razones para creer que estuvo movida por un interés ajeno a la verdad, o presente verdaderas incongruencias o contrariedades (STS 30-12-05 [RJ 2006\666]).

Una vez precisado el alcance probatorio de la declaración de la victima en el proceso penal será necesario el examen del testimonio de la querellante en la presente causa. Ese análisis habrá de hacerse tanto de la declaración en sí misma como en relación a los demás aspectos de los hechos enjuiciados. Conviene, así, poner de relieve tanto la preocupación de dicha querellante por la apertura de bar, como su especial sensibilidad para los ruidos. Esa preocupación le lleva a advertir a Carina -dueña del establecimiento- cuando se enteró de su intención de la instalación del bar, a que tuviese cuidado, así como a interesar del Ayuntamiento de Villaflores el cumplimiento de la normativa vigente en cuanto a aislamiento acústico, una vez que como vecina le fue notificado el expediente de la apertura del bar. La explotación del bar le lleva a una serie de escritos y denuncias -Ayuntamiento, Guardia Civil, Defensor del Pueblo, medios de comunicación- no solo sobre la existencia de los ruidos, sino sobre incumplimientos de horario, hasta solicitar la clausura del mencionado establecimiento. La labilidad para los ruidos, hace que los sienta antes incluso de la apertura, los denuncia a los ocho días de esta, y a lo largo de todo el curso de la contienda que ha tenido con los dueños y el Ayuntamiento, y, también, después de realizadas las medidas correctoras como consecuencia de la sentencia que sobre este asunto se siguió ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Ante este estado de cosas relatado por Flor cabría preguntarse, si quiere -como antes de la instalación de la industria "pared con pared" a su vivienda y dormitorio-, oír los ruidos de la soledad de la noche de un pueblo en la meseta, o si lo que realmente percibe es el bullicio de vecinos de Villaflores en el empleo de su ocio. Tampoco aparece con absoluta claridad los tiempos de la intensidad acústica sentida por Flor. Tanto de sus manifestaciones en el Juicio Oral como en la Vista celebrada en la Audiencia, pudiera entenderse el mantenimiento de la persistencia por igual de los ruidos en las mismas horas de todos los días de la semana con la consecuencia de la perturbación interrumpida del sueño. Sin embargo, son varios los momentos en que la denunciante limita esa perturbación a los fines de semana y festivos. Ni que decir tiene que puede esperarse con angustia la llegada de esos días ante la perspectiva de la imposibilidad de conciliar el sueño, pero por contra, cabrá alegarse la existencia de cinco o cuatro días como espacio temporal suficiente para la recuperación y el descanso normal. Frente a estas apreciaciones, no tendrá escasa importancia la falta de aportación a la causa por la denunciante de un determinado informe sobre medición de los ruidos practicados a su instancia. No oculta la querellante que esa primera medición no superaba los límites, pero, sí, en cambio, sustrae su examen tanto a las partes como al órgano jurisdiccional con desconocimiento de las causas motivadoras de tal comportamiento, que podrán ser inocuas, pero, lógicamente, con la consecuencia de la siembra de alguna incertidumbre. No existe constancia del tiempo en que fue realizada, circunstancias en que se produjo o medición de los ruidos en decibelios. No alcanzará esta ocultación un indicio en contra de la veracidad de los hechos denunciados, aunque en esta clase de asuntos no se puede descartar de forma tajante las pruebas indiciarias que en un conjunto de las existentes puede llegar a la determinación de la existencia del delito (en este sentido STS 19-10-06 [RJ 2006\8364]) al lado de la declaración de la víctima. Sin embargo, en el caso enjuiciado, fuera de las persistentes denuncias de la Sra. Flor no ha sido formulada por cualesquiera otros vecinos del pueblo de Villaflores quejas sobre la contaminación acústica producida en el municipio por el bar. El lógico conocimiento público de la controversia en un pueblo pequeño, y, de ser cierta la afectación de los ruidos en mayor o menor medida a la colectividad o a un cierto número de habitantes, podría haber llevado a estos, aunque

solo fuera en aras a la solidaridad a hacer causa común con Flor en su particular contienda. Por otra parte, deductivamente, por la anterior circunstancia expuesta, los vecinos no han visto en peligro y agredido por el ruido del bar, el medio ambiente de Villaflores en que se desarrolla su vida diaria; tampoco existe declaración alguna de las personas convivientes con la querellante, ni que la contaminación denunciada haya producido un ataque y menoscabo de su salud, atención prioritaria de los delitos medioambientales (STS 24-2-03 [RJ 2003\950]). En síntesis, los hechos, no llegan "a convertirse en un problema de pública y notoria trascendencia", la producción de ruidos "no es palmaria e incluso clamorosa" (STS 19-10-06). No existen indicios personales que pudieran ayudar a la querellante.

Al lado de la declaración de la víctima cobran especial trascendencia los informes o dictámenes periciales, que sirven para la demostración objetiva de un determinado hecho, suceso o acontecimiento real, susceptible de ser apreciado la mayoría de veces, en su esencia, contenido y circunstancias fenomenológicas. "En los delitos medioambientales es cierto que las mediciones tienen un papel más relevante pero no son la única fuente probatoria. Por lo general los exámenes se realizan sobre muestras de sustancias sólidas, liquidas o gaseosas. En el caso de los ruidos no es posible el análisis de laboratorio, sino su medición por sonómetros." Este es el método utilizado en el caso de autos. Técnicos de la Diputación de Salamanca, a petición del Alcalde de Villaflores, ante las quejas formuladas por Flor, proceden a la medición de los ruidos con un sonómetro modelo SL-20 CLASE-I de la marca CESVA en dos ocasiones: el 23 de enero de 2001 (las peticiones del Ayuntamiento son de 4 de septiembre y 2 de octubre de 2000) y el 4 de junio de 2002. La sentencia apelada contiene una apreciación de los referidos informes: "no ha resultado probado que... el funcionamiento el bar de autos y la actividad desarrollada en el mismo, hubiera trasmitido a los dormitorios de la vivienda contigua, unos niveles de ruido superiores a los permitidos por el Decreto 3/1995 (LCyL 1995\34) y ello, porque las mediciones efectuadas en fechas 23-1-01 y 4-6-02 por técnicos de la D.P., no sirven para probar que en otras ocasiones el funcionamiento del bar y su actividad hubieran transmitido a los dormitorios de la vivienda contigua ruidos superiores a 30 db a 35db...ya que...dichas mediciones se efectuaron cuando no había actividad en el bar y fueron los técnicos de la Diputación Provincial los que simularon las condiciones de funcionamiento del bar Es por ello que esas dos mediciones efectuadas por los técnicos de la Diputación podrán acreditar que el local no cumplía el anexo 2 de la memoria de aislamiento acústico presentado por el acusado Franco y tenido en cuenta para otorgar la licencia de actividad, pero, en modo alguno, sirven para probar que cuando el bar estaba en funcionamiento el equipo de música fuera utilizado en la misma manera que lo utilizaron los técnicos, ni sirve para probar que el nivel de ruido del interior del bar cuando estaba en funcionamiento fuera de 93 db." A lo que habrá de añadirse, como la propia sentencia indica, que únicamente ha sido medida la intensidad de la música pero no los ruidos de cafetera, las monedas, las sillas, las voces de la gente, que son los ruidos de los que Flor se ha quejado siempre. En suma, los informes de los técnicos de la Diputación Provincial de Salamanca, únicamente prueban que en horario diurno, a partir de las 12 horas, en el interior del bar, y en dos dormitorios de la vivienda cercana, con pared medianera con el bar, simulando en el interior de este, con RUIDO ROSA, las condiciones más desfavorables de funcionamiento, se obtuvieron unas mediciones que sobrepasaron los límites permitidos. No ha sido justificado, en cambio, ni hay prueba alguna, sobre la

intensidad de los ruidos del bar -música, cafetera, sillas, vasos...- un día o una noche cualquiera. Únicamente podría aducirse el contenido del informe del laboratorio de Ingeniería y Servicios de Acústica, Iberacústica, SL Este informe no está exento de crítica. A diferencia de los informes elaborados por los técnicos de la Diputación de Salamanca en los que al tiempo de realización de la medición estaban presentes el alcalde de la corporación de Villaflores y las propietarias de la vivienda y del bar, de ese particular informe no se da noticia alguna a los imputados en esta causa al tiempo de la toma de muestras a fin de que puedan participar e incluso fiscalizar la operación, y tampoco tienen conocimiento directo del resultado por la participación que de él podría haberle dado Flor. Además, el técnico de la empresa controladora no lo es en acústica, sí en telecomunicaciones y sistemas informáticos. Su función, según sus manifestaciones, es la transcripción en un papel de los datos configurados por la máquina siendo supervisado el resultado por el director de laboratorio que al parecer tiene el título de ingeniero industrial. "Así como en los casos de contaminaciones por otros medios, es necesario que se garantice al imputado la posibilidad de contradicción y defensa" dice el TS en sentencia reciente en un supuesto de ruidos de características muy poco coincidentes con el caso ahora enjuiciado. Si Flor lleva un tiempo de conflicto enconado con los hosteleros y el alcalde de Villaflores por el motivo del bar y si sabía de la conveniencia de la presencia de estos en la medición privada, como ella y su representante lo estuvieron en la pública de los técnicos de la Diputación, aunque solo fuera por deferencia debió invitarlos y tener una ocasión más para solucionar el conflicto, y, también, como garantía de sus derechos, y no hacerles saber por sorpresa de una medición tan desfavorable con la presentación de una querella.

Por último, el "daño psicológico", la salud de Flor no puede ser elevada a categoría para fundar exclusivamente en él un reproche penal al titular del establecimiento en que se producen los ruidos. La pertinencia en sus quejas ante el alcalde de Villaflores, la Junta de Castilla y León, el Defensor del Pueblo, Servicio Territorial de Medio Ambiente, Medios de Comunicación -prensa y televisión-, la Guardia Civil, indican la instauración de una idea permanente en la eliminación de los ruidos, que, pese a su notable esfuerzo no ha podido erradicar, aún después de ejecutada la sentencia del juzgado de la C-A en la que era condenado el Ayuntamiento al llevar a cabo las actuaciones municipales precisas para determinar que en el citado bar se han de realizar las obras necesarias para lograr el completo aislamiento del ruido respecto a la vivienda colindante de la actora, incoando, a tal efecto, el expediente correspondiente conforme a la normativa vigente. El trastorno de ansiedad generalizado con trastorno depresivo del que ha sido diagnosticada Flor tiene su origen en la imposibilidad del descanso prácticamente diario, unido a la situación personal de dependencia e impotencia para solucionarlo. Elocuente es el texto de la queja presentada al Servicio Territorial de Medio Ambiente en fecha 25-4-02, concluye: "llevo un mes tomando pastillas para dormir, mi madre no quiere que las tome, se aflige: no me sientan bien y me paso el día atontada y adormilada, pero no aguanto más, no se que hacer, a quien recurrir. ¿Quiero dar pena? Sí, quiero dar pena. Me doy pena". Existen dudas razonables sobre si fuera de los fines de semana y festivos Flor podrá conciliar el sueño y si a sus padres les pasa lo mismo.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no incide particularmente en la decisión que pueda dictarse en estos autos, con la salvedad del pronunciamiento relativo al Ayuntamiento al que antes se ha hecho referencia, pero sin carácter

vinculante para la resolución de la cuestión planteada. Tampoco las consecuencias que pretende extraer la querellante de la actitud de los propietarios del bar. Sus actos no han creado una determinada situación jurídica. Por contra han intentado colaborar en la eliminación de los ruidos denunciados por la querellante y han procedido de inmediato a aceptar el requerimiento del Ayuntamiento después de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

Por las razones expuestas, procede la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- Si existen mas que dudas sobre la intensidad y entidad de los ruidos y si exclusivamente afectan o han afectado a Flor, sin constancia de que hayan sido percatados por otros miembros de la colectividad del pueblo de Villaflores y consecuencias nocivas a los padres de la mencionada Flor, convivientes con ella, los hechos enjuiciados no podrán ser incardinados en el art. 325 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

Uno de los requisitos exigidos doctrinal y jurisprudencial para la creación del delito medioambiental, es la creación de peligro, es decir, la gravedad de los efectos que pueden traer aparejadas las conductas atentativas al medio (STS 17-5-03 [RJ 2003\4240]). En general, no basta con un acto de contaminación, sino que, además, es requerido un plus de lesividad consistente en la puesta en peligro de los sistemas naturales. Para el reproche penal, pues, no bastará las infracciones genéricas de disposiciones administrativas, sino solamente las conductas ilícitas con consecuencias dañosas para el ambiente. Se ha distinguido entre valor de contaminación que cuando es superado supondrá una infracción administrativa, y valor límite o intolerable que suponiendo una alteración grave de los elementos ambientales, una vez rebasada determinará el delito medioambiental. En último término, es la gravedad la pieza clave que permitirá la fijación de los límites entre la infracción administrativa y la penal ya que solo podrán ser considerados como conductas típicas las que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales por exigencia del art. 325 del CP. Este elemento de gravedad de los efectos conlleva una ponderación, interpretación, tanto de los contenidos de gravedad, como de peligro. Semánticamente grave es lo que se produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor, y, por lo mismo, es eminentemente circunstancial STS 30-1-02 [RJ 2002\3065]). La jurisprudencia para determinar el tipo medio de gravedad ha acudido a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como las condiciones naturales del ecosistema, que incluye, por tanto, la GEA, la fauna y la flora puestas en peligro, que pueden actuarse tanto por emisiones como por inmisiones (STS 27-1-99 [RJ 1999\826] y 25-10-02 [RJ 2002\10461]).

No debe perderse de vista en este tipo de delitos la naturaleza del bien jurídico protegido y la sistemática del Código Penal. En este cuerpo legal están encuadrados en el Libro II, en el Título XVI, Capítulo III, bajo la rúbrica De los Delitos contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, bien lejos por tanto en lugar y contenido de los delitos en que la pretensión alcanza a bienes jurídicos individualizados. La STC de 26 de junio de 1995 (RTC 1995\102) define el Medio Ambiente como "la asociación de

elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida reales o irreales de las personas y de las sociedades".

Ahora bien, si el ruido como declara la STS de 24 de febrero de 2003 (RJ 2003\950) aparece expresamente recogido en el art. 325 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) como una de las fuentes o medios que puede perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y la salud de las personas; si es reconocido como factor psicopatógeno por el TC en el recurso de amparo 4.214/88; y si una contaminación acústica intensa y saturada constituye una fuente de lesión para los habitantes de una determinada zona, caso Moreno contra España STEDH de Estrasburgo de 19 de noviembre de 2004, surge la cuestión de la incardinación del ruido cuando agrede a una persona determinada y en un concreto lugar.

"Si la protección de la morada, en cuanto proyección de la personalidad del individuo en el espacio, encuentra su punto culminante en el Derecho Penal en el que mediante la tipificación del allanamiento, artículo 202, y la circunstancia agravante décimo sexta del artículo 10 del Código DEROGADO (RCL 1973\2255) se sancionan los ataques más groseros a la paz del hogar, la defensa de los moradores, sin embargo, no puede quedar reducida, simplemente, a la violencia procedente del mundo exterior, sino que su ámbito deberá ser más amplio, comprensivo de cualquier ataque que perturbe el derecho del individuo al bienestar y paz del hogar."

"El desarrollo de las actividades más elementales de la persona en el hogar para la satisfacción de sus cotidianas necesidades vitales exige la posibilidad de su ejercicio. No bastará el que potencialmente puedan ser realizadas en su objetividad material por tener a su disposición un lugar cerrado apto para desenvolverse y cumplir sus exigencias, aspiraciones y deseos con autonomía de los demás. Al lado de esta realidad fáctica y unida a ella de modo indisoluble estará el que esas actividades puedan y deban ser cumplidas sin ingerencias extrañas por imponerlo, así, el respeto al individuo en las múltiples facetas de su vida, ya que en la estructura urbana la vivienda aislada es más difícil en la sociedad actual, la convivencia de sus habitantes, dentro de la colectividad de que forman parte, habrá de conformarse bajo el principio del recíproco respeto, que conllevará, por un lado, la tolerancia a los actos de los otros dentro de la esfera que le es propia, como consecuencia del derecho fundamental de la libertad, que no les puede ser negado; y, de otra parte, la necesaria defensa, mediante los medios adecuados, frente a comportamientos que lícitos, prima facie, puedan trastocarse en antijurídicos por la colisión con otros intereses, que, por ser más primarios y de mayor entidad, deben ser más fuertemente protegidos. Por ello, la fórmula genérica del respeto mutuo no se configura solo bajo el aspecto de ideales abstractos con cláusulas de estilo, recomendaciones éticas para la pacifica convivencia, sino que entraña un auténtico sustrato de derechos con conductas activas y pasivas capaces de ser contempladas por el ordenamiento jurídico. La reciprocidad en el respeto, generadora, por tanto, de contrapuestos derechos en contacto, supone por su propio concepto, en razón a la realidad social sobre la que se asienta, una zona tangencial en conflicto capaz de suscitar un problemática de ardua conciliación, a veces, por la dificultad de fijar la línea divisoria lo lícito y la transgresión cuando se trata de enjuiciar confluyentes conductas amparadas cada una de ellas en prescripciones concretas de Ley. En tales supuestos, el precepto aislado sustentador del derecho habrá de ser enmarcado dentro del total

ordenamiento jurídico, y la jerarquía de valores determinante de la naturaleza y trascendencia de cada uno de los derechos subjetivos en pugna, servirá de idea cardinal para armonizar y dar la solución adecuada a las controversias que puedan suscitarse."

"El planteamiento anterior, en el caso concreto de autos proyectado en la protección legítima de la morada y de sus moradores, adquiere especial importancia en la defensa del individuo en la compleja situación social en la que discurre su existencia y se ve precisado a compartir con los demás. La vida individual, en su calidad primigenia de persona, no puede quedar sacrificada en aras a intereses más o menos difusos de la colectividad, y mucho menos a otros particulares por más que se invoque una resonancia social por el beneficio económico que comporte para unos pocos o para muchos."

"Si a diferencia de las sociedades poco avanzadas con relaciones inter-individuales elementales en las que la regulación de la reciprocidad antes dicha presentaba algunos problemas, en la actual, éstos, adquieren mayor complejidad por presentarse bajo los signos de la masificación, la alta tecnificación para la producción de nuevos bienes con repercusión en derredor del lugar en que se obtiene y utilizan, y la aparición de nuevos hábitos de vida que trascienden más allá de la persona para inmiscuirse en la esfera personal y patrimonial de los que le rodean. En este sentido, la salud física y mental, la intimidad, el bienestar, el goce pacífico y tranquilo de lo suyo, el sosiego y el descanso que todos quieren alcanzar en su vivienda pueden verse afectados por las múltiples agresiones de todo tipo capaces de producirse en el exterior y en los aledaños más próximo, redundando negativamente en el último refugio que encuentra el hombre en su casa."

"Pero la consecución de los bienes antedichos no constituyen meras apetencias nacidas en la búsqueda de una comodidad egoísta, sino de auténticos derechos surgidos de la dignidad de la persona para el libre desarrollo de la personalidad siempre con respeto a los derechos de los demás en un entramado que configuran el fundamento del orden político y de la paz social, según establece el artículo 10, 1 de la Constitución Española (RCL 1978\2836). No sólo la vida, sino la integridad física y moral, la intimidad personal y familiar, la salud, el disfrute de un medio ambiente adecuado, y el de una vivienda digna, son otros tantos derechos reconocidos en nuestra Ley fundamental bajo los grandes principios de la función social y de la solidaridad colectiva a los que se subordinan la utilización de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, y, consecuentemente, la productividad."

"Los Anteriores derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, caso de ser menoscabados, necesitarán de la adecuada reparación, o exigirán la eliminación de cualquier factor que los perturbe."

"El problema surgirá cuando la integridad de esos derechos se vea afectada por el ejercicio de otros de semejante o distinta naturaleza, o exista entre unos y otros mutuas interferencias. El "alterum non laedere" será la idea informadora de la actuación del derecho propio frente al ajeno, pero no siempre será pacífico el delimitar el radio de licitud del ejercicio en términos que no produzca un perturbación dañosa en la esfera jurídica del otro. No podrá admitirse toda la fuerza expansiva del derecho, pero tampoco

podrá ser reducido a su núcleo fundamental. En no pocas ocasiones serán inevitables las ingerencias y colisiones en derechos de ejercicio simultáneo, pero mientras unas habrán de ser toleradas en razón a la propia naturaleza del derecho y facultades que le son inherentes, otras, en cambio, exigirán la sanción, tanto por el respeto al del otro, como por la extralimitación del derecho actuado. En estos supuestos la decisión de la controversia no ofrecerá dificultad. La solución vendría impuesta por la subordinación de un derecho frente a otro. No obstante, muchas veces surgirá en el contacto una zona nebulosa cuya clarificación vendrá determinada por la naturaleza del derecho, la delimitación de sus contornos, la intencionalidad del titular, y la normalidad en el ejercicio, todo ello en una relación proximidad entre distintos derechos subjetivos que han generado la teoría de las denominadas relaciones de vecindad."

Conforme a los anteriores razonamientos, el conflicto entre los intereses de Flor y Carina como consecuencia de los ruidos producidos en el bar de esta causantes de las molestias sufridas por aquella en su casa, parece más bien encuadrada dentro de la teoría mencionada de las relaciones de vecindad, en el ámbito del derecho privado, y no en el represivo del derecho penal. "Sólo ante los ataques mas intolerables será legítimo el recurso al derecho penal".

Por las razones expuestas procede la desestimación de este motivo de recurso.

TERCERO.- El tercero de los motivos del recurso combate la absolución de Valentín en su condición de Alcalde de Villaflores, del delito de Prevaricación del art. 329 en relación al 325 y 404 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), tanto por omisión al no poner en práctica sus facultades inspectoras, correctoras y disciplinarias, como por acción habida cuenta del confusionismo que produjo en otros organismos.

Para la decisión de este motivo será condición imprescindible el tener en consideración las características del municipio de Villaflores con reducido número de habitantes, escasos los servicios, y un presupuesto, lógicamente, de mínimos. En relación con el delito de que es acusado el alcalde habrá de tenerse en cuenta la actividad realizada, tanto en relación con el bar, como con las quejas de la querellante.

Tras la presentación de la oportuna licencia para la apertura de un bar -incluyendo en la memoria el "aislamiento acústico" en el Ayuntamiento de Villaflores por Franco–, es incoado expediente por dicho Ayuntamiento, con la publicación pertinente e información a los vecinos inmediatos -Sra. Flor- siendo concedida licencia de actividad el día 22-8-00.

Ante las quejas presentadas por Almudena -el 28 siguiente- y la querellante -26-9-00- el alcalde remite escritos a la Diputación Provincial de Salamanca solicitando medición de ruidos de fechas 31 de agosto y 28 de septiembre. El día 23 de enero de 2001 se procede por técnicos de la Diputación Provincial de Salamanca a la medición de los ruidos en presencia del alcalde de la corporación Valentín, de la representación de la parte afectada, D. Juan Carlos García García (abogado), y propietario del bar Carina, siendo remitido el informe correspondiente con fecha de 30 de enero de 2001.

En un informe presentado por la querellada el día 9 de febrero siguiente, son puestas en conocimiento del Ayuntamiento las medidas correctoras para la eliminación de los ruidos del bar.

Ante la petición de la querellante de 3 de mayo de 2001 solicitando información sobre la medición de los ruidos y su corrección, el alcalde requiere a Carina el día 8 de mayo siguiente para el ejecución de las obras precisas a fin de terminar con la situación bajo apercibimiento de expediente.

En contestación a otro escrito de 2 de mayo de 2002, el alcalde el día 7 le informa la solicitud de nueva medición a la Diputación Provincial de Salamanca que es remitida con fecha de 8.

El 27 de abril de 2002, Flor presenta denuncia ante el Servicio Territorial de Medio Ambiente que, remitido al Ayuntamiento, es contestada por el alcalde el 14 de mayo.

El 21 de mayo de 2002 la Junta de Castilla y León solicita del Ayuntamiento de Villaflores una nueva medición de ruidos siendo contestada el 13 de junio siguiente.

El 11 de junio de 2002 pide la Sra. Flor fotocopias de documentos relativos a los ruidos, que es contestada por el alcalde el 18 de junio.

Nuevas quejas son presentadas al Ayuntamiento el 21 de junio que son contestadas por el querellado el 25 posterior, en que entre otras cosas se le dice que SOLO SE ESTAN RESPETANDO LOS DERECHOS DE DOS PARTES ENFRENTADAS.

Una nueva acta e inspección es realizada por los técnicos de la Diputación Provincial de Salamanca el 25 de junio de 2002 en el que están presentes el alcalde, la propietaria de la vivienda y la propietaria del bar.

El 7 de julio es remitido a Carina el resultado de la medición.

Ante las quejas presentadas por la querellante los días 10 de julio y 30 de agosto de 2002 solicitando la clausura del bar y cese de actividad, y el escrito de Carina de 5 de septiembre, el siguiente día 9 es solicitada por el alcalde nueva medición a la Diputación Provincial, solicitud que es denegada con fecha de 20.

El 31 de octubre contesta el alcalde a la comunicación del Defensor del Pueblo de 18 de octubre.

El 29 de noviembre de 2002 los Servicios Técnicos de la Mancomunidad de los municipios de Cantalapiedra y Las Villas informan al alcalde sobre la licencia y cumplimiento de los requisitos legales.

El 27 de mayo de 2003 es presentada por la querellante ante el Ayuntamiento RECLAMACIÓN PREVIA solicitando la clausura del bar y el cese de la actividad, medidas que son denegadas por Decreto de la alcaldía de 18 de junio.

Presentado en 2003 y resuelto en 2004 el procedimiento Contencioso-Administrativo instado por Flor, se ha procedido en cumplimiento de la sentencia de 4 de mayo de 2004 a dotar al bar del aislamiento adecuado, para lo cual el Ayuntamiento ha procedido a llevar a cabo las actuaciones municipales precisas.

Para la decisión del motivo del recurso estudiado son expresivas las siguientes consideraciones jurisprudenciales: La STS de 24 de mayo de 2003 (RJ 2003\4387) declara: "como tal delito de infracción de un deber, este queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión, cuando ignora o desatiende la aplicación de la legalidad, convirtiendo su actuación en la expresión de la libre voluntad, y, por tanto, arbitria, no siempre exige un efectivo daño a la causa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño, no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que de ellas debe merecerle, porque, como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota -en tal sentido STS 22 de mayo de 2001 (RJ 2001\4555)-; a su vez la sentencia de 19 de octubre de 2006 (RJ 2006\8364) señala que "la reiterada conducta de pasividad y desprecio hacia los intereses de sus ciudadanos haciendo oídos sordos a la situación que sufrían y permitiendo la actuación de la industria a sabiendas de que actuaba en contra de las disposiciones legales y administrativas", supone un delito de prevaricación.

Esta pasividad, desprecio e infracción de un deber del prevaricador no se puede predicar del comportamiento del Alcalde de Villaflores en el caso enjuiciado.

Procede, pues, la desestimación de este último motivo, como también del recurso de apelación interpuesto sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran corresponder a la querellante.

Habida cuenta de los presupuestos fácticos que han servido para la decisión del recurso y el resultado de la contienda judicial a que se ha hecho referencia, procede declarar las costas de oficio, según los arts. 239 y 240 de la LECrim (LEG 1882\16).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución.

F A L L A M O S

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª Ana Garrido Martín en nombre y representación de Flor, contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 2006 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal número 2 de esta ciudad, en las Diligencias Penales núm. 108/05 y de las que dimana el presente rollo,

debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos, sin imposición de las costas de esta alzada.

Remítase certificación de la presente sentencia al Juzgado de procedencia con copia de la misma para notificación a las partes, junto con los autos y archívese el presente rollo.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 94/2006 Salamanca (Sección 1), de 29 diciembre

SENTENCIA NUMERO 94/06

En la ciudad de Salamanca, a veintinueve de diciembre de dos mil seis.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación las Diligencias núm. 108/05, del Juzgado de lo Penal número 2 de Salamanca, dimanante de Diligencias Previas núm. 345/04, instruidas en el Juzgado de Instrucción de Peñaranda de Bracamonte, sobre delito CONTRA EL MEDIO AMBIENTE Y PREVARICACIÓN.- Rollo de apelación núm. 49/06.- contra:

Valentín, nacido el día 16 de abril de 1948, hijo de Manuel y de María, natural y vecino de Villaflores (Salamanca), C/ DIRECCION000 núm. NUM000, con DNI número NUM001, representado por la Procuradora Dª Mª Ángeles López Medina y defendido por el Letrado D. Fernando García-Delgado García,

Carina, nacida el día 1 de febrero de 1963, hija de Justo y de Josefa, natural y vecina de Villaflores (Salamanca) C/ DIRECCION001, núm. NUM002 NUM003, con DNI número NUM004, representada por el Procurador D. Ángel Martín Santiago y defendida por el Letrado D. Lorenzo Fuentes de Antonio, y contra

Franco, nacido el día 5 de agosto de 1957, hijo de Juan y de Casilisa, natural y vecino de Villaflores (Salamanca), C/ DIRECCION001, núm. NUM002 NUM003, con DNI número NUM005, representado por el Procurador D. Ángel Martín Santiago y defendido por el Letrado D. Lorenzo Fuentes de Antonio.

Todos ellos con instrucción, sin antecedentes penales, de solvencia o insolvencia no acreditada, sin haber estado privados de libertad por esta causa.

Han sido partes en este recurso, como apelante Flor representada por la Procuradora Dª Ana María Garrido Martín, bajo la dirección del Letrado D. Luis Francisco Nieto Guzmán de Lázaro; como adherido parcial: EL MINISTERIO FISCAL, y como apelados Valentín representado por la Procuradora Dª Mª Ángeles López Medina y defendido por el Letrado D. Fernando García-Delgado García y Franco representado por el Procurador D. Ángel Martín Santiago y defendido por el Letrado D. Lorenzo Fuentes de Antonio, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Emérito DON LUCIANO SALVADOR ULLAN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de marzo de 2006, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Salamanca, se dictó sentencia en el procedimiento de referencia

que contiene el siguiente FALLO: "Absuelvo a los acusados Carina Y Franco de un DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE y al acusado Valentín de un DELITO DE PREVARICACIÓN y declaro las costas de oficio.

SEGUNDO.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Dª Ana María Garrido Martín, en nombre y representación de Flor, solicitando se dicte sentencia revocando la recurrida y se condene a Carina y Franco por un delito contra el medio ambiente del artículo 325 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) a la pena de dos años y seis meses de prisión, multa de doce meses a razón de 12 euros diarios e inhabilitación para el oficio de la hostelería durante un año y seis meses, con la clausura del bar "La Plaza" por el mismo tiempo, y a Valentín por un delito de prevaricación del artículo 329 CP en relación al 325 y 404, a la pena de multa de doce meses a razón de 12 euros e inhabilitación para empleo o cargo público por un tiempo de 8 años, y a que indemnicen los tres conjunta y solidariamente a Flor en la cantidad de 30.000 euros por los daños físicos y morales, y en 986 euros por los gastos de medición acústica privada y 298,9 euros por los de las consultas a Psicóloga generados a resultas de las molestias por ruidos, y que se impongan a los acusados las costas; solicitando además la celebración de Vista para practicar prueba testifical y documental. Por el Ministerio Fiscal, se interesó la celebración de la vista oral, se revoque la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 y en su lugar se dicte otra condenando a Carina y Franco como autores de un delito contra el medio ambiente a las penas de un año de prisión multa de doce meses con una cuota diaria de doce euros e inhabilitación especial para regentar establecimientos públicos tipo bares, restaurantes, etc, y las costas del procedimiento. Por Valentín se interesa la desestimación del recurso, la confirmación íntegra de la sentencia e imposición a la parte apelante de las costas. Por Carina y Franco se interesa también la confirmación íntegra de la sentencia y la desestimación del recurso planteado.

TERCERO.- Recibidas que fueron en esta Audiencia Provincial referidas diligencias, señalándose Vista, que tuvo lugar el día 7 de noviembre de 2006, interesando el Ministerio Fiscal la condena por el delito ecológico de contaminación acústica, seguidamente la acusación particular mantiene lo argumentado en su escrito sobre delito ecológico, concluyendo con el delito de prevaricación del Sr. Alcalde por omisión y por acción y el principio de intervención mínima del Dº Penal y el cauce procesal en relación con el artículo 45 de la Constitución y 325 y 329 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777). Las defensas solicitan la confirmación de la sentencia del Juzgado de lo Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelante denuncia en el primero de los motivos de su recurso una errónea valoración de la prueba relativa a los ruidos emitidos por un bar construido

"pared con pared" al dormitorio de su vivienda que le producen molestias graves y persistentes y le han causado un daño psicológico.

Aduce, en primer término, la omisión de toda referencia en la sentencia impugnada a la valoración del testimonio de la víctima. Si con dicha alegación trata la impugnante de poner de manifiesto la inexistencia de un apartado especial en la resolución a toda actividad realizada por ella en relación con los hechos enjuiciados, no dejaría de tener algún fundamento su denuncia. No obstante, sí que existen concretas referencias a esa actividad en el texto de la sentencia, y a la apreciación que de ella hace la juzgadora. "La Sra. Flor de lo que se queja es de otro tipo de ruidos como los de sillas y mesas, vasos, conversaciones y voces y no de la música; así, en su queja por ruidos presentada al Ayuntamiento en fecha 2-5-02 (Doc. 32 del Expediente del Ayuntamiento) -y por tanto, antes de realizarse la segunda medición por la Diputación- manifiesta "se oían toda clase de ruidos: conversaciones, sillas y mesas, vasos, etc. Debido a la deficiente insonorización..." Y en el acto del juicio manifestó la Sra. Flor que después de lo realizado como consecuencia de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo "se siguen oyendo ruidos de monedas, sillas, voces y de la cafetera". Atiende, pues, la sentencia a una declaración y una percepción sensitiva, como tal subjetiva de la perjudicada para ponerla en relación con los datos objetivos del destino del bar y la distinta clase de ruidos producidos en su interior, que vienen a constituir el presupuesto fáctico de la decisión. En este sentido, la subjetividad de una manifestación en razón a toda una serie de circunstancias concurrentes en la naturaleza humana, puede quedar oscurecida, desfigurada e incluso anulada en su contenido y consecuencias por datos de carácter objetivo que, según los casos, podrán o imponerse, o tener una prevalencia particular, bien por los datos proporcionados por la técnica, bien por unas máximas de experiencia dadas por la realidad social de un lugar y tiempos determinados. En este último aspecto, no puede desconocerse que el bar emisor de los ruidos está ubicado en un núcleo rural -unos 300 habitantes-, responde a las características de un normal bar de pueblo, bien lejano a las características de una discoteca, disco-bar, sin que ni siquiera en fines de semana sea el centro de diversión de la comarca.

La recurrente insiste en la omisión por la juzgadora de la valoración de su testimonio cuando constituye "prueba de cargo suficiente por sí mismo para alcanzar una sentencia condenatoria cuando se cumplan los requisitos establecidos a tal efecto como los de la existencia, verosimilitud o inexistencia de motivos espurios".

La concurrencia de los anteriores requisitos en la declaración de la víctima-testigo, en la forma planteada, no constituye ni puede constituir, prueba incriminatoria con un valor absoluto capaz de prevalecer por sí misma a todo el conjunto del material probatorio, incluso sobre aquellas probanzas que de manera indubitada puedan estar en contradicción con las manifestaciones vertidas. Por otra parte, esa especialización de la "declaración de la víctima" supondría tanto como la eliminación de cualquier otra prueba en contra del principio de igualdad, con postergación, por ende, de la declaración de los acusados que nada impida que puedan gozar de iguales atributos, pues aunque las posiciones y obligaciones de víctima y acusado en el proceso serán distintas, ambos son personas interesadas en el mantenimiento de una determinada versión de lo ocurrido (STS 30-6-05 [RJ 2005\9440]), de ahí que, como afirma el Tribunal Supremo, aunque la

declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para demostrar la presunción de inocencia, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada en la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a efectos de su valoración como una prueba más, por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba (STS 10-5-05 [RJ 2005\6585]). En este sentido, la declaración de la víctima, según reiteradas declaraciones jurisprudenciales, habrá de ser valorada con cautela pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión, máxime cuando su testimonio es la noticia de delito y con mayor razón aún cuando se persona en la causa y no solo mantiene una versión determinada de lo ocurrido, sino que, apoyándose en ella, sostiene una pretensión punitiva.

Por otra parte, y en la misma línea argumental, las declaraciones judiciales en torno a la apreciación y fuerza probatoria de la declaración de la víctima-testigo, no es idéntica, ni siquiera asimilable, en toda clase de delitos, ni en relación a los demás medios probatorios. No podrá ser igual en aquellos delitos que se producen en un marco de clandestinidad o exclusivamente interpersonal, de aquellos otros en que la publicidad, los medios empleados, los signos externos, la dinámica comisiva, e incluso, la declaración de la víctima puesta en relación con el resultado, deja o presenta un acervo de vestigios patentizados de las circunstancias concurrentes de la acción puesta en práctica desde el inicio hasta la consumación del delito. Por tanto, la declaración de la víctima constituirá una prueba más al lado de las demás propuestas y practicadas, sin tener carácter privilegiado alguno en buena parte del catálogo delictivo. En todo caso, según jurisprudencia reiterada del TC será preciso que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba ejecutados en el juicio oral, contradictoriamente, prueba que necesita ser adquirida y practicada en la forma que regula la Ley procesal criminal, de suerte que la convicción judicial se obtenga con absoluto respeto a la inmediación procesal y que esta actividad y convencimiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable. En armonía con esta doctrina, el Tribunal Supremo tiene manifestado que no es necesario que hayan de cumplirse unos determinados requisitos rígidos para que la declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo, sino que simplemente se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba a aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso desde puntos de vista objetivos. Por tanto los requisitos de persistencia, verosimilitud e inexistencia de móviles espurios, no pueden ser usados, lo que no es infrecuente, como si de prueba legal se tratase, asociando, mecánicamente y sin más, a su presencia la veracidad del contenido de un testimonio, pues lo único cierto es que aquellos, dice nuestro alto Tribunal, no pueden tener otra actitud que la de operar en negativo, es decir, para fundar el rechazo del resultado de una testifical cuando lo aportado por la misma sea inverosímil, haya buenas razones para creer que estuvo movida por un interés ajeno a la verdad, o presente verdaderas incongruencias o contrariedades (STS 30-12-05 [RJ 2006\666]).

Una vez precisado el alcance probatorio de la declaración de la victima en el proceso penal será necesario el examen del testimonio de la querellante en la presente causa. Ese análisis habrá de hacerse tanto de la declaración en sí misma como en relación a los demás aspectos de los hechos enjuiciados. Conviene, así, poner de relieve tanto la preocupación de dicha querellante por la apertura de bar, como su especial sensibilidad para los ruidos. Esa preocupación le lleva a advertir a Carina -dueña del establecimiento- cuando se enteró de su intención de la instalación del bar, a que tuviese cuidado, así como a interesar del Ayuntamiento de Villaflores el cumplimiento de la normativa vigente en cuanto a aislamiento acústico, una vez que como vecina le fue notificado el expediente de la apertura del bar. La explotación del bar le lleva a una serie de escritos y denuncias -Ayuntamiento, Guardia Civil, Defensor del Pueblo, medios de comunicación- no solo sobre la existencia de los ruidos, sino sobre incumplimientos de horario, hasta solicitar la clausura del mencionado establecimiento. La labilidad para los ruidos, hace que los sienta antes incluso de la apertura, los denuncia a los ocho días de esta, y a lo largo de todo el curso de la contienda que ha tenido con los dueños y el Ayuntamiento, y, también, después de realizadas las medidas correctoras como consecuencia de la sentencia que sobre este asunto se siguió ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Ante este estado de cosas relatado por Flor cabría preguntarse, si quiere -como antes de la instalación de la industria "pared con pared" a su vivienda y dormitorio-, oír los ruidos de la soledad de la noche de un pueblo en la meseta, o si lo que realmente percibe es el bullicio de vecinos de Villaflores en el empleo de su ocio. Tampoco aparece con absoluta claridad los tiempos de la intensidad acústica sentida por Flor. Tanto de sus manifestaciones en el Juicio Oral como en la Vista celebrada en la Audiencia, pudiera entenderse el mantenimiento de la persistencia por igual de los ruidos en las mismas horas de todos los días de la semana con la consecuencia de la perturbación interrumpida del sueño. Sin embargo, son varios los momentos en que la denunciante limita esa perturbación a los fines de semana y festivos. Ni que decir tiene que puede esperarse con angustia la llegada de esos días ante la perspectiva de la imposibilidad de conciliar el sueño, pero por contra, cabrá alegarse la existencia de cinco o cuatro días como espacio temporal suficiente para la recuperación y el descanso normal. Frente a estas apreciaciones, no tendrá escasa importancia la falta de aportación a la causa por la denunciante de un determinado informe sobre medición de los ruidos practicados a su instancia. No oculta la querellante que esa primera medición no superaba los límites, pero, sí, en cambio, sustrae su examen tanto a las partes como al órgano jurisdiccional con desconocimiento de las causas motivadoras de tal comportamiento, que podrán ser inocuas, pero, lógicamente, con la consecuencia de la siembra de alguna incertidumbre. No existe constancia del tiempo en que fue realizada, circunstancias en que se produjo o medición de los ruidos en decibelios. No alcanzará esta ocultación un indicio en contra de la veracidad de los hechos denunciados, aunque en esta clase de asuntos no se puede descartar de forma tajante las pruebas indiciarias que en un conjunto de las existentes puede llegar a la determinación de la existencia del delito (en este sentido STS 19-10-06 [RJ 2006\8364]) al lado de la declaración de la víctima. Sin embargo, en el caso enjuiciado, fuera de las persistentes denuncias de la Sra. Flor no ha sido formulada por cualesquiera otros vecinos del pueblo de Villaflores quejas sobre la contaminación acústica producida en el municipio por el bar. El lógico conocimiento público de la controversia en un pueblo pequeño, y, de ser cierta la afectación de los ruidos en mayor o menor medida a la colectividad o a un cierto número de habitantes, podría haber llevado a estos, aunque

solo fuera en aras a la solidaridad a hacer causa común con Flor en su particular contienda. Por otra parte, deductivamente, por la anterior circunstancia expuesta, los vecinos no han visto en peligro y agredido por el ruido del bar, el medio ambiente de Villaflores en que se desarrolla su vida diaria; tampoco existe declaración alguna de las personas convivientes con la querellante, ni que la contaminación denunciada haya producido un ataque y menoscabo de su salud, atención prioritaria de los delitos medioambientales (STS 24-2-03 [RJ 2003\950]). En síntesis, los hechos, no llegan "a convertirse en un problema de pública y notoria trascendencia", la producción de ruidos "no es palmaria e incluso clamorosa" (STS 19-10-06). No existen indicios personales que pudieran ayudar a la querellante.

Al lado de la declaración de la víctima cobran especial trascendencia los informes o dictámenes periciales, que sirven para la demostración objetiva de un determinado hecho, suceso o acontecimiento real, susceptible de ser apreciado la mayoría de veces, en su esencia, contenido y circunstancias fenomenológicas. "En los delitos medioambientales es cierto que las mediciones tienen un papel más relevante pero no son la única fuente probatoria. Por lo general los exámenes se realizan sobre muestras de sustancias sólidas, liquidas o gaseosas. En el caso de los ruidos no es posible el análisis de laboratorio, sino su medición por sonómetros." Este es el método utilizado en el caso de autos. Técnicos de la Diputación de Salamanca, a petición del Alcalde de Villaflores, ante las quejas formuladas por Flor, proceden a la medición de los ruidos con un sonómetro modelo SL-20 CLASE-I de la marca CESVA en dos ocasiones: el 23 de enero de 2001 (las peticiones del Ayuntamiento son de 4 de septiembre y 2 de octubre de 2000) y el 4 de junio de 2002. La sentencia apelada contiene una apreciación de los referidos informes: "no ha resultado probado que... el funcionamiento el bar de autos y la actividad desarrollada en el mismo, hubiera trasmitido a los dormitorios de la vivienda contigua, unos niveles de ruido superiores a los permitidos por el Decreto 3/1995 (LCyL 1995\34) y ello, porque las mediciones efectuadas en fechas 23-1-01 y 4-6-02 por técnicos de la D.P., no sirven para probar que en otras ocasiones el funcionamiento del bar y su actividad hubieran transmitido a los dormitorios de la vivienda contigua ruidos superiores a 30 db a 35db...ya que...dichas mediciones se efectuaron cuando no había actividad en el bar y fueron los técnicos de la Diputación Provincial los que simularon las condiciones de funcionamiento del bar Es por ello que esas dos mediciones efectuadas por los técnicos de la Diputación podrán acreditar que el local no cumplía el anexo 2 de la memoria de aislamiento acústico presentado por el acusado Franco y tenido en cuenta para otorgar la licencia de actividad, pero, en modo alguno, sirven para probar que cuando el bar estaba en funcionamiento el equipo de música fuera utilizado en la misma manera que lo utilizaron los técnicos, ni sirve para probar que el nivel de ruido del interior del bar cuando estaba en funcionamiento fuera de 93 db." A lo que habrá de añadirse, como la propia sentencia indica, que únicamente ha sido medida la intensidad de la música pero no los ruidos de cafetera, las monedas, las sillas, las voces de la gente, que son los ruidos de los que Flor se ha quejado siempre. En suma, los informes de los técnicos de la Diputación Provincial de Salamanca, únicamente prueban que en horario diurno, a partir de las 12 horas, en el interior del bar, y en dos dormitorios de la vivienda cercana, con pared medianera con el bar, simulando en el interior de este, con RUIDO ROSA, las condiciones más desfavorables de funcionamiento, se obtuvieron unas mediciones que sobrepasaron los límites permitidos. No ha sido justificado, en cambio, ni hay prueba alguna, sobre la

intensidad de los ruidos del bar -música, cafetera, sillas, vasos...- un día o una noche cualquiera. Únicamente podría aducirse el contenido del informe del laboratorio de Ingeniería y Servicios de Acústica, Iberacústica, SL Este informe no está exento de crítica. A diferencia de los informes elaborados por los técnicos de la Diputación de Salamanca en los que al tiempo de realización de la medición estaban presentes el alcalde de la corporación de Villaflores y las propietarias de la vivienda y del bar, de ese particular informe no se da noticia alguna a los imputados en esta causa al tiempo de la toma de muestras a fin de que puedan participar e incluso fiscalizar la operación, y tampoco tienen conocimiento directo del resultado por la participación que de él podría haberle dado Flor. Además, el técnico de la empresa controladora no lo es en acústica, sí en telecomunicaciones y sistemas informáticos. Su función, según sus manifestaciones, es la transcripción en un papel de los datos configurados por la máquina siendo supervisado el resultado por el director de laboratorio que al parecer tiene el título de ingeniero industrial. "Así como en los casos de contaminaciones por otros medios, es necesario que se garantice al imputado la posibilidad de contradicción y defensa" dice el TS en sentencia reciente en un supuesto de ruidos de características muy poco coincidentes con el caso ahora enjuiciado. Si Flor lleva un tiempo de conflicto enconado con los hosteleros y el alcalde de Villaflores por el motivo del bar y si sabía de la conveniencia de la presencia de estos en la medición privada, como ella y su representante lo estuvieron en la pública de los técnicos de la Diputación, aunque solo fuera por deferencia debió invitarlos y tener una ocasión más para solucionar el conflicto, y, también, como garantía de sus derechos, y no hacerles saber por sorpresa de una medición tan desfavorable con la presentación de una querella.

Por último, el "daño psicológico", la salud de Flor no puede ser elevada a categoría para fundar exclusivamente en él un reproche penal al titular del establecimiento en que se producen los ruidos. La pertinencia en sus quejas ante el alcalde de Villaflores, la Junta de Castilla y León, el Defensor del Pueblo, Servicio Territorial de Medio Ambiente, Medios de Comunicación -prensa y televisión-, la Guardia Civil, indican la instauración de una idea permanente en la eliminación de los ruidos, que, pese a su notable esfuerzo no ha podido erradicar, aún después de ejecutada la sentencia del juzgado de la C-A en la que era condenado el Ayuntamiento al llevar a cabo las actuaciones municipales precisas para determinar que en el citado bar se han de realizar las obras necesarias para lograr el completo aislamiento del ruido respecto a la vivienda colindante de la actora, incoando, a tal efecto, el expediente correspondiente conforme a la normativa vigente. El trastorno de ansiedad generalizado con trastorno depresivo del que ha sido diagnosticada Flor tiene su origen en la imposibilidad del descanso prácticamente diario, unido a la situación personal de dependencia e impotencia para solucionarlo. Elocuente es el texto de la queja presentada al Servicio Territorial de Medio Ambiente en fecha 25-4-02, concluye: "llevo un mes tomando pastillas para dormir, mi madre no quiere que las tome, se aflige: no me sientan bien y me paso el día atontada y adormilada, pero no aguanto más, no se que hacer, a quien recurrir. ¿Quiero dar pena? Sí, quiero dar pena. Me doy pena". Existen dudas razonables sobre si fuera de los fines de semana y festivos Flor podrá conciliar el sueño y si a sus padres les pasa lo mismo.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no incide particularmente en la decisión que pueda dictarse en estos autos, con la salvedad del pronunciamiento relativo al Ayuntamiento al que antes se ha hecho referencia, pero sin carácter

vinculante para la resolución de la cuestión planteada. Tampoco las consecuencias que pretende extraer la querellante de la actitud de los propietarios del bar. Sus actos no han creado una determinada situación jurídica. Por contra han intentado colaborar en la eliminación de los ruidos denunciados por la querellante y han procedido de inmediato a aceptar el requerimiento del Ayuntamiento después de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

Por las razones expuestas, procede la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- Si existen mas que dudas sobre la intensidad y entidad de los ruidos y si exclusivamente afectan o han afectado a Flor, sin constancia de que hayan sido percatados por otros miembros de la colectividad del pueblo de Villaflores y consecuencias nocivas a los padres de la mencionada Flor, convivientes con ella, los hechos enjuiciados no podrán ser incardinados en el art. 325 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

Uno de los requisitos exigidos doctrinal y jurisprudencial para la creación del delito medioambiental, es la creación de peligro, es decir, la gravedad de los efectos que pueden traer aparejadas las conductas atentativas al medio (STS 17-5-03 [RJ 2003\4240]). En general, no basta con un acto de contaminación, sino que, además, es requerido un plus de lesividad consistente en la puesta en peligro de los sistemas naturales. Para el reproche penal, pues, no bastará las infracciones genéricas de disposiciones administrativas, sino solamente las conductas ilícitas con consecuencias dañosas para el ambiente. Se ha distinguido entre valor de contaminación que cuando es superado supondrá una infracción administrativa, y valor límite o intolerable que suponiendo una alteración grave de los elementos ambientales, una vez rebasada determinará el delito medioambiental. En último término, es la gravedad la pieza clave que permitirá la fijación de los límites entre la infracción administrativa y la penal ya que solo podrán ser considerados como conductas típicas las que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales por exigencia del art. 325 del CP. Este elemento de gravedad de los efectos conlleva una ponderación, interpretación, tanto de los contenidos de gravedad, como de peligro. Semánticamente grave es lo que se produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor, y, por lo mismo, es eminentemente circunstancial STS 30-1-02 [RJ 2002\3065]). La jurisprudencia para determinar el tipo medio de gravedad ha acudido a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como las condiciones naturales del ecosistema, que incluye, por tanto, la GEA, la fauna y la flora puestas en peligro, que pueden actuarse tanto por emisiones como por inmisiones (STS 27-1-99 [RJ 1999\826] y 25-10-02 [RJ 2002\10461]).

No debe perderse de vista en este tipo de delitos la naturaleza del bien jurídico protegido y la sistemática del Código Penal. En este cuerpo legal están encuadrados en el Libro II, en el Título XVI, Capítulo III, bajo la rúbrica De los Delitos contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, bien lejos por tanto en lugar y contenido de los delitos en que la pretensión alcanza a bienes jurídicos individualizados. La STC de 26 de junio de 1995 (RTC 1995\102) define el Medio Ambiente como "la asociación de

elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida reales o irreales de las personas y de las sociedades".

Ahora bien, si el ruido como declara la STS de 24 de febrero de 2003 (RJ 2003\950) aparece expresamente recogido en el art. 325 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) como una de las fuentes o medios que puede perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y la salud de las personas; si es reconocido como factor psicopatógeno por el TC en el recurso de amparo 4.214/88; y si una contaminación acústica intensa y saturada constituye una fuente de lesión para los habitantes de una determinada zona, caso Moreno contra España STEDH de Estrasburgo de 19 de noviembre de 2004, surge la cuestión de la incardinación del ruido cuando agrede a una persona determinada y en un concreto lugar.

"Si la protección de la morada, en cuanto proyección de la personalidad del individuo en el espacio, encuentra su punto culminante en el Derecho Penal en el que mediante la tipificación del allanamiento, artículo 202, y la circunstancia agravante décimo sexta del artículo 10 del Código DEROGADO (RCL 1973\2255) se sancionan los ataques más groseros a la paz del hogar, la defensa de los moradores, sin embargo, no puede quedar reducida, simplemente, a la violencia procedente del mundo exterior, sino que su ámbito deberá ser más amplio, comprensivo de cualquier ataque que perturbe el derecho del individuo al bienestar y paz del hogar."

"El desarrollo de las actividades más elementales de la persona en el hogar para la satisfacción de sus cotidianas necesidades vitales exige la posibilidad de su ejercicio. No bastará el que potencialmente puedan ser realizadas en su objetividad material por tener a su disposición un lugar cerrado apto para desenvolverse y cumplir sus exigencias, aspiraciones y deseos con autonomía de los demás. Al lado de esta realidad fáctica y unida a ella de modo indisoluble estará el que esas actividades puedan y deban ser cumplidas sin ingerencias extrañas por imponerlo, así, el respeto al individuo en las múltiples facetas de su vida, ya que en la estructura urbana la vivienda aislada es más difícil en la sociedad actual, la convivencia de sus habitantes, dentro de la colectividad de que forman parte, habrá de conformarse bajo el principio del recíproco respeto, que conllevará, por un lado, la tolerancia a los actos de los otros dentro de la esfera que le es propia, como consecuencia del derecho fundamental de la libertad, que no les puede ser negado; y, de otra parte, la necesaria defensa, mediante los medios adecuados, frente a comportamientos que lícitos, prima facie, puedan trastocarse en antijurídicos por la colisión con otros intereses, que, por ser más primarios y de mayor entidad, deben ser más fuertemente protegidos. Por ello, la fórmula genérica del respeto mutuo no se configura solo bajo el aspecto de ideales abstractos con cláusulas de estilo, recomendaciones éticas para la pacifica convivencia, sino que entraña un auténtico sustrato de derechos con conductas activas y pasivas capaces de ser contempladas por el ordenamiento jurídico. La reciprocidad en el respeto, generadora, por tanto, de contrapuestos derechos en contacto, supone por su propio concepto, en razón a la realidad social sobre la que se asienta, una zona tangencial en conflicto capaz de suscitar un problemática de ardua conciliación, a veces, por la dificultad de fijar la línea divisoria lo lícito y la transgresión cuando se trata de enjuiciar confluyentes conductas amparadas cada una de ellas en prescripciones concretas de Ley. En tales supuestos, el precepto aislado sustentador del derecho habrá de ser enmarcado dentro del total

ordenamiento jurídico, y la jerarquía de valores determinante de la naturaleza y trascendencia de cada uno de los derechos subjetivos en pugna, servirá de idea cardinal para armonizar y dar la solución adecuada a las controversias que puedan suscitarse."

"El planteamiento anterior, en el caso concreto de autos proyectado en la protección legítima de la morada y de sus moradores, adquiere especial importancia en la defensa del individuo en la compleja situación social en la que discurre su existencia y se ve precisado a compartir con los demás. La vida individual, en su calidad primigenia de persona, no puede quedar sacrificada en aras a intereses más o menos difusos de la colectividad, y mucho menos a otros particulares por más que se invoque una resonancia social por el beneficio económico que comporte para unos pocos o para muchos."

"Si a diferencia de las sociedades poco avanzadas con relaciones inter-individuales elementales en las que la regulación de la reciprocidad antes dicha presentaba algunos problemas, en la actual, éstos, adquieren mayor complejidad por presentarse bajo los signos de la masificación, la alta tecnificación para la producción de nuevos bienes con repercusión en derredor del lugar en que se obtiene y utilizan, y la aparición de nuevos hábitos de vida que trascienden más allá de la persona para inmiscuirse en la esfera personal y patrimonial de los que le rodean. En este sentido, la salud física y mental, la intimidad, el bienestar, el goce pacífico y tranquilo de lo suyo, el sosiego y el descanso que todos quieren alcanzar en su vivienda pueden verse afectados por las múltiples agresiones de todo tipo capaces de producirse en el exterior y en los aledaños más próximo, redundando negativamente en el último refugio que encuentra el hombre en su casa."

"Pero la consecución de los bienes antedichos no constituyen meras apetencias nacidas en la búsqueda de una comodidad egoísta, sino de auténticos derechos surgidos de la dignidad de la persona para el libre desarrollo de la personalidad siempre con respeto a los derechos de los demás en un entramado que configuran el fundamento del orden político y de la paz social, según establece el artículo 10, 1 de la Constitución Española (RCL 1978\2836). No sólo la vida, sino la integridad física y moral, la intimidad personal y familiar, la salud, el disfrute de un medio ambiente adecuado, y el de una vivienda digna, son otros tantos derechos reconocidos en nuestra Ley fundamental bajo los grandes principios de la función social y de la solidaridad colectiva a los que se subordinan la utilización de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, y, consecuentemente, la productividad."

"Los Anteriores derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, caso de ser menoscabados, necesitarán de la adecuada reparación, o exigirán la eliminación de cualquier factor que los perturbe."

"El problema surgirá cuando la integridad de esos derechos se vea afectada por el ejercicio de otros de semejante o distinta naturaleza, o exista entre unos y otros mutuas interferencias. El "alterum non laedere" será la idea informadora de la actuación del derecho propio frente al ajeno, pero no siempre será pacífico el delimitar el radio de licitud del ejercicio en términos que no produzca un perturbación dañosa en la esfera jurídica del otro. No podrá admitirse toda la fuerza expansiva del derecho, pero tampoco

podrá ser reducido a su núcleo fundamental. En no pocas ocasiones serán inevitables las ingerencias y colisiones en derechos de ejercicio simultáneo, pero mientras unas habrán de ser toleradas en razón a la propia naturaleza del derecho y facultades que le son inherentes, otras, en cambio, exigirán la sanción, tanto por el respeto al del otro, como por la extralimitación del derecho actuado. En estos supuestos la decisión de la controversia no ofrecerá dificultad. La solución vendría impuesta por la subordinación de un derecho frente a otro. No obstante, muchas veces surgirá en el contacto una zona nebulosa cuya clarificación vendrá determinada por la naturaleza del derecho, la delimitación de sus contornos, la intencionalidad del titular, y la normalidad en el ejercicio, todo ello en una relación proximidad entre distintos derechos subjetivos que han generado la teoría de las denominadas relaciones de vecindad."

Conforme a los anteriores razonamientos, el conflicto entre los intereses de Flor y Carina como consecuencia de los ruidos producidos en el bar de esta causantes de las molestias sufridas por aquella en su casa, parece más bien encuadrada dentro de la teoría mencionada de las relaciones de vecindad, en el ámbito del derecho privado, y no en el represivo del derecho penal. "Sólo ante los ataques mas intolerables será legítimo el recurso al derecho penal".

Por las razones expuestas procede la desestimación de este motivo de recurso.

TERCERO.- El tercero de los motivos del recurso combate la absolución de Valentín en su condición de Alcalde de Villaflores, del delito de Prevaricación del art. 329 en relación al 325 y 404 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), tanto por omisión al no poner en práctica sus facultades inspectoras, correctoras y disciplinarias, como por acción habida cuenta del confusionismo que produjo en otros organismos.

Para la decisión de este motivo será condición imprescindible el tener en consideración las características del municipio de Villaflores con reducido número de habitantes, escasos los servicios, y un presupuesto, lógicamente, de mínimos. En relación con el delito de que es acusado el alcalde habrá de tenerse en cuenta la actividad realizada, tanto en relación con el bar, como con las quejas de la querellante.

Tras la presentación de la oportuna licencia para la apertura de un bar -incluyendo en la memoria el "aislamiento acústico" en el Ayuntamiento de Villaflores por Franco–, es incoado expediente por dicho Ayuntamiento, con la publicación pertinente e información a los vecinos inmediatos -Sra. Flor- siendo concedida licencia de actividad el día 22-8-00.

Ante las quejas presentadas por Almudena -el 28 siguiente- y la querellante -26-9-00- el alcalde remite escritos a la Diputación Provincial de Salamanca solicitando medición de ruidos de fechas 31 de agosto y 28 de septiembre. El día 23 de enero de 2001 se procede por técnicos de la Diputación Provincial de Salamanca a la medición de los ruidos en presencia del alcalde de la corporación Valentín, de la representación de la parte afectada, D. Juan Carlos García García (abogado), y propietario del bar Carina, siendo remitido el informe correspondiente con fecha de 30 de enero de 2001.

En un informe presentado por la querellada el día 9 de febrero siguiente, son puestas en conocimiento del Ayuntamiento las medidas correctoras para la eliminación de los ruidos del bar.

Ante la petición de la querellante de 3 de mayo de 2001 solicitando información sobre la medición de los ruidos y su corrección, el alcalde requiere a Carina el día 8 de mayo siguiente para el ejecución de las obras precisas a fin de terminar con la situación bajo apercibimiento de expediente.

En contestación a otro escrito de 2 de mayo de 2002, el alcalde el día 7 le informa la solicitud de nueva medición a la Diputación Provincial de Salamanca que es remitida con fecha de 8.

El 27 de abril de 2002, Flor presenta denuncia ante el Servicio Territorial de Medio Ambiente que, remitido al Ayuntamiento, es contestada por el alcalde el 14 de mayo.

El 21 de mayo de 2002 la Junta de Castilla y León solicita del Ayuntamiento de Villaflores una nueva medición de ruidos siendo contestada el 13 de junio siguiente.

El 11 de junio de 2002 pide la Sra. Flor fotocopias de documentos relativos a los ruidos, que es contestada por el alcalde el 18 de junio.

Nuevas quejas son presentadas al Ayuntamiento el 21 de junio que son contestadas por el querellado el 25 posterior, en que entre otras cosas se le dice que SOLO SE ESTAN RESPETANDO LOS DERECHOS DE DOS PARTES ENFRENTADAS.

Una nueva acta e inspección es realizada por los técnicos de la Diputación Provincial de Salamanca el 25 de junio de 2002 en el que están presentes el alcalde, la propietaria de la vivienda y la propietaria del bar.

El 7 de julio es remitido a Carina el resultado de la medición.

Ante las quejas presentadas por la querellante los días 10 de julio y 30 de agosto de 2002 solicitando la clausura del bar y cese de actividad, y el escrito de Carina de 5 de septiembre, el siguiente día 9 es solicitada por el alcalde nueva medición a la Diputación Provincial, solicitud que es denegada con fecha de 20.

El 31 de octubre contesta el alcalde a la comunicación del Defensor del Pueblo de 18 de octubre.

El 29 de noviembre de 2002 los Servicios Técnicos de la Mancomunidad de los municipios de Cantalapiedra y Las Villas informan al alcalde sobre la licencia y cumplimiento de los requisitos legales.

El 27 de mayo de 2003 es presentada por la querellante ante el Ayuntamiento RECLAMACIÓN PREVIA solicitando la clausura del bar y el cese de la actividad, medidas que son denegadas por Decreto de la alcaldía de 18 de junio.

Presentado en 2003 y resuelto en 2004 el procedimiento Contencioso-Administrativo instado por Flor, se ha procedido en cumplimiento de la sentencia de 4 de mayo de 2004 a dotar al bar del aislamiento adecuado, para lo cual el Ayuntamiento ha procedido a llevar a cabo las actuaciones municipales precisas.

Para la decisión del motivo del recurso estudiado son expresivas las siguientes consideraciones jurisprudenciales: La STS de 24 de mayo de 2003 (RJ 2003\4387) declara: "como tal delito de infracción de un deber, este queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión, cuando ignora o desatiende la aplicación de la legalidad, convirtiendo su actuación en la expresión de la libre voluntad, y, por tanto, arbitria, no siempre exige un efectivo daño a la causa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño, no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que de ellas debe merecerle, porque, como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota -en tal sentido STS 22 de mayo de 2001 (RJ 2001\4555)-; a su vez la sentencia de 19 de octubre de 2006 (RJ 2006\8364) señala que "la reiterada conducta de pasividad y desprecio hacia los intereses de sus ciudadanos haciendo oídos sordos a la situación que sufrían y permitiendo la actuación de la industria a sabiendas de que actuaba en contra de las disposiciones legales y administrativas", supone un delito de prevaricación.

Esta pasividad, desprecio e infracción de un deber del prevaricador no se puede predicar del comportamiento del Alcalde de Villaflores en el caso enjuiciado.

Procede, pues, la desestimación de este último motivo, como también del recurso de apelación interpuesto sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran corresponder a la querellante.

Habida cuenta de los presupuestos fácticos que han servido para la decisión del recurso y el resultado de la contienda judicial a que se ha hecho referencia, procede declarar las costas de oficio, según los arts. 239 y 240 de la LECrim (LEG 1882\16).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución.

F A L L A M O S

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª Ana Garrido Martín en nombre y representación de Flor, contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 2006 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal número 2 de esta ciudad, en las Diligencias Penales núm. 108/05 y de las que dimana el presente rollo,

debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos, sin imposición de las costas de esta alzada.

Remítase certificación de la presente sentencia al Juzgado de procedencia con copia de la misma para notificación a las partes, junto con los autos y archívese el presente rollo.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

5a sessió

20/02/09

Espectacles i activitats recreatives. Nou marc jurídic.
Josep Mir Bagó, professor de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra.

Els controls externs de les entitats locals.
Francesc Bosch Ferré, interventor d'administració local i Comissionat d'Anàlisis i Assumptes Econòmics locals de la Diputació de Barcelona.

Los mercados municipales.
Alicia Esther Ortuño Rodríguez, magistrada de la Secció 5a del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

ESPECTACLES I ACTIVITATS RECREATIVES: NOU MARC JURÍDIC

Josep Mir i Bagó
Professor de Dret Administratiu
Universitat Pompeu Fabra

PRESENTACIÓ 2
INCREMENT DE LES COMPETÈNCIES MUNICIPALS 3
Potestats normatives 4
Àmbit de les llicències municipals 4
Potestats inspectores i sancionadores 4
LEGALITZACIÓ DELS *AFTER HOURS* 5
SILENCI NEGATIU 5
INTEGRACIÓ I FLEXIBILITZACIÓ DE LLICÈNCIES I AUTORITZACIONS. 5
Integració de llicències 5
Flexibilització: activitats exemptes, comunicacions prèvies, acumulació 6
MAJOR RIGOR EN NORMES DE SEGURETAT I DISCIPLINA 7
Seguretat, autoprotecció, mobilitat 7
Control d'aforaments 8
Mesures d'intervenció immediata 8
PERSPECTIVES DE DESENVOLUPAMENT REGLAMENTARI 8
Calendari 8
Reglament únic 8
Catàleg 8

PRESENTACIÓ

El "nou" marc jurídic del títol de la conferència encara no és. En el moment de programar Seminari de dret local d'enguany, l'estiu passat, amb el Projecte de llei d'espectacles i activitats recreatives en plena tramitació parlamentària, hom podia presumir raonablement que a hores d'ara hi hauria efectivament un nou marc jurídic del sector. Doncs no. La tramitació parlamentària té els seus ritmes, que poden arribar a ser extremadament lents. Cosa que, per una altra banda, tampoc és tant greu, sinó fins i tot probablement positiva, si hom pensa que les lleis han de poder reposar bé, com els bons vins, i tenir llarga vigència. El problema és que això trastoca una mica els nostres plans, pobres impacients.

El cas és que tenim un projecte de llei encara pendent d'aprovar, i el marc jurídic dels espectacles i de les activitats recreatives és encara el mateix de fa un any. Tanmateix, tenim indicis suficients per aventurar, sense por a equivocar-nos massa, quin serà aquest nou marc jurídic a poc temps vista, ja que:

- El projecte de Llei d'espectacles i activitats recreatives ja està, ara sí, en el calendari de les coses a curt termini parlamentari, amb el treball de la ponència gairebé enllestit, i tot fa pensar que s'aprovarà finalment al Ple durant aquest mes de març.
- Per les esmenes presentades i per la dinàmica parlamentària seguida fins ara, també estem més o menys en condicions d'albirar quina serà la redacció final de la Llei. Pocs canvis en relació amb el projecte.
- La Direcció general del Joc i d'espectacles també ha iniciat el procés d'elaboració del Reglament, havent mantingut diverses reunions amb el sector, de les que també podem començar a deduir les principals característiques d'aquest desenvolupament parlamentari.

Per tant, hi ha elements per articular més o menys una conferència sota aquest títol, que procuraré centrar en les que són, al meu entendre, les principals novetats que aporta aquesta futura Llei, que podem resumir en els punts següents:

a) Increment de les competències municipals.
b) Legalització dels after hours
c) Silenci negatiu
d) Integració i flexibilització de llicències i autoritzacions.
e) Major rigor en normes de seguretat i disciplina

Així mateix, també es poden aventurar alguns dels principals aspectes del seu futur desenvolupament reglamentari.

INCREMENT DE LES COMPETÈNCIES MUNICIPALS.

La intervenció pública sobre els espectacles i les activitats recreatives, i sobre els establiments oberts al públic en els que uns i altres se celebren, és una qüestió d'evident interès local, en la que tanmateix ve predominant tradicionalment un grau més que destacable de competències estatals o autonòmiques.

Que es tracta d'un àmbit d'interessos predominantment locals ho posa de manifest l'estreta vinculació que hi ha entre aquestes activitats i establiments amb la convivència veïnal. Els conflictes que se solen produir a l'entorn d'espectacles, activitats recreatives o locals de concurrència pública són la majoria de les vegades conflictes amb els veïns, amb motiu del soroll o dels aldarulls que hom acostuma associar amb aquesta mena d'activitats i establiments. Conflictes entre els que volen descansar i els que volen la marxa. Questions, en definitiva, d'escala local.

Tanmateix, el fet que la intervenció administrativa sobre aquests tipus d'establiments i d'activitats s'hagi abordat tradicionalment des dels instruments policials i d'ordre públic ha portat a vincular-la tradicionalment a les administracions titulars dels serveis policials més significatius: l'Estat, tradicionalment, o la Generalitat, més recentment.

Segurament que una de les qüestions bàsiques que s'hauria d'haver plantejat el legislador és la de si calia revisar o no aquest plantejament policial amb què tradicionalment s'ha contemplat la intervenció pública sobre espectacles i activitats recreatives. Perquè, certament, hi ha d'altres consideracions, com ara les culturals o les socials, que probablement haurien de pesar més. Però la futura nova Llei, forjada al sí del Departament competent en la matèria, que és el d'Interior, no convida a aquesta reflexió, i parteix de la perspectiva policial tradicional, sense desconèixer, però, obligades servituds a d'altres departaments implicats, com ara medi ambient o cultura, que sens dubte enriqueixen la regulació proposada.

En qualsevol cas, el que sens dubte persegueix aquesta nova regulació, com un dels seus principals signes distintius, és un nou equilibri entre àmbit dels interessos i atribució de les competències. Assumit que els interessos preponderants són principalment locals, l'atribució de les competències es reorienta significativament cap als ens locals, de manera que els ajuntaments en surten enfortits significativament.

Aquest reforçament de les competències municipals és manifest en els tres nivells següents de potestats o d'apoderament:

- Potestats normatives.
- Àmbit de les llicències municipals.
- Potestats inspectores i sancionadores.

Potestats normatives

L'article 26 del projecte de Llei, a més a més del seu desenvolupament reglamentari per la Generalitat, autoritza també expressament als ajuntaments a sotmetre els espectacles, les activitats recreatives i els establiments oberts al públic a on es celebren a requisits i condicions addicionals als establerts amb caràcter general, tant pel que fa a la seva ubicació territorial, als aspectes constructius o estructurals dels locals, a les mesures de seguretat i salut, o als requisits exigibles per a l'atorgament de les llicències.

Es dóna, per tant, suport legal exprés a l'eventual promulgació d'ordenances municipals sobre espectacles i activitats recreatives, que poden arribar a establir règims d'intervenció administrativa substancialment diferents al previst amb caràcter general per la normativa de la Generalitat. Això sí: la diversitat local només es pot manifestar endurint les condicions a què se sotmet el sector, no fent la inversa.

Apart d'aquesta remissió de caràcter general, són diversos els preceptes del Projecte de Llei que es remeten, per a qüestions puntuals, a la regulació que poden adoptar les ordenances municipals. És significativa en aquest sentit la previsió de l'article 29.6 del Projecte de Llei, segons el qual les ordenances municipals poden eximir de la necessitat de llicència, a més a més dels establiments oberts al públic del propi ajuntament i dels espectacles i activitats recreatives organitzats pel municipis amb ocasió de festes populars, els espectacles públics i les activitats recreatives d'interès artístic o cultural i d'aforament reduït.

Àmbit de les llicències municipals

Es produeix també una certa ampliació, molt modesta, de les competències municipals per atorgar algunes de les llicències requerides per a la celebració d'espectacles i activitats recreatives. Concretament, el projecte de llei atribueix als municipis de més de 50.000 habitants la competència per autoritzar els espectacles i les activitats recreatives de caràcter extraordinari, competència que en la legislació vigent és enterament de la Generalitat.

Potestats inspectores i sancionadores

La qüestió en la que es posa més de relleu el caràcter descentralitzador del Projecte de Llei és precisament en les potestats d'inspecció i sanció. Segons la legislació vigent, aquestes potestats corresponen a la Generalitat, amb independència de què qui hagi autoritzat l'establiment o l'espectacle inspeccionat o sancionat sigui l'ajuntament, i únicament es contempla la possibilitat de delegar-les a aquells municipis que ho demanin; les delegacions produïdes aquests darrers anys es poden comptar amb els dits de les mans; i en sobren.

El Projecte de Llei fa un plantejament radicalment diferent: la competència inspectora i sancionadora és de la mateixa administració que atorgui l'autorització o llicència. Per tant, com que la pràctica totalitat d'establiments oberts al públic requereixen la llicència municipal, són els ajuntaments els titulars de les potestats d'inspecció i sanció corresponents.

Tanmateix, el Projecte de Llei és conscient de què molts ajuntaments poden no tenir interès en una competència que pot ser poc agradable d'exercir. Apart de què molts tampoc no tenen el personal adequat per exercir aquesta mena de funcions (personal amb estatut de funcionari, sovint amb formació policial). En conseqüència, es deixa a la seva discrecionalitat decidir si volen ostentar o no aquesta competència.

Concretament, l'article 13.1.d) del Projecte de Llei afirmen que els ajuntaments ostenten les competències d'inspeccionar i sancionar els establiments oberts al públic, els espectacles i les activitats recreatives sotmesos a llicència municipal, en els supòsits que, mitjançant acord del ple municipal, s'hagi acordat assumir conjuntament l'exercici d'aquestes competències, cosa que s'haurà de comunicar a la Generalitat. Mentre no adoptin aquest acord, qui exerceix les competències al·ludides és la Generalitat.

Es tracta, per tant, d'un plantejament de competències municipals a la carta: partint del reconeixement de l'interès local de la matèria, i de la coherència amb la llicència que l'empara, el Projecte de Llei reconeix implícitament la competència municipal sobre la seva disciplina; ara bé, com que a la pràctica l'exercici d'aquestes funcions de disciplina requereix uns mitjans que molts ajuntaments no tenen (i una implicació en conflictes que molts d'altres prefereixen defugir), l'assumpció efectiva de la competència es deixa a una manifestació expressa de la voluntat municipal, en el ben entès que si no hi és, l'exerceix com a titular directe la Generalitat.

Podem definir-lo com un cas de titularitat compartida i ordenada de la competència: legalment seria atribuïda a ambdues administracions, amb preferència de la municipal, però amb responsabilitat efectiva i directa de l'autonòmica si la primera no l'assumeix. I si l'ajuntament l'assumeix formalment, però no actua efectivament, llavors s'aplica el mecanisme de la subsidiarietat autonòmica de l'article 151 LMRLC (article 15 del Projecte de Llei).

LEGALITZACIÓ DELS *AFTER HOURS*

Una de les novetats que pot ser més cridanera del Projecte de Llei és la legalització dels *after hours*, sota la denominació més neutre d'establiments oberts al públic de règim especial (article 39 del Projecte de Llei).

En l'actualitat, de locals d'oci d'aquest tipus, discoteques o bars musicals que obren quan els altres tanquen, n'hi ha alguns a l'àrea metropolitana de Barcelona, en algun cas força concentrats, amb els corresponents efectes que aquestes concentracions comporten. Tanmateix, no els empara cap títol suficient, ja que formalment no tenen cabuda en el Catàleg vigent d'espectacles, activitats recreatives i establiments oberts al públic. Ara bé, com que la demanda social hi és, segueixen funcionant sota la tolerància d'unes administracions que més o menys fan veure que no hi són.

El Projecte de Llei aborda la seva regulació, si bé des d'una perspectiva més aviat restrictiva, com ho posen de manifest les notes següents:

- Reglamentàriament o pel planejament se'n ha de limitar el nombre.
- La seva obertura requereix autorització de la Generalitat, en els municipis de menys de 50.000 habitants, a més a més de la conformitat municipal. En els de més de 50.000 habitants, la llicència és municipal, però amb informe vinculant de la Generalitat. Per tant, per una via o per l'altra, es requereix la conformitat de les dues administracions.
- El Projecte de Llei admet expressament que es poden sotmetre a condicions o requeriments de caràcter especial, que es determinaran reglamentàriament.

Aquest caràcter restrictiu de la regulació dels *after hours* es pot entendre en la lògica de voler donar un missatge de permissivitat limitada davant del vici. Tanmateix, des del punt de vista de la racionalitat, és més discutible. Perquè no s'acaben de veure els motius pels quals una discoteca que funciona des de la una fins a les sis de la matinada pot ser autoritzada pels ajuntaments, i en canvi una altra, oberta de les 7 del matí fins a migdia, ho ha de ser també per la Generalitat, i sota condicions presumiblement més intenses i restrictives que l'anterior.

També pot plantejar problemes la limitació del seu nombre. Perquè si s'és molt restrictiu, segurament hi haurà un efecte crida, manifestament contrari a l'esperit restrictiu de la regulació. Apart de què s'hauran de sotmetre la concurs les autoritzacions i les seves transmissions, cosa que també pot contribuir a l'efecte crida.

El futur Reglament té marge per accentuar el plantejament general restrictiu dels *after hours* que hi ha al darrera del Projecte de Llei, o per diluir-lo, i acabar donant a aquests tipus de locals un tractament no massa diferent al de la esta de locals d'oci amb prestacions similars. Segurament, fins i tot per no fer-los massa propaganda, faria bé d'escollir aquesta segona opció.

SILENCI NEGATIU

Article 33.2 del projecte de llei: "La manca de resolució expressa dins dels terminis establerts té efectes denegatoris de la sol·licitud presentada, sense perjudici de l'aplicació preferent de les altres conseqüències previstes per a determinats casos per aquesta mateixa llei".

Està clara, doncs, la transgressió del políticament correcte principi general del silenci positiu vigent des de la Llei 30/1992. Sense entrar a valorar les trampes prou conegudes d'aquest principi general, especialment en ordre al molt més important de la seguretat jurídica, és fàcil d'entendre que en aquells casos, com els que ara ens ocupen, en els que hi pot estar molt directament implicada la seguretat de les persones, la inactivitat de l'administració no pot ser mai el títol jurídic que empara l'obertura d'establiments i la celebració d'espectacles i activitats recreatives que sovint han resultat ser d'alt risc.

Cal reconèixer, per tant, la valentia del projecte de llei en aquest punt, i seria desitjable que, amb aquesta excusa, es revisés seriosament un discurs, el del silenci positiu, que té tant de fàcil com de fictici.

INTEGRACIÓ I FLEXIBILITZACIÓ DE LLICÈNCIES I AUTORITZACIONS.

Integració de llicències

La intervenció administrativa regulada per la legislació sobre espectacles, activitats recreatives i establiments oberts al públic se suma, sovint en relació amb els mateixos locals, a la prevista per la

legislació urbanística, la de medi ambient i la de règim local, sense comptar amb l'establerta per normes més específiques, com ara la del joc o la dels locals en els que s'exerceix la prostitució. Aquesta concurrència de regulacions té el risc de convertir-se també en concurrència d'intervencions administratives, amb els consegüents costos addicionals en burocràcia per als promotors.

Conscient d'aquest tipus de problemes, l'article 38 del Projecte de Llei està dedicat precisament a abordar la qüestió de la "Concurrència d'autoritzacions i llicències". De la regulació continguda n aquest precepte se'n poden posar en relleu els punts següents:

En primer lloc, un principi de sol·licitud simultània i de tramitació conjunta de les autoritzacions, llicències i demés tràmits de control preventiu que concorrin en un mateix establiment. L'efectivitat d'aquest principi es remet, com no podia ser altrament, al seu desenvolupament reglamentari. Tanmateix, obre clarament la porta a consolidar un canvi respecte de la regulació tradicional de les activitats actualment només apuntat en alguns ajuntaments: les llicències urbanístiques no tenen perquè ser posteriors a les d'activitats, sinó que poden ser perfectament simultànies, i així els promotors poden dedicar els mateixos temps a gestionar simultàniament els diversos permisos que concorren a la mateixa activitat, sense tenir que sumar-los.

En segon lloc, convertir la intervenció ambiental, obligada en l'obertura de la majoria d'establiments afectats per la legislació d'espectacles i activitats recreatives, en un tràmit de l'òrgan ambiental competent en el procediment d'atorgament de la llicència d'establiment obert al públic. S'aplica, per tant, el criteri de donar prevalència a la regulació més específica, que és la d'espectacles, i a l'hora d'integrar lògicament en una sola llicència aquesta i la de medi ambient, s'opta per la substantivitat de la d'espectacles, i es "rebaixa" formalment l'ambiental a la condició d'informe (que és vinculant en matèria d'emissions, prescripcions tècniques i controls periòdics en qüestions de naturalesa ambiental).

En tercer lloc, es fa també una remissió al reglament, als efectes de concretar una regulació que simplifiqui i integri al màxim tots els tràmits i terminis, de manera que, per exemple, l'eventual suspensió en la tramitació d'una d'elles pugui tenir efectes sobre totes les altres que estiguin tramitant-se.

Finalment, i no podria ser altrament, la integració de llicències no impedeix que l'autoritat administrativa per atorgar cada una de les que concorren en l'activitat sigui la competent, de manera que se seguirà requerint l'obtenció de totes les llicències i permisos legalment exigibles per poder iniciar vàlidament l'activitat controlada.

Flexibilització: activitats exemptes, comunicacions prèvies, acumulació

El Projecte de Llei obre també, encara que un tant tímidament, la porta a una certa flexibilització de les llicències requerides per a l'obertura dels establiments oberts al públic i per a la celebració d'espectacles i d'activitats recreatives. Malgrat que el principi general segueix essent el de sotmetre'ls a llicència (article 29: "l'obertura d'establiments oberts al públic per a la celebració d'espectacles i activitats recreatives i l'organització d'aquests espectacles i activitats, requereix l'obtenció prèvia de les llicències o de les autoritzacions establertes per aquesta Llei"), no manquen en el projecte previsions expresses que autoritzen als reglaments i ordenances, com hem vist abans, a suavitzar aquest principi general.

Una primera possibilitat de flexibilització de les llicències d'establiment obert al públic la proporciona l'article 29.5 del Projecte de Llei, que autoritza al desenvolupament reglamentari i a les ordenances municipals a substituir la llicència d'establiment d'espectacles i activitats recreatives pel procediment, molt menys intervencionista, de la comunicació prèvia, en tots els casos en els que la legislació ambiental també ho fa.

En el marc de la legislació ambiental vigent aquest canvi té una transcendència limitada, i territorialment diferenciada, ja que bona part dels ajuntaments aprofiten la possibilitat que els dóna la Llei d'intervenció integral de l'administració ambiental vigent per reconduir a llicència les possibilitats de comunicació prèvia que obria aquesta Llei. Tanmateix, el Govern acaba d'enviar al Parlament el Projecte de Llei que haurà de substituir la LIIAA, i una de les seves novetats més destacables és precisament la petrificar un àmbit d'intervencions reservades a la comunicació prèvia ambiental, sense possibilitat de que els ajuntaments les reconverteixin en llicències. Doncs bé, en tot aquest àmbit els reglaments de la Generalitat i les ordenances municipals poden fer també la migració de llicència a comunicació prèvia en matèria de control dels establiments oberts al públic.

Està clar que la conflictivitat social que sovint hi ha al darrera dels locals d'oci pot desaconsellar remetre la seva autorització a un procediment tant passiu per l'administració com és el de la comunicació prèvia, sense tràmit d'informació pública i de consulta als veïns. D'ací que probablement estigui més que justificat ser molt menys liberal en l'autorització d'aquests tipus de locals que en la dels tallers per a cotxes, per exemple. Tanmateix, és igualment cert que en molts establiments d'espectacles i activitats recreatives, com ara bars, el tràmit de la comunicació prèvia, que l'administració sempre pot reconvertir en llicència, pot ser més que suficient per assegurar la protecció dels interessos públics.

Una segona possibilitat de flexibilització és la que obre l'article 29.6 del Projecte de Llei, quan remet a les ordenances o als reglaments municipals possibilitat d'eximir de llicència determinats establiments oberts al públic, espectacles o activitats recreatives. Alguns d'aquests casos (establiments de titularitat municipal o espectacles i activitats de festes populars organitzats pels mateixos ajuntaments), l'exempció de llicència cau pel seu propi pes.

Presenta, però, una significació especial la possibilitat d'eximir de llicència "els espectacles públics o les activitats recreatives d'interès artístic o cultural i d'aforament reduït, que se celebrin ocasionalment en espais oberts al públic o en qualsevol tipus d'establiments de concurrència pública". Es tracta d'un precepte redactat per la insistència dels sectors de la cultura, especialment de la música en viu, i que cerca precisament donar facilitats administratives per poder organitzar activitats culturals i artístiques, a qualsevol lloc, fins i tot sense intervenció administrativa prèvia. L'única condició és que siguin d'aforament reduït.

Caldrà veure el tractament efectiu que donarà a aquesta possibilitat el desenvolupament reglamentari de la Llei. Sembla justificat aquest interès del legislador en facilitar al màxim les expressions culturals i artístiques a la via pública o a qualsevol tipus de local; tanmateix, tampoc no es pot ignorar que aquests tipus de manifestacions poden comportar aglomeracions més o menys importants de persones, amb risc per a la seguretat de les mateixes. Serà, per tant, crucial determinar què cal entendre per aforament reduït, i com s'assegura que efectivament ho sigui, a l'hora de poder admetre aquests tipus de manifestacions culturals i artístiques sense cap mena d'intervenció administrativa prèvia.

Finalment, el Projecte de Llei també flexibilitza les llicències i autoritzacions regulades per la mateixa des d'una altra perspectiva: facilitant la seva acumulació, de manera que un mateix establiment pugui sumar a la seva llicència el permís per desenvolupar diversos tipus d'activitats, o acumular més d'una llicència o autorització d'activitats recreatives. Segons l'article 29.3, "tot establiment públic ha de tenir una única llicència o autorització de les regulades per aquesta llei, que pot donar cobertura per a diversos espectacles públics o activitats recreatives, en els termes que es fixaran reglamentàriament".

És sabut que el principal risc per a la salut i per a la vida que tenen les activitats d'oci està en el desplaçament cap o des de les unes a les altres: del restaurant al bar musical, d'aquest a la discoteca i d'aquesta a l'*after hours*, per tal de fer tot el recorregut de marxa, des del vespre del dissabte, fins al migdia del diumenge. Si es permet que un únic local tingui permís per oferir totes aquestes prestacions, es desincentiva la necessitat del desplaçament. I això és el que hi ha al darrera de les facilitats que dóna el projecte de llei per acumular un mateix establiment la llicència per fer diverses funcions. Caldrà veure, però, si el sector empresarial aprofita aquesta possibilitat, i si atrau realment als consumidors d'oci.

MAJOR RIGOR EN NORMES DE SEGURETAT I DISCIPLINA

Seguretat, autoprotecció, mobilitat ...

En diversos apartats del projecte de llei s'insisteix en el sotmetiment dels establiments oberts al públic i dels espectacles i les activitats recreatives a requisits de control preventiu, als efectes de protegir la salut i la seguretat de les persones: respectar l'aforament, tenir serveis de vigilància, passar per controls periòdics, programes coordinats d'inspeccions, obligació de plans d'autoprotecció, establiment de requisits constructius idonis, facilitar la mobilitat sostenible i segura, serveis d'assistència sanitària fins i tot a l'interior de determinats establiments, ...

Està clar, per tant, que un dels signes d'identitat del projecte de llei és precisament l'accent en tot aquest conjunt de mesures preventives de la seguretat i de la salut, l'abast efectiu de les quals depèn també, en gran mesura, del seu desenvolupament reglamentari. Els exemples més significatius són probablement els següents:

- La necessitat de què tots els establiments oberts al públic comptin amb un pla d'autoprotecció, o d'emergències (article 6.2.o). La Direcció general de protecció civil està preparant la normativa reguladora d'aquest tipus de plans.

- Una certa responsabilització, encara que sigui indirecta, dels titulars dels establiments oberts al públic i dels organitzadors dels espectacles i de les activitats recreatives de vetllar per la seguretat no només a l'interior, sinó també a l'exterior dels seus locals (article 6.1.d).

- Sotmetiment d'aquests establiments a controls tècnics periòdics, i adoptar les mesures de seguretat, higiene i salubritat que resultin dels mateixos (articles 6.2.l) i 31).

- Previsió de programes específics d'inspecció, coordinats entre la Generalitat i els ajuntaments (article 45).

Control d'aforaments

Una altra de les novetats del projecte de llei és la previsió de poder imposar sistemes tecnològics o automàtics de control d'entrada i de sortida, als efectes de poder comptar mecànicament l'aforament dels locals i dels espectacles i les activitats recreatives (article 6.2.e).

La tecnologia hi és, i només manca l'homologació, que està en curs. El projecte de llei dóna la cobertura legal per a la seva exigència com a requisit obligatori, que segurament serà imposat pel seu desenvolupament reglamentari, com a mínim per a determinades categories de locals. Es tracta, en definitiva, de poder garantir, tant als efectes del seu control immediat pels agents de l'autoritat, com del posterior, a partir dels registres, i amb finalitats d'inspecció i sanció, quin és en tot moment l'aforament real de locals o d'altres indrets que poden reunir centenars i fins i tot milers de persones.

Mesures d'intervenció immediata

El capítol de mesures provisionals del títol de règim sancionador del projecte de llei (articles 62 i següents) contempla la possibilitat de reaccions especialment contundents i immediates, com ara la suspensió, el desallotjament o la clausura immediata, en determinades circumstàncies de riscos per a la seguretat o la salut o de manca dels permisos requerits.

Una de les mesures previstes d'aquests tipus és el comís o precinte dels béns utilitzats per realitzar l'espectacle públic o l'activitat recreativa, que se suposa hauria de ser una reacció eficaç per impedir les ja tradicionals rabes, molt més tolerades en el nostre país del que ho són a altres països del nostre entorn, de manera que acostumen a atreure gent de fora.

PERSPECTIVES DE DESENVOLUPAMENT REGLAMENTARI

Calendari

Segurament el projecte de Llei s'aprovarà durant el mes de març, l'abril com a molt tard, i començarà llavors el compte enrera d'un any previst a les seves disposicions finals per fer el seu desenvolupament reglamentari.

La Direcció general del Joc i d'Espectacles ja té gairebé enllestir un primer esborrany de reglament, de manera que és probable que abans de l'estiu ja hagi començat el procés de consulta institucional.

Reglament únic

Una de les particularitats que ha avançat reiteradament la Direcció General del Joc i d'espectacles és la voluntat de fer un reglament únic d'aquesta futura Llei, de manera que s'acabi amb l'actual dispersió de normes reglamentàries diverses (catàleg, assegurances, serveis de vigilància, personal de control, etc.) que comparteixen aquest objecte.

Catàleg

Una de les novetats avançades del futur desenvolupament reglamentari d'aquesta Llei és la voluntat de modificar i adaptar als costums d'oci actuals el catàleg dels establiments, espectacles i activitats recreatives, que manté una terminologia francament dels anys cinquanta del segle passat. Caldrà veure que aquest intent s'acompanya o no d'un canvi de model, menys detallat i més genèric, que reclamen alguns sectors.

SEMINARI DE DRET LOCAL

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

ELS CONTROLS EXTERNS DE LES ENTITATS LOCALS

(en contingut del guió es pot demanar a: boschff@diba.cat , o ferrega@diba.cat)

Barcelona, 20 de febrer 2009

Dr. Francesc Bosch i Ferré
Interventor d'Administració local
Comissionat de la Presidència de la Diputació de Barcelona
per a l'Anàlisi dels Assumptes Econòmics Locals

GUIÓ

- Fonaments teòrics del control dins de la teoria de l'organització administrativa.
- Classes de control en l'àmbit de les Administracions Públiques espanyoles: El Control intern i el Control extern.
- Característiques del control intern en l'àmbit de les entitats locals:
  - *Control intern pur de caràcter administratiu:*
    - Funció interventora, funció de control financer permanent, funció d'auditoria pública.
  - *Control intern de caràcter polític:*
    - Funció fiscalitzadora del Ple.
    - Comissió Especial de Comptes.

.../... continua

GUIÓ

.../... Continuació

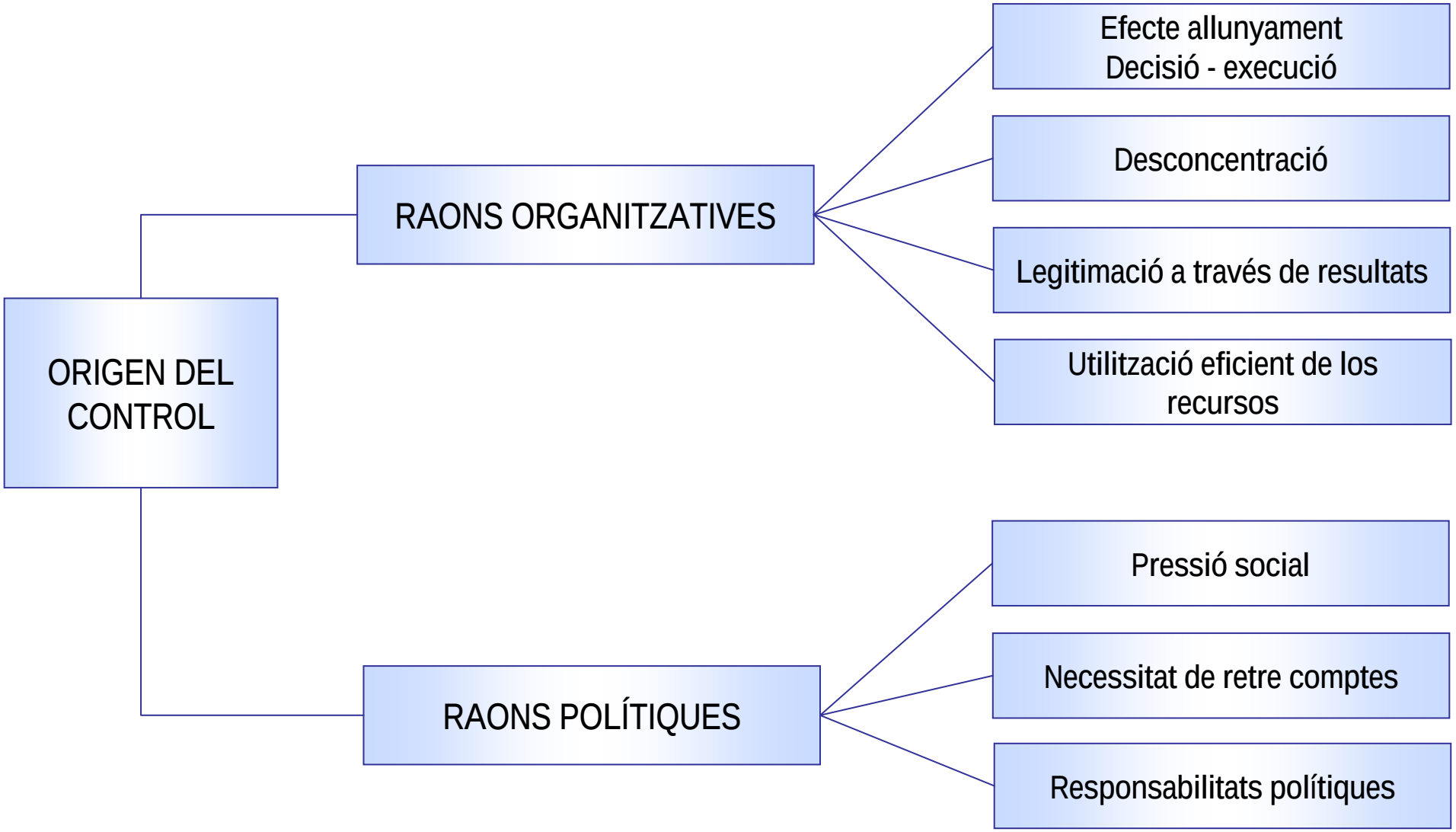
- Característiques del control extern en l'àmbit de les entitats locals:
  - *Control extern de caràcter econòmic – financer:*
    - Tribunal de Comptes i Òrgans de Control Extern de les Comunitats Autònomes (OCEX's).
  - *Control extern de caràcter jurisdiccional:*
    - Jurisdicció (seu) contenciós administrativa.
- Convencions internacionals sobre la corrupció.

GUIÓ

.../... Continuació

- Els sistemes anticorrupció a l'Administració Pública Espanyola:
  - *El Ministeri Fiscal*
  - *La Llei de l'Oficina Antifrau a Catalunya.*
- Els sistemes anticorrupció a l'Administració Comunitària: Especial referència al cas de la República francesa.
- Transparency international (veure dossier especial)

FONAMENTS TEÒRICS DEL CONTROL DINS DE LA TEORIA DE L'ORGANITZACIÓ ADMINISTRATIVA


ORIGEN DEL CONTROL
RAONS ORGANITZATIVES
Efecte allunyament Decisió - execució
Desconcentració
Legitimació a través de resultats
Utilització eficient de los recursos
RAONS POLÍTIQUES
Pressió social
Necessitat de retre comptes
Responsabilitats polítiques

CLASSES DE CONTROL EN L'ÀMBIT DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES ESPANYOLES: EL CONTROL INTERN I EL CONTROL EXTERN

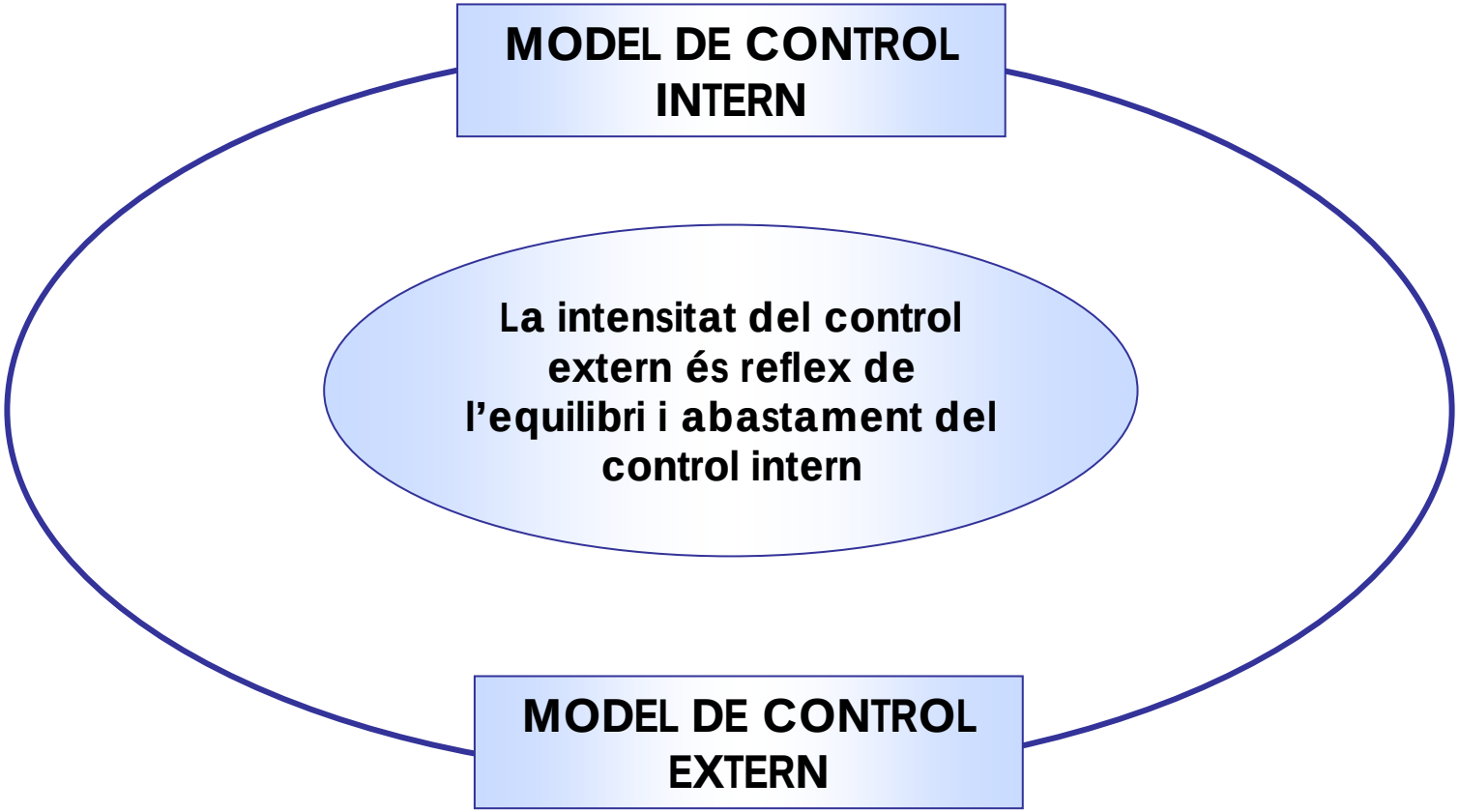
CONTROL INTERN

FONAMENT	***ALLUNYAMENT ENTRE ÓRGANS DE DECISIÓ I D'EXECUCIÓ***
FINALITAT	***MILLORA DE LA GESTIÓ*** ***PROPORCIONAR CONFIANÇA***
OBJECTE	***EVITAR O CORREGIR LES FALTES DE COMPLIMENT DE LES NORMES O DELS PRINCIPIS DE LA BONA GESTIÓ EN EL DESENVOLUPAMENT DE L'ACTIVITAT FINANCERA.***
MANIFESTACIÓ	***INSTITUCIONALITZADA*** ***(DIFERÈNCIA AMB EL SISTEMA DE CONTROL EXTERN)***

CONTROL EXTERN

FONAMENT	***NECESSITAT DE RETRE COMPTES DAVANT DEL PODER LEGISLATIU***
FINALITAT	***CONÈIXER LA GESTIÓ DE LES AUTORITZACIONS PRESSUPOSTÀRIES***
OBJECTE	***EMISSIÓ D'INFORMES SOBRE COMPLIMENT DE LES NORMES O DELS PRINCIPIS DE LA BONA GESTIÓ EN EL DESENVOLUPAMENT DE L'ACTIVITAT FINANCERA.***
MANIFESTACIÓ	***NO INSTITUCIONALITZADA FETA PER UN ÒRGAN TÈCNIC INDEPENDENT COADJUVANT DEL LEGISLATIU***

RELACIONS D'EQUILIBRI EN ELS SISTEMES DE CONTROL



CARACTERÍSTIQUES DEL CONTROL INTERN EN L'ÀMBIT DE LES ENTITATS LOCALS: a) CONTROL INTERN PUR DE CARÀCTER ADMINISTRATIU I CONTROL POLÍTIC

CONTROL INTERN PUR DE CARÀCTER ADMINISTRATIU

MODEL DE CONTROL INTERN
CARACTERÍSTIQUES
D'exercici obligatori en totes les Entitats Locals. (art. 213 TRLRHL)

FUNCIÓ INTERVENTORA

Fiscalització prèvia de despeses
Fiscalització prèvia ingressos
Fiscalització limitada prèvia (despeses i ingressos).

Fiscalització plena posterior mitjançant programes auditors i utilització de la inferència estadística si l'univers objecte del mostreig (art. 219.3 i 4) del TRLRHL).

MANIFESTATS EN: 1) L'acte interventor, i 2) Informes dirigits al Plenari (art. 219.3) del TRLRHL).

FUNCIÓ CONTROL EFICÀCIA

Grau compliment objectius pressupostaris
Inexistent en l'àmbit central inclòs en el tipus d'auditoria a efectuar.

FUNCIÓ CONTROL FINANCER

Determinació compliment del principi d'imatge fidel i determinació del nivell d'eficiència i economia en els recursos emprats.
En l'àmbit central queda substituït pel control financer permanent i per la funció d'auditoria.

MANIFESTATS EN: Informes de control financer aplicant tècniques auditores (proves substantives, cèdules financeres, inferència estadística, etc.) y programes d'auditoria (mètodes sistemàtics per a l'anàlisi d'una determinada àrea).

Competència reservada en quant al seu exercici, al titular de l'òrgan de control extern (art. 92 LRBRL). L'exercici pot ser delegat o executar-se a través de coadjuvants (art. 217 del TRLRHL).

EL CONTROL INTERN DE CARÀCTER POLÍTIC

FUNCIÓ FISCALITZADORES DEL PLE
Art. TRLRHL

CONTROL DELS ACTES
DEL GOVERN MUNICIPAL

- Dacions de compte.
- Votació d'acords
- Precs i preguntes al Govern
- Coneixement i votació del pressupost i de les sevesmodificacions
- Aprovació del Compte General
- Fiscalització Programa de Govern
- Interposició de recursos administratius o jurisdiccional.

COMISSIÓ ESPECIAL DE COMPTES
Art TRLRHL

CONTROL DE LA GESTIÓ
PRESSUPOSTÀRIA FETA PEL GOVERN
(reflectida en un Informe)

COMISSIÓ ESPECIALITZADA DE
NATURALESA OBLIGATÒRIA

- Composició segons resultats electorals
- Proposta d'aprovació o no aprovació del Compte General al Ple.

CARACTERÍSTIQUES DEL CONTROL EXTERN EN L'ÀMBIT DE LES ENTITATS LOCALS

EL CONTROL EXTERN DE CARÀCTER ECONÒMIC-FINANCER I DE CARÀCTER JURISDICCIONAL

CONTROL EXTERN DE CARÀCTER ECONÒMIC-FINANCER (Jurisdiccional Comptable)

TRIBUNAL DE COMPTES
Art 136. Constitució
Llei orgànica 2/1982, de 12/05, del TC (depèn de les Corts Generals)
Llei 7/1988, de 05/04, de Funcionament del TC

Es: XXXXXXXXXXXXXXXX

TRIBUNAL DE COMPTES AUTONOMICS (OCEX's)
Llei constitutiva i de funcionament de cada Comunitat (per constituir-lo ha d'estar previst en el seu Estatut d'Autonomia).
Llei 6/1984, de 05/03, de la Sindicatura de Comptes de Catalunya (existeixen reformes posteriors).

Son: XXXXXXXXXXXXXXXX

CONTROL EXTERN JURISDICCIONAL (Jurisdicció contenciós-administrativa)

JUTJATS DEL CONTENCIÓS- ADMINISTRATIU
AUDIÈNCIA PROVINCIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Llei 29/1998, de 13/07, de la Jurisdicció Contenciós – Administrativa

LES CONVENCIONS INTERNACIONALS SOBRE LA CORRUPCIÓ

- Les convencions internacionals contra la corrupció: La Convenció de Nacions Unides contra la corrupció (2003), la Convenció de la OCDE sobre la lluita contra la corrupció d'agents públics estrangers en les transaccions comercials internacionals (1977). Les convencions i acords del Parlament Europeu i de la Comissió. La creació pel Consell d'Europa (1999) de la OLAF (Oficina Europea de Lluita contra el Frau -Anti-Fraud Comunicators Network-) i de la DAFCN.
- Conveni penal sobre corrupció del Consell d'Europa (1998), Conveni civil sobre corrupció del Consell d'Europa (1999). Lleis dels EUA (Congrés) sobre pràctiques de suborn de les empreses dels EUA a l'estranger (?) El grup d'Acció Financera Internacional sobre blanqueig de capitals.

ELS SISTEMES ANTICORRUPCIÓ A L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA ESPANYOLA: EL MINISTERI FISCAL I L'OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

EL MINISTERI FISCAL

Nota prèvia. Espanya ha signat, al llarg de l'any 2008, la resta de Convencions europees que sobre la lluita contra la corrupció encara no havia firmat.

MINISTERI FISCAL

- Llei 50/1981, de 20/11, regulant l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal
- RD 1754/2007, de 28/12, desplegant parcialment la nova estructura
- RD 2123/2008, de 26/12, completant el desplegament de la nova estructura
- Instrucció 1/1996, de 15/01, sobre competències i organització de la Fiscalia especial per a la Repressió dels Delictes Econòmics relacionats amb la Corrupció.

Es un òrgan de rellevància constitucional amb personalitat jurídica pròpia integrat amb autonomia funcional en el Poder judicial. Porta a terme la seva missió per mitjançant d'òrgans propis i amb els principis d'unitat d'actuació i dependència jeràrquica i subjectant-se sempre a la legalitat i imparcialitat.

FISCALIA GENERAL DE L'ESTAT

FISCALIES EN ÒRGANS DE L'ESTAT

SEUS I ÀMBITS

Les fiscalies del Tribunal Suprem, la de davant del Tribunal Constitucional, Audiència Nacional, Tribunal de Comptes i les Especials, tenen la seva seu a Madrid i abasten les seves funcions sobre tot el territori de l'Estat. La resta de les Fiscalies tenen la seva seu on es trobin els respectius Tribunals i Audiències i exerciran les seves funcions en l'àmbit territorial dels mateixos.

FISCALIES ESPECIALS

- Per a la prevenció i repressió del tràfic il·legal de drogues.
- Per a la violència de gènere.
- Per a la repressió dels delictes econòmics relacionats amb la corrupció.

COMPETÈNCIES

Aquesta Fiscalia intervé directament en processos penals d'especial rellevància: a) Delictes contra la Hisenda pública, contraband i en matèria de personal, b) Delictes de prevaricació, c) Delictes d'abús o utilització indeguda d'informació privilegiada, d) Delictes de malbaratament de cabals públics, e) Fraus i exaccions il·legals, d) Delictes de tràfic de d'influències, e) Delictes de suborn, f) Delictes de negociació prohibides a funcionaris, g) Delictes de la resta del llibre II del Codi Penal, així com els connexes amb els enunciats de l'apartat a) a l'apartat f)

EL MINISTERI FISCAL

.../... continuació

FISCALIES DE LES COMUNITATS AUTONOMES

Integren en el seu si, per delegació del seu òrgan central, les Fiscalies especials.

FISCALIES PROVINCIALS

Assumeixen tota una província o a determinats partits judicials. RD 2123/2008.

FISCALIES D'ÀREA

Assumeixen el despatx d'assumptes del seu àmbit territorial fixades pel RD 2123/2008.

FISCALIES SECCIONS TERRITORIALS

Organització de vàries fiscalies provincials dins d'una mateixa comunitat autònoma. RD 2123/2008.

La Planta orgànica de la Carrera Fiscal es composa de: 2.189 Fiscals (Primera, Segona i Tercera categoria)

L'OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

Nota prèvia. A l'igual que la resta de l'Estat, el control dels actes il·lícits que afecten a l'Administració Pública Catalana es porta a través de la Jurisdicció ordinària i del Ministeri Fiscal incardinat al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. No obstant, a partir de 2009, l'Administració Pública Catalana té l'anomenada Oficina Antifrau de Catalunya.

OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA
Llei del Parlament 14/2008, de 05/11

ANTECEDENTS

Encara que es basa, segons s'esmenta al preàmbul, en la Convenció de Nacions Unides de 30/10/2003 contra la corrupció, que demana que, qui la controli, sigui un òrgan independent de funcionament i especialitzat en prevenir i investigar la corrupció. El model se sembla molt al del Servei Central de Prevenció de la Corrupció francès (aquest servei es troba incardinat dins del Ministeri de Justícia) (analitzat al model francès anticorrupció d'aquesta xerrada.

ADSCRIPCIÓ

L'Oficina Antifrau s'adscriu al Parlament per garantir la seva independència i com a novetat té funcions preventives (!?) en l'àmbit de la prospecció i avaluació de risc i en la formació específica de personal al servei del sector públic (!?)

.../... continua

L'OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

Llei del Parlament 14/2008, de 05/11

FINALITAT I AMBIT

La finalitat de l'Oficina és la prevenció i la investigació dels illicits que en matèria de funcionaris públics conté el Codi penal, encara que no pot complir cap funció corresponen a l'autoritat judicial, al Ministeri Fiscal i la Policia judicial i no pot investigar els mateixos fets que siguin objecte de llurs investigacions. L'àmbit d'actuació és exclussivament el Sector públic de Catalunya i abasta també a les fundacions i als consorcis, quan es tingui majoria als òrgans de decisió o als ingresso d'aquests ens superi el 50%. Pot incloure activitats de persones físiques, d'entitats i d'empreses privades que siguin concessionàries de serveis o perceptors de subvencions. Les funcions de l'Oficina s'han d'entendre sense perjudici de les encomandes a altres òrgans i amb exempció de les que corresponen de manera exclusiva a l'Autoritat Judicial i al Ministeri Fiscal.

L'OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

Llei del Parlament 14/2008, de 05/11

ORGANITZACIÓ

DIRECTOR/A
DIRECTOR/AADJUNT/A

SERVEIS OPERATIUS

La Llei de creació deixa la configuració dels Serveis operatius a les normes d'actuació i de règim interior de l'Oficina que haurà de ser aprovat per la Comissió parlamentària escaient

L'OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

Llei del Parlament 14/2008, de 05/11

SITUACIÓ ACTUAL

- Creada per no desplegada administrativament
- Sense nomenament de director/a o director adjunt
- Sense funcionament

ACTUACIONS A L'ÀMBIT DE LES ENTITATS LOCALS

- Les actuacions en l'àmbit de les entitats locals s'iniciarà d'ofici pel Director/a de l'Oficina, prèvia determinació de versemblança de fets o conductes denunciades o detectades, i com a novetat té la prevenció de conductes contràries a la probitat o contràries als principis d'objectivitat, eficàcia (!?) i submissió plena a la llei i al dret.
- En principi seran els responsables del control intern de l'Ajuntament afectat els que coadjuvaran en l'Oficina Antifrau (Delegació específica amb dependència de l'Oficina).

ELS SISTEMES ANTICORRUPCIÓ A L'ADMINISTRACIÓ COMUNITÀRIA: ESPECIAL REFERÈNCIA AL CAS DE LA REPÚBLICA FRANCESA

Nota prèvia

- Les transparències que segueixen a continuació són propietat del Professor Pierre-Christian Soccoja, membre directiu del Servei Central de Prevenció de la Corrupció, que depèn del Ministeri de Justícia de la República Francesa.
- Les transparències van servir de base per a la impartició d'un curs de cicle curt (30 dies) sobre control de la corrupció a l'Escola Nacional d'Administració francesa (E.N.A.) i no han estat traduïdes, en no haver rebut resposta del seu propietari legal. Així doncs, es mostren en el seu estat original i amb les reserves legal que fan al cas.

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

L'approche française de la lutte contre la corruption

Concrètement :

- Promulgation de la loi 93-122 du 29 janvier 1993 qui détermine des mesures de prévention de la corruption et de transparence de la vie publique
- Renforcement de l'arsenal législatif concernant les manquements au devoir de probité

La corruption dans le code pénal français

Délit qui se caractérise par un **« pacte de corruption »,** convention, souvent occulte, entre le corrupteur et le corrompu pour obtenir un avantage - concrétisé ou non- en contrepartie du versement d'espèces, d'avantages matériels ou de prestations en nature

Il est difficile de prouver l'existence du pacte de corruption

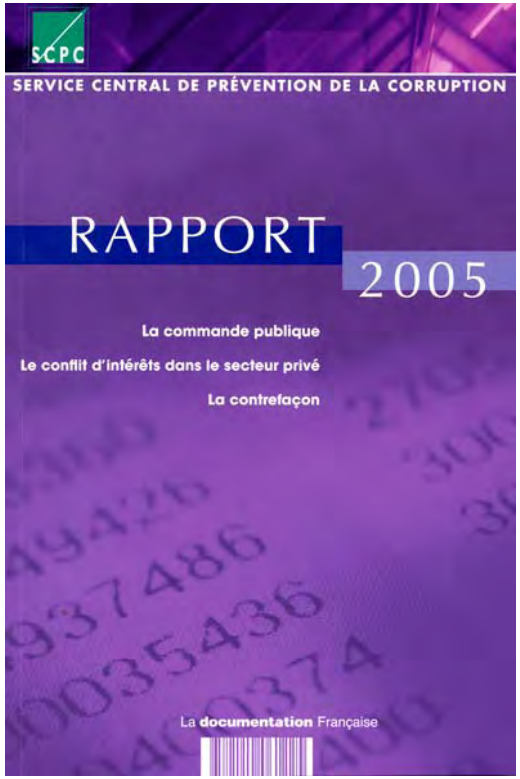
Les acteurs de la lutte contre la corruption

Les acteurs de la lutte contre la corruption

L'engagement international

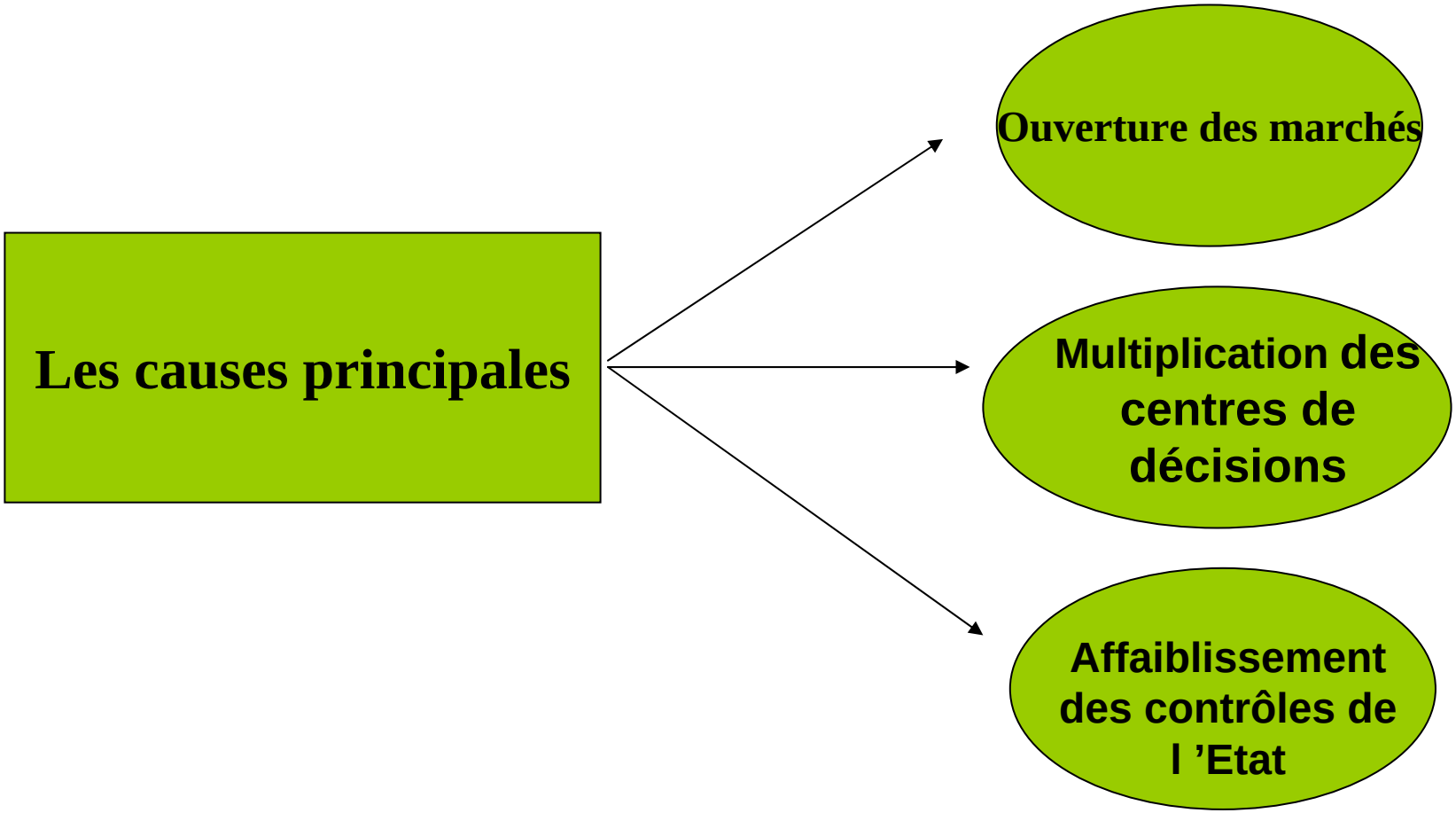
- Ratification de la convention des Nations unies contre la corruption (2003) et de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (1997)
- Application des conventions et accords de l'UE
- Signature des conventions du Conseil de l'Europe
- Membre du GAFI et signature de nombreux accords de coopération bilatéraux (police, douanes, justice…)

En 2005, la France se situe au 18ème rang sur 158 du classement mondial de l'indice de perception de la corruption établi par Transparency International



Service Central de Prévention de la Corruption

Dans les années 1990, on assiste au développement d'affaires de corruption impliquant des politiques et des entrepreneurs.



Contexte

Lois de décentralisation **de 1982/1983**

- **Transfert de compétence et de ressources aux exécutifs locaux**
- **Suppression de la tutelle de l'État**
- **Création des Chambres Régionales des Comptes**

La crise économique

- **Les entreprises se tournent davantage vers les marchés publics**

Loi sur les marchés du 3/1/1991

- **Création de la MIEM.**
- **Création de l 'infraction de favoritisme**

Volonté affichée du gouvernement de lutter contre la corruption

Extrait de la déclaration de politique générale du Premier ministre, le 08 avril 1992 :

« Il faut guérir la corruption, il faut la prévenir aussi »

La Loi du 29 janvier 1993 (dite loi Sapin) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, porte création du

Service Central de Prévention de la Corruption

Cette loi a été complétée par le Décret n°93-232 du 22 février 1993

Service unique au plan national,

il a pour objet la <u>prévention de la corruption.</u>

Caractéristiques

- **Indépendant**
- **Permanent**
- **A composition interministérielle**

INDEPENDANT

Dirigé par un magistrat hors hiérarchie nommé par décret du Président de la République, pour une durée de 4 ans…

…le S.C.P.C. est placé auprès du garde des Sceaux, ministre de justice.

Le S.C.P.C :

- Procède au recrutement de ses collaborateurs,
- Dispose d'un budget de fonctionnement autonome,
- Élabore seul les axes de son action et de ses recherches,
- Est responsable de la publication de son rapport annuel.

PERMANENT

L ’étude de la corruption nécessite une action sur la durée.

A COMPOSITION INTERMINISTERIELLE

Ce sujet nécessite une approche faisant appel au droit pénal, au droit des sociétés, aux marchés publics, de la concurrence, au droit fiscal, à la comptabilité etc..

Le service est composé :

- d’un chef de service, magistrat de l’ordre judiciaire hors hiérarchie
- d’un secrétaire général
- de conseillers provenant de la magistrature, des juridictions financières, du ministère de l’intérieur (corps préfectoral et police nationale), du ministère de la défense (gendarmerie), du ministère de l’économie et des finances et de l’industrie, du ministère de l’équipement.

CHAMP DE COMPETENCE

- Les faits de corruption active ou passive, publique et privée,
- De trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique ou par des particuliers,
- De concussion,
- De prise illégale d'intérêts
- D'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL

TRANSPARENCY INTERNATIONAL

- Dossier especial sobre el problema de la corrupció

  a) Qüestions prèvies : Transparency International (http:/www.transparency.org)

  b) L'índex de transparència dels ajuntaments espanyols (ITA) 2008).

a) Mapa de la corrupció mundial i l'índex de percepció de la corrupció

Print

Close Window

TRANSPARENCY INTERNATIONAL
the global coalition against corruption

CORRUPTION RUINS LIVES.
FIGHT BACK.

Corruption Perceptions Index 2008

CPI 2008
9.0 - 10.0
8.0 - 8.9
7.0 - 7.9
6.0 - 6.9
5.0 - 5.9
4.0 - 4.9
3.0 - 3.9
2.0 - 2.9
1.0 - 1.9
no data

Download world map and poster of the CPI 2008

Transparency International commissioned Prof. Dr J. Graf Lambsdorff of the University of Passau to produce the CPI table. For information on data and methodology, please consult the frequently asked questions and the CPI methodology on www.icgg.org

Press Kits

Arabic Chinese English French Portuguese Russian Spanish

The press kits include the following CPI 2008 data: Table of results, regional highlights, sources, short methodology, frequently asked questions, TI press release, press contacts.

2008 CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX

country rank	country	2008 CPI score	surveys used	confidence range
1	Denmark	9.3	6	9.1 - 9.4
1	New Zealand	9.3	6	9.2 - 9.5
1	Sweden	9.3	6	9.2 - 9.4
4	Singapore	9.2	9	9.0 - 9.3
5	Finland	9.0	6	8.4 - 9.4
5	Switzerland	9.0	6	8.7 - 9.2
7	Iceland	8.8	5	8.1 - 9.4
7	Netherlands	8.8	6	8.5 - 9.1
9	Australia	8.7	8	8.2 - 9.1
9	Canada	8.7	6	8.4 - 9.1
11	Luxembourg	8.3	6	7.8 - 8.8
12	Austria	8.1	6	7.6 - 8.6
12	Hong Kong	8.1	8	7.5 - 8.6
14	Germany	7.9	6	7.5 - 8.2
14	Norway	7.9	6	7.5 - 8.3
16	Ireland	7.7	6	7.5 - 7.9
16	United Kingdom	7.7	6	7.2 - 8.1
18	Belgium	7.3	6	7.2 - 7.4
18	Japan	7.3	8	7.0 - 7.5

18	USA	7,0	8	6.7 - 7.7
21	Saint Lucia	7,1	3	6.6 - 7.3
22	Barbados	7,0	4	6.5 - 7.3
23	Chile	6,9	7	6.5 - 7.2
23	France	6,9	9	6.9 - 7.2
23	Uruguay	6,9	5	6.9 - 7.2
26	Slovenia	6,7	8	6.5 - 7.0
27	Estonia	6,6	8	6.2 - 6.9
28	Qatar	6,5	4	5.8 - 7.0
29	Saint Vincent and the Grenadines	6,5	3	4.7 - 7.3
29	Spain	6,5	8	5.7 - 6.9
31	Cyprus	6,4	3	5.9 - 6.8
32	Portugal	6,1	5	5.5 - 6.7
33	Dominica	6,0	3	4.7 - 6.8
33	Israel	6,0	5	5.5 - 6.3
35	United Arab Emirates	5,9	5	4.5 - 6.5
36	Botswana	5,8	5	5.2 - 6.4
36	Malta	5,8	4	5.3 - 6.3
36	Puerto Rico	5,8	4	5.0 - 6.5
39	Taiwan	5,7	8	5.4 - 6.0
40	South Korea	5,6	9	5.2 - 6.3
41	Mauritius	5,5	5	4.9 - 6.4
41	Oman	5,5	3	4.6 - 6.4
43	Bahrain	5,4	5	4.3 - 5.9
43	Macao	5,4	4	3.8 - 6.2
45	Bhutan	5,2	5	4.5 - 5.8
45	Czech Republic	5,2	8	4.8 - 5.9
47	Cape Verde	5,1	3	3.4 - 5.8
47	Costa Rica	5,1	5	4.8 - 5.3
47	Hungary	5,1	8	4.8 - 5.4
47	Jordan	5,1	7	4.0 - 6.2
47	Malaysia	5,1	9	4.5 - 5.7
52	Latvia	5,0	6	4.8 - 5.2
52	Slovakia	5,0	8	4.5 - 5.3
54	South Africa	4,9	9	4.5 - 5.1
55	Italy	4,8	8	4.0 - 5.5
55	Seychelles	4,8	4	3.7 - 5.8
57	Greece	4,7	6	4.2 - 5.0
58	Lithuania	4,6	6	4.1 - 5.2
58	Poland	4,6	8	4.0 - 5.2
58	Turkey	4,6	7	4.1 - 5.1
61	Namibia	4,5	5	3.8 - 5.1
62	Croatia	4,4	8	4.0 - 4.8
62	Samoa	4,4	3	3.4 - 4.9

62	Tunisia	4.4	6	3.5 - 5.5
63	Cuba	4.3	4	3.6 - 4.8
63	Kuwait	4.3	5	3.5 - 5.2
67	El Salvador	3.9	5	3.2 - 4.5
67	Georgia	3.9	7	3.2 - 4.6
67	Ghana	3.9	8	3.4 - 4.5
70	Colombia	3.8	7	3.3 - 4.5
70	Romania	3.8	8	3.4 - 4.2
72	Bulgaria	3.6	9	3.0 - 4.3
72	China	3.6	8	3.1 - 4.3
72	Macedonia (Former Yugoslav Republic of)	3.6	8	2.9 - 4.3
72	Mexico	3.6	7	3.4 - 3.9
72	Peru	3.6	8	3.1 - 4.1
72	Suriname	3.6	4	3.3 - 4.0
72	Swaziland	3.6	4	2.9 - 4.3
72	Trinidad and Tobago	3.6	4	3.1 - 4.0
80	Brazil	3.5	7	3.2 - 4.0
80	Burkina Faso	3.5	7	2.9 - 4.2
80	Morocco	3.5	6	3.0 - 4.0
80	Saudi Arabia	3.5	5	3.0 - 3.9
80	Thailand	3.5	8	3.0 - 3.9
85	Albania	3.4	5	3.3 - 3.4
85	India	3.4	10	3.2 - 3.6
85	Madagascar	3.4	7	2.8 - 4.0
85	Montenegro	3.4	5	2.5 - 4.0
85	Panama	3.4	5	2.9 - 3.7
85	Senegal	3.4	7	2.9 - 4.0
85	Serbia	3.4	6	3.0 - 4.0
92	Algeria	3.2	6	2.9 - 3.4
92	Bosnia and Herzegovina	3.2	7	2.9 - 3.6
92	Lesotho	3.2	5	2.9 - 3.6
92	Sri Lanka	3.2	7	2.9 - 3.5
95	Benin	3.1	6	2.8 - 3.4
95	Gabon	3.1	4	2.8 - 3.3
95	Guatemala	3.1	5	2.3 - 4.0
95	Jamaica	3.1	5	2.8 - 3.3
95	Kiribati	3.1	3	2.5 - 3.4
95	Mali	3.1	6	2.5 - 3.3
102	Bolivia	3.0	5	2.6 - 3.2
102	Djibouti	3.0	4	2.7 - 3.3
102	Dominican Republic	3.0	5	2.7 - 3.2
102	Lebanon	3.0	4	2.2 - 3.6
102	Mongolia	3.0	7	2.6 - 3.3
102	Rwanda	3.0	5	2.7 - 3.2

102	Tanzania	3.0	7	2.5 - 3.3
109	Argentina	2.9	7	2.5 - 3.3
109	Armenia	2.9	7	2.6 - 3.1
109	Belize	2.9	3	1.8 - 3.7
109	Moldova	2.9	7	2.4 - 3.7
109	Solomon Islands	2.9	3	2.5 - 3.3
109	Vanuatu	2.9	3	2.5 - 3.2
115	Egypt	2.8	8	2.4 - 3.2
115	Malawi	2.8	5	2.4 - 3.1
115	Maldives	2.8	4	1.7 - 4.3
115	Mauritania	2.8	7	2.2 - 3.7
115	Niger	2.8	6	2.4 - 3.0
115	Zambia	2.8	7	2.5 - 3.0
121	Nepal	2.7	6	2.4 - 3.0
121	Nigeria	2.7	7	2.3 - 3.0
121	Sao Tome and Principe	2.7	3	2.1 - 3.1
121	Togo	2.7	6	1.9 - 3.7
121	Viet Nam	2.7	9	2.4 - 3.1
126	Eritrea	2.6	5	1.7 - 3.6
126	Ethiopia	2.6	7	2.2 - 2.9
126	Guyana	2.6	4	2.4 - 2.7
126	Honduras	2.6	6	2.3 - 2.5
126	Indonesia	2.6	10	2.3 - 2.9
126	Libya	2.6	5	2.2 - 3.3
126	Mozambique	2.6	7	2.4 - 2.9
126	Uganda	2.6	7	2.2 - 3.0
134	Comoros	2.5	3	1.9 - 3.0
134	Nicaragua	2.5	6	2.2 - 2.7
134	Pakistan	2.5	7	2.0 - 2.6
134	Ukraine	2.5	8	2.2 - 2.8
138	Liberia	2.4	4	1.8 - 2.8
138	Paraguay	2.4	5	2.0 - 2.7
138	Tonga	2.4	3	1.9 - 2.6
141	Cameroon	2.3	7	2.0 - 2.7
141	Iran	2.3	4	1.9 - 2.5
141	Philippines	2.3	9	2.1 - 2.5
141	Yemen	2.3	5	1.8 - 2.8
145	Kazakhstan	2.2	5	1.9 - 2.7
145	Timor-Leste	2.2	4	1.8 - 2.5
147	Bangladesh	2.1	7	1.7 - 2.4
147	Kenya	2.1	7	1.9 - 2.4
147	Russia	2.1	8	1.9 - 2.3
147	Syria	2.1	5	1.6 - 2.4
151	Belarus	2.0	5	1.6 - 2.5

151	Central African Republic	2,0	5	1.6 - 2.2
151	Côte d'Ivoire	2,0	6	1.7 - 2.5
151	Ecuador	2,0	5	1.6 - 2.2
151	Laos	2,0	6	1.6 - 2.3
151	Papua New Guinea	2,0	5	1.6 - 2.3
151	Tajikistan	2,0	3	1.7 - 2.3
158	Angola	1,9	6	1.5 - 2.2
158	Azerbaijan	1,9	3	1.7 - 2.1
158	Burundi	1,9	6	1.5 - 2.3
158	Congo, Republic	1,9	6	1.8 - 2.0
158	Gambia	1,9	5	1.5 - 2.4
158	Guinea-Bissau	1,9	2	1.8 - 2.0
158	Sierra Leone	1,9	5	1.8 - 2.0
158	Venezuela	1,9	7	1.8 - 2.0
165	Cambodia	1,8	7	1.7 - 1.9
165	Kyrgyzstan	1,8	7	1.7 - 1.9
165	Turkmenistan	1,8	5	1.5 - 2.2
165	Uzbekistan	1,8	6	1.5 - 2.2
165	Zimbabwe	1,8	7	1.5 - 2.1
171	Congo, Democratic Republic	1,7	6	1.6 - 1.9
171	Equatorial Guinea	1,7	4	1.6 - 1.8
173	Chad	1,6	4	1.5 - 1.7
173	Guinea	1,6	5	1.3 - 1.9
173	Sudan	1,6	5	1.5 - 1.7
176	Afghanistan	1,5	4	1.1 - 1.8
177	Haiti	1,4	4	1.1 - 1.7
178	Iraq	1,3	4	1.1 - 1.6
178	Myanmar	1,3	4	1.0 - 1.5
180	Somalia	1,0	4	0.5 - 1.4

Download CPI 2008 table and sources
Download CPI 2008 sources by country

Explanatory notes*

* CPI Score relates to perceptions of the degree of corruption as seen by business people and country analysts, and ranges between 10 (highly clean) and 0 (highly corrupt).

** Confidence range provides a range of possible values of the CPI score. This reflects how a country's score may vary, depending on measurement precision. Nominally, with 5 percent probability the score is above this range and with another 5 percent it is below. However, particularly when only few sources are available, an unbiased estimate of the mean coverage probability is lower than the nominal value of 90%.

*** Surveys used refers to the number of surveys that assessed a country's performance. 13 surveys and expert assessments were used and at least 3 were required for a country to be included in the CPI.

Transparency International e.V. copyright © 1994-2009

TRANSPARENCY INTERNATIONAL

Índice de Percepción de la Corrupción

Información regional: América

Países/territorios incluidos: 32

De los 32 países de América incluidos en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2008 de Transparency International (TI), 22 obtuvieron una puntuación inferior a 5 sobre un total de 10 puntos, lo que demuestra un grave problema de corrupción, en tanto 11 países no lograron superar la marca de los tres puntos, lo que indica que existen niveles de corrupción desenfrenados.

Los resultados reflejan la triste tendencia que ha afectado a la región durante los últimos años y que persiste actualmente. Las iniciativas anticorrupción parecen haberse paralizado en gran medida, lo que resulta especialmente inquietante a la luz de los programas de reforma impulsados por numerosos gobiernos, así como del lugar preponderante que ocupa el tema de la corrupción en la agenda política y las campañas electorales en la región.

No existe una única solución, y el contexto específico de cada país debe ser analizado independientemente. Sin embargo, pueden identificarse algunos factores regionales que continúan afectando la lucha contra la corrupción en América Latina y, en el Caribe.

En los últimos años, el fuerte crecimiento económico que se produjo en la región, que en 2007 superó un promedio del 5%, no ha necesariamente conllevado una reducción de la desigualdad en los ingresos. El *Barómetro Global de la Corrupción* 2007 de TI (una encuesta a ciudadanos que registra sus experiencias y percepciones de corrupción) y otros estudios llevados a cabo por los capítulos nacionales de TI demuestran que las familias de bajos ingresos suelen pagar sobornos con mayor frecuencia, los cuales consumen los escasos recursos del grupo familiar. Por ello, Transparency International concentra su labor regional en brindar asistencia a los sectores empobrecidos para ayudarles a superar el obstáculo de la corrupción.

El *Informe Global de la Corrupción* 2007 reveló que América Latina mostraba los niveles más bajos de confianza en el Poder Judicial, en tanto un 73% de las personas encuestadas en 10 países de América Latina manifestaron que el Poder Judicial era corrupto. La incapacidad de los sistemas judiciales para sancionar a quienes cometen delitos en algunos países fomenta la percepción de impunidad de los sectores poderosos, la sensación de inseguridad entre los ciudadanos comunes y un menor interés por parte de los inversionistas extranjeros.

En términos más generales, en 2004, el 48% de los encuestados para el *Barómetro Global de la Corrupción* en América Latina señalaron que esperaban que la corrupción se incrementara en los siguientes tres años; en 2007, este porcentaje ascendió al 54%. Por lo tanto, es fundamental que los gobiernos actúen con celeridad para alcanzar resultados concretos y visibles. Una de las primeras cuestiones que deben ser abordadas es la deficiencia estructural que permite que redes de personas, tanto lícitas como ilícitas, desvirtúen las políticas públicas para su propio beneficio y pongan en riesgo la calidad del gobierno, así como su capacidad de actuar con miras al bien general.

Estas cuestiones comunes son, aparentemente, determinantes para alimentar la perpetua sensación de que no se logran avances en la lucha contra la corrupción en América Latina y el Caribe. Si bien la región ha avanzado notablemente en la adopción de las convenciones y los instrumentos legales contra la corrupción, resulta claro que muchos países aún no aseguran la efectiva vigencia del imperio de la ley.

En el caso de América del Norte, aunque la situación en Estados Unidos es diferente, esto no implica que sea necesariamente mejor. La puntuación de EE. UU., de 7,3 en 2008, ha sufrido un leve descenso durante los últimos años, y su posición en el ranking mundial (18) continúa siendo una de las más bajas entre los principales países industrializados del planeta. Algunos de los factores que inciden en esta situación son la sensación generalizada de que la política financiera debe ser objeto de reforma, y la percepción de que los grupos de presión y ciertos grupos de

Interés tienen una indebida injerencia en la toma de decisiones políticas. Casi tres cuartos de los votantes encuestados con posterioridad a las elecciones parlamentarias de 2006 en EE. UU. señalaron a la corrupción como un problema sumamente importante. Desde entonces, las constantes denuncias de corrupción en el ámbito federal, estatal y municipal también han contribuido a alimentar las inquietudes de la población en torno a esta cuestión.

Canadá, país que obtuvo la puntuación más alta de la región, conserva su puesto entre los diez países con los niveles más bajos corrupción percibida, y se ha convertido en un referente y modelo para toda América.

Posición [illegible]	Posición [illegible]	País [illegible]	Puntuación [illegible]	Intervalos de [illegible]	Encuestas [illegible]
9	1	Canadá	[illegible]	8,4 - 9,1	6
18	2	EE. UU.	[illegible]	6,7 - 7,7	8
21	3	Santa Lucía	[illegible]	6,6 - 7,3	3
22	4	Barbados	[illegible]	6,5 - 7,3	4
23	5	Chile	[illegible]	6,5 - 7,2	7
23	6	Uruguay	[illegible]	6,5 - 7,2	6
28	7	San Vicente y las Granadinas	[illegible]	4,7 - 7,3	3
33	8	Dominica	[illegible]	4,7 - 6,8	3
36	9	Puerto Rico	[illegible]	5,0 - 6,6	4
47	10	Costa Rica	[illegible]	4,6 - 5,3	5
65	11	Cuba	[illegible]	3,6 - 4,5	4
67	12	El Salvador	[illegible]	3,2 - 4,5	5
70	13	Colombia	[illegible]	3,3 - 4,5	7
72	14	Trinidad y Tabago	[illegible]	3,1 - 4,3	4
72	14	México	[illegible]	3,4 - 3,9	7
72	14	Perú	[illegible]	3,1 - 4,1	6
72	14	Suriname	[illegible]	3,3 - 4,0	4
80	18	Brasil	[illegible]	3,2 - 4,0	7
85	19	Panamá	[illegible]	2,8 - 3,7	5
96	20	Guatemala	[illegible]	2,3 - 4,3	5
96	20	Jamaica	[illegible]	2,8 - 3,3	5
102	22	República Dominicana	[illegible]	2,7 - 3,2	5
102	22	Bolivia	[illegible]	2,8 - 3,2	6
109	24	Argentina	[illegible]	2,5 - 3,3	7
109	24	Belice	[illegible]	1,8 - 2,7	3
126	26	Honduras	[illegible]	2,3 - 2,9	6
126	26	Guyana	[illegible]	2,4 - 2,7	4
134	28	Nicaragua	[illegible]	2,2 - 2,7	6
138	29	Paraguay	[illegible]	2,0 - 2,7	5
151	30	Ecuador	[illegible]	1,6 - 2,2	5
158	31	Venezuela	[illegible]	1,8 - 2,0	7
177	32	Haití	[illegible]	1,1 - 1,7	4

###

Contactos para los medios:

Gypsy Guillén Kaiser, ggkaiser@transparency.org
Tel:+49 30 3438 20 662

Jesse García, jgarcia@transparency.org
Tel.: +49 30 3438 20 667

Transparency International
Alt Moabit 96
10559 Berlín, Alemania
www.transparency.org

TRANSPARENCY INTERNATIONAL
the coalition against corruption

Información técnica adicional:
Prof. Dr. Johann Graf Lambsdorff
Universidad de Passau, Alemania
Tel.: +49 851 509 2561
jlambsd@uni-passau.de

http://www.transparency.org

Alt Moabit 96,
10559 Berlin, Alemania
Tel.: +49-30-3438 20666

ADVERTENCIA: No deberá divulgarse ningún dato de los documentos hasta el 23 de septiembre de 2008 a las 10:00 hora Berlín/Frankfurt/Madrid, es decir, las 09:00 hora de Londres y 04:00 hora del Pacífico de Greenwich.

Breve nota metodológica
Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2008 de Transparency International

1. El IPC se calcula con información recolectada en los últimos dos años. Para el IPC 2008, se incluyen datos recolectados en 2007 y 2008.
2. Para elaborar el IPC 2008 se usa información proveniente de 13 fuentes diferentes recolectada por 11 instituciones independientes. Todas las fuentes miden el alcance general de la corrupción (frecuencia y/o magnitud de los sobornos) en el sector público y político, y evalúan múltiples países en un mismo estudio lo que permite crear un ranking con su información.
3. En el caso de las fuentes que sean encuestas de las que se disponga de los datos correspondientes a varios años, el IPC incluye los datos de los dos últimos con el fin de evitar cambios abruptos en el puntaje de los países.
4. Para las fuentes que sean evaluaciones de expertos (agencias de calificación de riesgo/analistas de país), sólo se incluye la última calificación disponible, puesto que estos puntajes generalmente son revisados por homólogos, y cambian poco de año a año.
5. La evaluación sobre qué tan extendida está la corrupción en los países estudiados es realizada por expertos de país, residentes y no residentes. Para el IPC 2008, estas evaluaciones fueron realizadas por expertos de: Banco Asiático de Desarrollo, Banco Africano de Desarrollo. Índice de Transformación Bertelsmann, Banco Mundial, Economist Intelligence Unit. Freedom House, Global Insight y Merchant International Group. Otra fuente adicional son los empresarios residentes que evalúan su propio país; en el IPC 2008, estas encuestas fueron realizadas por: IMD, Political and Economic Risk Consultancy y el Foro Económico Mundial.
6. El primer paso para determinar la puntuación de un país es estandarizar la información recogida por las fuentes originales. La estandarización se efectúa usando una técnica de *matching* de percentiles. Para esto se utilizan los rankings de países proporcionados por cada fuente individual. Esta técnica es apropiada cuando se trata de combinar datos con distribuciones estadísticas diferentes. Si bien al emplearla se pierde información de las fuentes originales, garantiza que las puntuaciones permanezcan dentro de los límites del IPC, es decir, entre 0 y 10.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL
the coalition against corruption

Información técnica adicional:
Prof. Dr. Johann Graf Lambsdorff
Universidad de Passau, Alemania
Tel.: +49 851 509 2551
jlambsd@uni-passau.de

http://www.transparency.org

Alt Moabit 96,
10559 Berlin, Alemania
Tel.: +49-30-3438 20666

ADVERTENCIA: No deberá divulgarse ninguno de los documentos hasta el 23 de septiembre de 2008 a las 10:00 hora central europea/hora de Berlín, es decir, las 09:00 hora de Londres y 08:00 hora del meridiano de Greenwich.

Breve nota metodológica
Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2008 de Transparency International

1. El IPC se calcula con información recolectada en los últimos dos años. Para el IPC 2008, se incluyen datos recolectados en 2007 y 2008.
2. Para elaborar el IPC 2008 se usa información proveniente de 13 fuentes diferentes recolectada por 11 instituciones independientes. Todas las fuentes miden el alcance general de la corrupción (frecuencia y/o magnitud de los sobornos) en el sector público y político, y evalúan múltiples países en un mismo estudio lo que permite crear un ranking con su información.
3. En el caso de las fuentes que sean encuestas de las que se disponga de los datos correspondientes a varios años, el IPC incluye los datos de los dos últimos con el fin de evitar cambios abruptos en el puntaje de los países.
4. Para las fuentes que sean evaluaciones de expertos (agencias de calificación de riesgo/analistas de país), sólo se incluye la última calificación disponible, puesto que estos puntajes generalmente son revisados por homólogos, y cambian poco de año a año.
5. La evaluación sobre qué tan extendida está la corrupción en los países estudiados es realizada por expertos de país, residentes y no residentes. Para el IPC 2008, estas evaluaciones fueron realizadas por expertos de: Banco Asiático de Desarrollo, Banco Africano de Desarrollo, Índice de Transformación Bertelsmann, Banco Mundial, Economist Intelligence Unit, Freedom House, Global Insight y Merchant International Group. Otra fuente adicional son los empresarios residentes que evalúan su propio país; en el IPC 2008, estas encuestas fueron realizadas por: IMD, Political and Economic Risk Consultancy y el Foro Económico Mundial.
6. El primer paso para determinar la puntuación de un país es estandarizar la información recogida por las fuentes originales. La estandarización se efectúa usando una técnica de *matching* de percentiles. Para esto se utilizan los rankings de países proporcionados por cada fuente individual. Esta técnica es apropiada cuando se trata de combinar datos con distribuciones estadísticas diferentes. Si bien al emplearla se pierde información de las fuentes originales, garantiza que las puntuaciones permanezcan dentro de los límites del IPC, es decir, entre 0 y 10.

7. El segundo paso es someter los datos a una transformación beta con el fin de aumentar la desviación estándar de las puntuaciones que se pierde año a año con la estandarización inicial.
8. Para determinar la puntuación de cada país se promedian los valores estandarizados.
9. La clasificación y la puntuación del IPC son acompañados del número de fuentes, el rango mínimo y máximo en el que se encuentran los valores, la desviación estándar y el intervalo de confianza por país.
10. Los intervalos de confianza indican qué tan preciso es el puntaje de cada país. Los intervalos son estimados por medio de una metodología no paramétrica de *bootstraping*. El resultado son intervalos de confianza del 90% que indican que existe una probabilidad de 5% de que el valor del índice esté por encima de dicho intervalo y una probabilidad de 5% de que el valor del índice esté por debajo de este.
11. La investigación demuestra que una estimación imparcial de la probabilidad de cobertura para el intervalo de confianza es inferior a su valor nominal del 90%. La precisión de la estimación de los intervalos de confianza se incrementa según el número de fuentes: con 3 fuentes, 65,3%; con 4 fuentes, 73,6%; con 5 fuentes, 78,4%; con 6 fuentes, 80,2%; y con 7 fuentes, 81,8%.
12. La confiabilidad general de los datos originales queda confirmada con la alta correlación entre las fuentes. Los coeficientes de correlación de Pearson y Kendall estimados fueron 0,78 y 0,63 respectivamente.

ADVERTENCIA: no debería difundirse ninguno de los documentos hasta el 23 de septiembre de 2008 a las 10:00 horas central europea (GMT+01:00). Las [illegible] y los [illegible] de [illegible] deben [illegible]

Preguntas Frecuentes

Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2008 de Transparency International

General

- ¿Qué es el Índice de Percepción de la Corrupción?
- ¿Cómo se define la corrupción en el contexto del IPC?
- ¿Por qué el IPC se basa únicamente en percepciones?

Método

- ¿Cuántos países se incluyen en el IPC 2008?
- ¿Por qué ya no se publica información sobre algunos países en el IPC y por qué se incluyen nuevos países?
- ¿Qué países podrían añadirse en futuras mediciones del IPC?
- ¿Cuáles son las fuentes de datos para elaborar el IPC?
- ¿De quiénes son las opiniones que se sondean para las encuestas del IPC?
- ¿El IPC reproduce lo que difunde?
- ¿De qué forma asegura TI el control de calidad del IPC?

Interpretación del IPC

- ¿Qué tiene más importancia, el ranking de un país o su puntuación?
- ¿El país con la puntuación más baja es el país más corrupto del mundo?
- Ejemplo: ¿Qué significa el rango obtenido por Somalia en el IPC 2008?
- ¿Se pueden comparar las puntuaciones de los países del IPC 2008 con las de IPC anteriores?
- ¿Por qué no se registran cambios más marcados en la puntuación de países concretos, teniendo en cuenta la seriedad de las reformas anticorrupción o la reciente difusión de escándalos de corrupción?

Cambios en las puntuaciones entre 2007 y 2008

- ¿Qué puntuaciones nacionales se han deteriorado más entre 2007 y 2008?
- ¿Qué puntuaciones nacionales han mejorado más?

Aplicación del IPC

- ¿Es el IPC una medida fiable del nivel de corrupción percibido en un país?
- ¿Es el IPC una medida fiable a la hora de decidir la asignación de ayudas?

La lucha contra la corrupción y el IPC de Transparency International

- ¿Cómo se financia el IPC?
- ¿Qué diferencia hay entre el Barómetro Global de la Corrupción (BGC) y el IPC?
- ¿Qué diferencia hay entre el Índice de Fuentes de Soborno (IFS) y el IPC?

General

¿Qué es el IPC?
El Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de Transparency International clasifica países según el grado de corrupción percibido como existente entre los funcionarios públicos y políticos. Es un índice compuesto, es decir, una encuesta de encuestas. Los datos relacionados con la corrupción se obtienen de sondeos a expertos y a empresas llevados a cabo por varias instituciones independientes y acreditadas. El IPC refleja opiniones de todo el mundo, incluidas aquellas de expertos que residen en los países evaluados. Transparency International encarga la elaboración del IPC a Johann Graf

Lambsdorff, Catedrático de Teoría Económica de la Universidad de Passau y Asesor de Investigaciones Senior para TI.

¿Cómo se define la corrupción en el contexto del IPC?
El IPC se centra en la corrupción en el sector público y la define como el abuso del servicio público para el beneficio particular. Las encuestas utilizadas para la composición del IPC plantean preguntas relacionadas con este fenómeno e incluyen, por ejemplo: frecuencia y magnitud de los sobornos a funcionarios públicos, pagos irregulares en las contrataciones públicas, malversación de fondos públicos o aspectos que demuestran la solidez y la efectividad de las iniciativas anticorrupción, abarcando de este modo los aspectos administrativos y políticos de la corrupción.

¿Por qué el IPC se basa únicamente en percepciones?
Es difícil evaluar niveles generales de corrupción en diferentes países a partir de datos puramente empíricos, por ejemplo, comparando el monto pagado en sobornos o el número de acusaciones o de acciones judiciales. En este último caso, los datos comparativos no reflejan los niveles de corrupción reales; más bien, ponen en relieve la calidad de los fiscales, tribunales y/o los medios de comunicación a la hora de sacar a relucir la corrupción en cada país. Por lo tanto, un método eficaz para obtener datos de un país es recurrir a la experiencia y las percepciones de aquellos que afrontan más directamente la realidad de la corrupción en ese país.

Método

¿Cuántos países se incluyen en el IPC?
El IPC 2008 clasifica 180 países, el mismo número que se clasificó en 2007.

¿Cómo se elige a los países que se incluyen en el IPC?
Con el fin de incluir un país en el IPC, se requiere un mínimo de tres fuentes fiables de datos relacionados con la corrupción de ese país o territorio para ser agregado. La inclusión en el índice no indica la existencia de corrupción sino que depende exclusivamente de la disponibilidad de datos.

¿Qué países/territorios fueron agregados al IPC 2008 o eliminados de este?
Se produjo un leve cambio en la cobertura de países que las fuentes individuales cubren y esto permitió la inclusión de Puerto Rico. Lamentablemente, en el caso de Granada solo dos fuentes se encontraban disponibles, lo que no permitió su inclusión este año.

¿Qué países podrían añadirse en futuros IPC?
Transparency International busca continuamente y en forma activa incrementar la cantidad de países y territorios incluidos en el IPC. Si bien se requiere un mínimo de tres fuentes de datos fiables para el IPC, actualmente se evalúa la posibilidad de incluir a los siguientes países/territorios:

Los países o territorios con dos fuentes de datos son: Anguila, Antigua y Barbuda, Aruba, Bahamas, Bermuda, Brunei, Islas Caimán, Islas Fidji, Granada, Liechtenstein, Micronesia (Estados Federados de), Antillas Neerlandesas, Corea del Norte, Palestina, Saint Kitts y Nevis, y Tuvalu. Todos ellos requieren una fuente adicional de datos como mínimo para poder incluirlos en el IPC.

¿Cuáles son las fuentes de datos para elaborar el IPC?

El IPC 2008 se basa en 13 encuestas y estudios diferentes que proporcionan 11 instituciones independientes. TI se esfuerza por garantizar que las fuentes consultadas reúnan la máxima calidad y que la tarea del estudio se ejecute con plena integridad. Para poder ser utilizados, es necesario que los datos estén bien documentados y sean suficientes como para poder emitir una valoración sobre su fiabilidad. Todas las fuentes deben emitir una clasificación de naciones y medir el alcance general de la corrupción. Este requerimiento excluye aquellos estudios que combinan la corrupción con otros aspectos, como por ejemplo, la inestabilidad política, la descentralización o el nacionalismo.

Los datos del IPC se han proporcionado a TI de forma gratuita. Algunas fuentes prohíben la difusión de los datos que han aportado; otras, se pueden consultar libremente. En caso de que desee consultar una lista completa de las fuentes de estudios, detalles sobre las preguntas planteadas y cantidad de

encuestados para el IPC 2008, consulte la metodología del IPC en http://www.transparency.org/cpi o http://www.ICGG.org

¿De quiénes son las opiniones que se sondeen para las encuestas del IPC?
El conocimiento que se refleja en las puntuaciones del IPC parte de la comprensión de prácticas corruptas que comparten aquellos que residen tanto en el mundo industrializado como en países en vías de desarrollo, e incluye estudios tanto de empresarios como de analistas de país. Las fuentes que brindan datos para el IPC encuestan a expertos residentes y no residentes.
Es importante observar que la opinión de los residentes coincide bastante con la de los expertos no residentes.

¿El IPC reproduce lo que difunde?
El IPC de TI ha obtenido una amplia difusión en los medios de comunicación internacionales desde su primera publicación en 1995. Sin embargo, este hecho plantea la preocupación de que las valoraciones de los encuestados puedan verse influidas por los datos que publica TI, lo que introduciría un problema de circularidad. Esta hipótesis se puso a prueba en 2006 con una pregunta que se planteó en una encuesta a directivos empresariales de todo el mundo. Con más de 9.000 respuestas, se puede afirmar que el conocimiento del IPC no empuja a los expertos empresariales a "unirse al rebaño". El conocimiento del IPC puede animar a los encuestados a concretar sus propias opiniones. Este dato es un sólido indicador de que en la presente ocasión no existe circularidad.

¿De qué forma asegura TI un control de calidad del IPC?
La metodología del IPC se somete a la revisión de un Comité Asesor del Índice compuesto por expertos internacionales de primera línea en el ámbito de la corrupción, la econometría y la estadística. Los miembros de dicho comité sugieren mejoras del IPC, aunque la decisión final sobre la metodología aplicada la toma siempre la directiva de TI, sobre la base de los consejos académicos proporcionados por el Profesor Dr. Johann Graf Lambsdorff de la Universidad de Passau.

Interpretación del IPC

¿Qué tiene más importancia, el rango de un país o su puntuación?
La puntuación de un país es un indicador mucho más importante del nivel de corrupción percibido en ese país. La posición que un país ocupa en el ranking puede variar por el solo hecho de que se hayan incorporado países nuevos en el índice o de que otros hayan desparecido.

¿El país con la puntuación más baja es el país más corrupto del mundo?
No. El país con la puntuación más baja es aquel en el que se percibe que la corrupción es mayor entre los que se consideran en la lista. Existen más de 200 naciones soberanas en todo el mundo, y el IPC 2008 clasifica a 180 de ellas. El IPC no tiene información relativa a los países que no incluye su clasificación.

Ejemplo: ¿Qué significa el rango obtenido por Somalia en el IPC 2008?
La corrupción de Somalia se ha percibido como la más elevada en el IPC 2008. No obstante, esto no indica que Somalia sea el "país más corrupto del mundo" ni que los somalíes sean el "pueblo más corrupto". Si bien la corrupción es, efectivamente, uno de los retos más imponentes a los que se enfrentan la buena gobernabilidad, el desarrollo y la reducción de la pobreza en Somalia, la inmensa mayoría de sus habitantes son víctimas de la corrupción. La corrupción protagonizada por individuos poderosos, y la incapacidad de los líderes y las instituciones de controlar o evitar la corrupción, no implican que un país o sus habitantes sean los más corruptos.

¿Se pueden comparar las puntuaciones de los países del IPC 2008 con las de IPC anteriores?
El Índice proporciona, en primera instancia, una radiografía de las opiniones de empresarios y analistas de país para el año en curso o los últimos años, poniendo menos acento en las tendencias de un año a otro. En caso de efectuarse comparaciones con años anteriores, estas deberían basarse exclusivamente en la puntuación de un país y no en su rango, tal como se ha destacado antes.

Los cambios entre un año y otro en la puntuación de un país pueden deberse a un cambio en la percepción del desempeño de un país o a un cambio en la muestra o metodología del IPC. La única forma fiable de comparar la puntuación de un país a lo largo del tiempo es remitirse a las fuentes individuales de estudio, ya que cada una de ellas puede reflejar un cambio en la evaluación.

¿Por qué no se registran cambios más marcados en la puntuación de países concretos, teniendo en cuenta la intensidad o ausencia de reformas anticorrupción o la reciente difusión de escándalos de corrupción?
Es difícil mejorar la puntuación del IPC en un período de tiempo breve. El IPC 2008 parte de datos extraídos de los dos últimos años que, a su vez, hacen referencia a percepciones que pueden haberse formado aún antes de esa fecha. Esto implica que los cambios sustanciales en las percepciones de la corrupción tan sólo es probable que aparezcan en el índice en períodos de tiempo más prolongados.

Cambios en las puntuaciones entre 2007 y 2008

¿Qué puntuaciones nacionales se han deteriorado más entre 2007 y 2008?
Comparar un año con otro resulta problemático por los motivos que hemos señalado antes. En la medida en que se puedan vincular los cambios con las fuentes individuales, se puede identificar una cierta tendencia. Algunos ejemplos de deterioro en el IPC 2008 respecto de la clasificación del IPC 2007 son Bulgaria, Burundi, Finlandia, Francia, Italia, Macao, Maldivas, Noruega, Portugal, Somalia, Timor-Leste y el Reino Unido. En estos casos, se han producido cambios reales en las percepciones durante los dos últimos años.

¿Qué puntuaciones nacionales han mejorado más?
Siendo igualmente prudentes, a partir de los datos obtenidos de las fuentes que se han utilizado en forma coherente para el Índice, se pueden observar mejoras de 2007 a 2008 en el caso de Albania, Bahrein, Benin, Chipre, Corea del Sur, Dominica, Georgia, Indonesia, Jordania, Mauricio, Nigeria, Omán, Polonia, Qatar, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Tonga y Turquía.

Aplicación del IPC

¿Es el IPC una medida fiable del nivel de corrupción percibido en un país?
El IPC es una herramienta de medición sólida de las percepciones de la corrupción. Como tal, el IPC ha sido probado y ampliamente utilizado tanto por académicos como por analistas. Aún así, la fiabilidad del IPC varía de un país a otro. Los países que cuentan con un elevado número de fuentes y pequeñas diferencias en las valoraciones proporcionadas por estas, —indicadas por un limitado intervalo de confianza— transmiten una mayor fiabilidad en términos de puntuación y clasificación; y a la inversa.

¿Es el IPC una medida fiable a la hora de decidir la asignación de ayudas?
Algunos gobiernos han tratado de utilizar las puntuaciones de corrupción para determinar qué países reciben ayuda y cuáles no. TI no pretende que el IPC se utilice de esta forma. Los países que se perciben como muy corruptos no pueden darse por perdidos. Precisamente son ellos los que necesitan ayuda para poder salir de la espiral de corrupción y pobreza. Cuando se considere que un país es corrupto, este dato debería utilizarse como una señal para que los donantes hagan inversiones que incidan en el sistema de ese país para luchar contra la corrupción. Asimismo, si los donantes tienen la intención de respaldar proyectos de desarrollo a mayor escala en países que se perciben corruptos, deberían prestar especial atención a las señales de alarma y asegurarse de que se establezcan procesos de control adecuados.

La lucha contra la corrupción y el IPC de Transparency International

¿Cómo se financia el IPC?
Transparency International cuenta con la financiación de diversos organismos gubernamentales, fundaciones internacionales y corporaciones, cuyo respaldo económico hace posible el IPC. Las herramientas de medición de TI cuentan con el apoyo adicional de Ernst & Young. TI no aprueba las políticas de una empresa al aceptar su apoyo económico, así como tampoco implica a ninguno de sus patrocinadores en la gestión de proyectos. Si desea consultar más datos sobre las fuentes de financiación de Transparency International, visite http://www.transparency.org/supportus.

¿Qué diferencia hay entre el Barómetro Global de la Corrupción (BGC) y el IPC?
El IPC evalúa las percepciones de los expertos relativas a los niveles de corrupción en el sector público en diferentes países, mientras que el Barómetro Global de la Corrupción (véase http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/pcb) se encarga del estudio de actitudes frente a la corrupción y experiencias de corrupción entre el público general.

¿Qué diferencia hay entre el Índice de Fuentes de Soborno (IFS) y el IPC?
Mientras que el IPC indica los niveles de corrupción percibidos en diferentes países, el IFS se centra en la propensión a realizar prácticas de soborno en el exterior de las empresas de países líderes en exportación, proporcionando un indicador de la "parte suministradora" de la corrupción. El último Índice de Fuentes de Soborno se publicó en octubre de 2006 y se puede consultar en: http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/bpi. El próximo IFS se publicará a fines de 2008.

ADVERTENCIA: No debe [illegible] Informe De los documentos hasta el 23 de septiembre de 2008 [illegible] Berlín [illegible]

Apéndice: Fuentes para el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2008 de TI

Número	1	2	3
Sigla	ADB (por sus siglas en inglés)	AFDB (por sus siglas en inglés)	BTI (por sus siglas en inglés)
Fuente	Banco Asiático de Desarrollo	Banco Africano de Desarrollo	Fundación Bertelsmann
Nombre	Clasificaciones de Evaluación del Desempeño Nacional	Evaluaciones institucionales y de las Políticas Nacionales	Índice de Transformación de Bertelsmann
Recopilado/publicado	2007/2008	2007/08	2007/2008
Internet	http://www.adb.org/Documents/Reports/ADF/2007_ADF_PBA.pdf	http://www.afdb.org/pls/portal/docs/PAGEDB/_ADMIN_PGD/DOCUMENTS/REVUE%20DES%20DOCUMENTS%20PAYS%20PES%20ARC%20%28FRS%29FRS%2FPN%20WCB.PDF	http://www.bertelsmann-transformation-index.de/11.0.html?&L=1
¿A quién se encuestó?	Equipos del país, expertos internos del banco y externos	Equipos del país, expertos internos del banco y externos	Red de corresponsales locales, expertos de la organización y terceros
Tema tratado	Corrupción, conflictos de interés, desvío de fondos, así como iniciativas y logros en materia anticorrupción	Corrupción, conflictos de interés, desvío de fondos, así como iniciativas y logros en materia anticorrupción	La capacidad del gobierno de sancionar y controlar la corrupción
Número de respuestas	N. A.	N. A.	N. A.
Alcance	29 países (elegibles para financiamiento de la ADF)	52 países	125 países menos desarrollados y en transición

Número	4	5	6
Sigla	Banco Mundial (BDA e IBRD)	EIU (por sus siglas en inglés)	FH (por sus siglas en inglés)
Fuente	Evaluaciones institucionales y de las Políticas Nacionales	Economist Intelligence Unit	Freedom House
Nombre	Evaluación institucional y de las Políticas Nacionales	Servicio de Riesgo Nacional y Proyección Nacional	Naciones en tránsito
Recopilado/publicado	2007/2008	2008	2008
Internet	http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/IDA/0,,contentMDK:20600000~menuPK:62280600~pagePK:126314~piPK:437394~theSitePK:73154,00.html	www.eiu.com	http://www.freedomhouse.org/inc/index.php?option=com_content&task=view&id=1,35
¿A quién se encuestó?	Equipos del país, expertos internos del banco y externos	Evaluación de personal experto	Evaluación de expertos originarios o residentes del país en cuestión
Tema tratado	Corrupción, conflictos de interés, desvío de fondos, así como iniciativas y logros en materia anticorrupción	El abuso del ejercicio público para el lucro personal (o de un partido político)	Alcance de la corrupción en los gobiernos, según la percepción del público y la cobertura de los medios de comunicación, así como la implementación de medidas anticorrupción
Número de respuestas	N. A.	N. A.	N. A.
Alcance	75 países (elegibles para financiamiento de la IDA)	170 países	29 países/territorios

Apéndice • Índice de Percepción de la Corrupción 2008 • página 1 de 2

Número	7	8	9
Sigla	GI (por sus siglas en inglés)	IMD (por sus siglas en inglés)	
Fuente	Global Insight	IMD Internacional, Suiza, Centro de Competitividad Mundial	
Nombre	Calificaciones de riesgo de país	Anuario de Competitividad Mundial IMD	
Recopilado/publicado	2008	2007	2008
Internet	http://www.globalinsight.com	www.imd.ch/wcy	
¿A quién se encuestó?	Evaluación de personal experto	Ejecutivos en alta y media gerencia, empresas nacionales e internacionales	
Tema tratado	La probabilidad de intercambiar con funcionarios corruptos, desde corrupción menor a nivel burocrático hasta corrupción política a gran escala	Categoría marco institucional Eficiencia del estado: "El soborno y la corrupción existen/no existen"	
Número de respuestas	N. A.	Más de 4.000	
Alcance	203 países	55 países	55 países

Número	10	11	12
Sigla	MIG (por sus siglas en inglés)	PERC (por sus siglas en inglés)	
Fuente	Merchant International Group	Political & Economic Risk Consultancy	
Nombre	Dinámica de las Áreas Grises	Boletín de Noticias de Inteligencia Asiática	
Recopilado/publicado	2007	2007	2006
Internet	www.merchantmanagement.com	www.asiarisk.com	
¿A quién se encuestó?	Personal experto y red de corresponsales locales	Empresarios ejecutivos expatriados	
Tema tratado	Corrupción, desde el soborno de ministros gubernamentales hasta pagos al "más humilde de los empleados"	¿Qué tan grave considera el problema de la corrupción en el sector público?	
Número de respuestas	N. A.	1.475	1.400
Alcance	156 países	16 países	15 países

Número	13
Sigla	FEM
Fuente	Foro Económico Mundial
Nombre	Informe de Competitividad Mundial
Recopilado/publicado	2007/2008
Internet	www.weforum.org
¿A quién se encuestó?	Ejecutivos en alta y media gerencia; empresas nacionales e internacionales
Tema tratado	Los pagos extraordinarios no registrados a entornos relacionados con 1) exportaciones e importaciones, 2) servicios públicos, 3) recaudación de impuestos, 4) contratos públicos y 5) decisiones judiciales son comunes/jamás se producen
Número de respuestas	11.406
Alcance	131 países

Apéndice • Índice de Percepción de la Corrupción 2008 • página 2 de 2

ADVERTENCIA: No deberá divulgarse ninguno de los documentos hasta el 23 de septiembre de 2008 a las 10:00 hora central europea/09:00 hora del meridiano de Greenwich

Índice de Percepción de la Corrupción 2008 de Transparency International

La Puntuación del IPC correspondiente a un país o territorio indica el grado de corrupción en el sector público, según la percepción de empresarios y analistas de país, entre 10 (percepción de ausencia de corrupción) y 0 (percepción de muy corrupto).

Ranking país	País/Territorio	Puntuación IPC 2008	Desviación estándar	Intervalo de confianza	Encuestas utilizadas**
1	Dinamarca	9,3	0,2	9,1 - 9,4	6
1	Suecia	9,3	0,1	9,2 - 9,4	6
1	Nueva Zelanda	9	0,2	9,2 - 9,5	6
4	Singapur	9,2	0,3	9,0 - 9,3	9
5	Finlandia	9,0	0,3	8,4 - 9,4	6
5	Suiza	9,0	0,4	8,7 - 9,2	6
7	Islandia	8,9	0,9	8,1 - 9,4	5
7	Países Bajos	8,9	0,5	8,5 - 9,1	6
9	Australia	8,7	0,7	8,2 - 9,1	8
9	Canadá	8,7	0,5	8,4 - 9,1	6
11	Luxemburgo	8,3	0,8	7,8 - 8,8	6
12	Austria	8,1	0,8	7,6 - 8,6	8
12	Hong Kong	8,1	1	7,5 - 8,6	8
14	Alemania	7,9	0,6	7,5 - 8,2	8
14	Noruega	7,9	0,8	7,5 - 8,3	6
16	Irlanda	7,7	0,3	7,5 - 7,9	6
16	Reino Unido	7,7	0,7	7,2 - 8,1	6
18	EE. UU.	7,3	0,9	6,7 - 7,7	8
18	Japón	7,3	0,5	7,0 - 7,6	8
18	Bélgica	7,3	0,2	7,2 - 7,4	6
21	Santa Lucía	7,1	0,4	6,8 - 7,3	3
22	Barbados	7,0	0,5	6,5 - 7,3	4
23	Francia	6,9	0,7	6,5 - 7,3	6
23	Chile	6,9	0,5	6,5 - 7,2	7
23	Uruguay	6,9	0,5	6,5 - 7,2	5
26	Eslovenia	6,7	0,5	6,5 - 7,0	8
27	Estonia	6,6	0,7	6,2 - 6,9	8
28	España	6,5	1	5,7 - 6,9	6
28	Qatar	6,5	0,9	5,6 - 7,0	4
28	San Vicente y las Granadinas	6,5	1,5	4,7 - 7,3	3
31	Chipre	6,4	0,8	5,9 - 6,8	3
32	Portugal	6,1	0,9	5,6 - 6,7	6

Transparency International encargó al Prof. Dr. J. Graf Lambsdorff de la Universidad de Passau la preparación de la tabla del IPC. Para obtener más información sobre los datos y la metodología, consulte las preguntas frecuentes y la metodología del IPC.

www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi o www.icgu.org

Notas explicativas

Intervalo de confianza: Proporciona un rango de valores posibles de la puntuación del IPC. Refleja la forma en que puede variar la puntuación de un país, según la precisión de las mediciones, en términos nominales, con un 5% de probabilidad la puntuación se sitúa por encima de este rango, y con otro 5% por debajo. Sin embargo, especialmente cuando sólo se dispone de unas pocas fuentes, una estimación imparcial de la probabilidad de cobertura media es inferior al valor nominal del 90%.

****Encuestas utilizadas:** Hace referencia al número de encuestas que evaluaron el desempeño de un país. Se utilizaron 13 encuestas y evaluaciones de expertos, y se aplicó un requisito mínimo de 3 para que un país pudiera ser incluido en el IPC.

4 de 8

ADVERTENCIA: No debería invalidarse ningún dato de los documentos [antes del 23 de septiembre de 2008 a las 10:00 horas del meridiano de Greenwich]

33	Israel	6,0	0,6	5,6 - 6,3	6
33	Dominica	6,0	1,3	4,7 - 6,8	3
35	Emiratos Árabes Unidos	5,9	1,4	4,8 - 6,8	5
36	Botsuana	5,8	1	5,2 - 6,4	6
36	Puerto Rico	5,8	1,1	5,0 - 6,6	4
36	Malta	5,8	0,6	5,3 - 6,3	4
39	Taiwán	5,7	0,5	5,4 - 6,0	9
40	Corea del Sur	5,6	1,1	5,1 - 6,3	9
41	Mauricio	5,5	1,1	4,0 - 6,4	5
41	Omán	5,5	1,1	4,5 - 6,4	5
43	Macao	5,4	1,4	3,9 - 6,2	4
43	Bahrein	5,4	1,1	4,3 - 5,9	5
45	Bhután	5,2	1,1	4,5 - 5,9	5
45	República Checa	5,2	1	4,8 - 5,9	8
47	Malasia	5,1	1,1	4,5 - 5,7	9
47	Costa Rica	5,1	0,1	4,8 - 5,3	5
47	Hungría	5,1	0,8	4,6 - 5,4	8
47	Jordania	5,1	1,9	4,0 - 6,2	7
47	Cabo Verde	5,1	1,6	3,4 - 5,6	3
52	Eslovaquia	5,0	0,7	4,5 - 5,3	8
52	Letonia	5,0	0,3	4,8 - 5,2	6
54	Sudáfrica	4,9	0,5	4,5 - 5,1	8
55	Seychelles	4,8	1,7	3,7 - 5,9	4
55	Italia	4,8	1,2	4,0 - 5,5	6
57	Grecia	4,7	0,6	4,2 - 5,0	6
58	Turquía	4,6	0,9	4,1 - 5,1	7
58	Lituania	4,6	1	4,1 - 5,2	8
58	Polonia	4,6	1	4,0 - 5,2	8
61	Namibia	4,6	1,1	3,8 - 5,1	6
62	Samoa	4,4	0,8	3,4 - 4,8	3
62	Croacia	4,4	0,7	4,0 - 4,8	8
62	Túnez	4,4	1,6	3,5 - 5,5	6
65	Kuwait	4,3	1,4	3,3 - 5,2	5
65	Cuba	4,3	0,9	3,6 - 4,8	4
67	Ghana	4,0	0,8	3,4 - 4,5	6
67	Georgia	4,0	1,2	3,2 - 4,6	7
67	El Salvador	4,0	1	3,2 - 4,5	5
70	Rumania	3,9	0,8	3,4 - 4,2	8
70	Colombia	3,9	1	3,3 - 4,5	7
72	Bulgaria	3,8	1,1	3,0 - 4,3	8
72	Macedonia, Ex R. Y de	3,8	1,1	2,9 - 4,3	8
72	Perú	3,8	0,6	3,4 - 4,1	6

5 de 5

ADVERTENCIA: No debería divulgarse antes de las doce del mediodía (hora GMT) del 27 de septiembre de 2006 a las 10:00 hora central europea (hora del meridiano de Greenwich)

72	México	3,6	0,4	3,4 - 3,9	7
72	China	3,6	1,1	3,1 - 4,3	9
72	Surinam	3,6	0,6	3,3 - 4,0	4
72	Trinidad y Tabago	3,6	0,7	3,1 - 4,0	4
72	Swazilandia	3,6	1,1	2,9 - 4,3	4
80	Burkina Faso	3,5	1	2,9 - 4,2	7
80	Brasil	3,5	0,6	3,2 - 4,0	7
80	Arabia Saudita	3,5	0,7	3,0 - 3,9	5
80	Tailandia	3,5	0,8	3,0 - 3,9	9
80	Marruecos	3,5	0,8	3,0 - 4,0	6
85	Senegal	3,4	0,9	2,8 - 4,0	7
85	Panamá	3,4	0,6	2,8 - 3,7	5
85	Serbia	3,4	0,8	3,0 - 4,0	6
85	Montenegro	3,4	1	2,5 - 4,0	5
85	Madagascar	3,4	1,1	2,8 - 4,0	7
85	Albania	3,4	0,1	3,3 - 3,4	5
85	India	3,4	0,3	3,2 - 3,6	10
92	Argelia	3,2	0,3	2,9 - 3,4	6
92	Bosnia y Herzegovina	3,2	0,6	2,9 - 3,5	7
92	Sri Lanka	3,2	0,5	2,9 - 3,5	7
92	Lesotho	3,2	1	2,3 - 3,8	5
96	Gabón	3,1	0,3	2,8 - 3,3	4
96	Mali	3,1	0,4	2,8 - 3,3	6
96	Jamaica	3,1	0,3	2,8 - 3,3	5
96	Guatemala	3,1	1,2	2,3 - 4,0	5
96	Benín	3,1	0,5	2,8 - 3,4	6
96	Kiribati	3,1	0,5	2,5 - 3,4	3
102	Tanzania	3,0	0,6	2,5 - 3,3	7
102	Líbano	3,0	1	2,2 - 3,6	4
102	Ruanda	3,0	0,4	2,7 - 3,2	5
102	República Dominicana	3,0	0,4	2,7 - 3,2	5
102	Bolivia	3,0	0,3	2,8 - 3,2	6
102	Djibouti	3,0	0,7	2,2 - 3,3	4
102	Mongolia	3,0	0,5	2,6 - 3,3	7
109	Armenia	2,9	0,4	2,6 - 3,1	7
109	Belice	2,9	1,2	1,8 - 3,7	3
109	Argentina	2,9	0,7	2,5 - 3,3	7
109	Vanuatu	2,9	0,5	2,5 - 3,2	3
109	Islas Salomón	2,9	0,5	2,5 - 3,2	3
109	Moldova	2,9	1,1	2,4 - 3,7	7
115	Mauritania	2,8	1,2	2,2 - 3,7	7

6 de 8

ADVERTENCIA: No debería divulgarse ninguno de los documentos hasta el 23 de septiembre de 2008 a las 10:00 hora central europea (08:00 hora del meridiano de Greenwich)

115	Maldivas	2,8	1,7	1,7 - 4,3	4
115	Niger	2,8	0,5	2,4 - 3,0	6
115	Malawi	2,8	0,6	2,4 - 3,1	6
115	Zambia	2,8	0,4	2,5 - 3,0	7
115	Egipto	2,8	0,7	2,4 - 3,2	6
121	Togo	2,7	1,4	1,9 - 3,7	6
121	Vietnam	2,7	0,7	2,4 - 3,1	9
121	Nigeria	2,7	0,5	2,3 - 3,0	7
121	Santo Tomé y Príncipe	2,7	0,6	2,1 - 3,1	3
121	Nepal	2,7	0,5	2,4 - 3,0	6
125	Indonesia	2,6	0,6	2,3 - 2,9	10
125	Honduras	2,6	0,5	2,3 - 2,9	6
125	Etiopía	2,6	0,6	2,3 - 2,9	7
125	Uganda	2,6	0,7	2,2 - 3,0	7
125	Guyana	2,6	0,2	2,4 - 2,7	4
125	Libia	2,6	0,6	2,2 - 3,0	5
125	Eritrea	2,6	1,3	1,7 - 3,6	5
125	Mozambique	2,6	0,4	2,4 - 2,9	7
134	Nicaragua	2,5	0,4	2,2 - 2,7	6
134	Pakistán	2,5	0,7	2,0 - 2,8	7
134	Comoros	2,5	0,8	1,9 - 3,0	3
134	Ucrania	2,5	0,5	2,2 - 2,8	8
138	Paraguay	2,4	0,5	2,0 - 2,7	5
138	Liberia	2,4	0,7	1,8 - 2,8	4
138	Tonga	2,4	0,4	1,9 - 2,6	3
141	Yemen	2,3	0,7	1,9 - 2,8	5
141	Camerún	2,3	0,7	2,0 - 2,7	7
141	Irán	2,3	0,5	1,9 - 2,5	4
141	Filipinas	2,3	0,4	2,1 - 2,5	9
145	Kazajstán	2,2	0,7	1,8 - 2,7	6
145	Timor-Leste	2,2	0,4	1,8 - 2,5	4
147	Siria	2,1	0,6	1,6 - 2,4	5
147	Bangladesh	2,1	0,5	1,7 - 2,4	7
147	Rusia	2,1	0,6	1,9 - 2,5	8
147	Kenia	2,1	0,4	1,9 - 2,4	7
151	Laos	2,0	0,5	1,6 - 2,3	6
151	Ecuador	2,0	0,3	1,6 - 2,2	5
151	Papua Nueva Guinea	2,0	0,6	1,6 - 2,3	6
151	Tayikistán	2,0	0,5	1,7 - 2,3	8
151	República Centroafricana	2,0	0,3	1,9 - 2,2	5
151	Costa de Marfil	2,0	0,7	1,7 - 2,5	6

7 de 8

ADVERTENCIA: No estaba disponible ninguno de los documentos hasta el 23 de septiembre de 2008 a las 10:00 hora central europea del horario del meridiano de Greenwich.

151	Belarús	2,0	0,7	1,6 - 2,5	5
158	Azerbaiyán	1,9	0,4	1,7 - 2,1	8
158	Burundi	1,9	0,7	1,5 - 2,3	6
158	Congo, República del	1,9	0,1	1,8 - 2,0	6
158	Sierra Leona	1,9	0,1	1,8 - 2,0	5
158	Venezuela	1,9	0,1	1,8 - 2,0	7
158	Guinea-Bissau	1,9	0,2	1,8 - 2,0	3
158	Angola	1,9	0,5	1,5 - 2,2	6
158	Gambia	1,9	0,6	1,5 - 2,4	6
166	Uzbekistán	1,8	0,7	1,5 - 2,2	8
166	Turkmenistán	1,8	0,5	1,5 - 2,2	5
166	Zimbabue	1,8	0,5	1,5 - 2,1	7
168	Camboya	1,8	0,2	1,7 - 1,9	7
168	Kirguistán	1,8	0,2	1,7 - 1,9	7
171	Congo, República Democrática del	1,7	0,2	1,6 - 1,9	6
171	Guinea Ecuatorial	1,7	0,2	1,5 - 1,8	4
173	Guinea	1,6	0,4	1,3 - 1,9	8
173	Chad	1,6	0,2	1,5 - 1,7	6
173	Sudán	1,6	0,2	1,5 - 1,7	6
176	Afganistán	1,5	0,3	1,1 - 1,6	4
177	Haití	1,4	0,4	1,1 - 1,7	4
178	Irak	1,3	0,3	1,1 - 1,6	4
178	Myanmar	1,3	0,4	1,0 - 1,5	4
180	Somalia	1,0	0,6	0,5 - 1,4	4

8 de 8

ADVERTENCIA: No debe difundirse hasta que los documentos hayan sido puestos a las 10:00 hora central europea del día 23 de septiembre de 2008 o hora del meridiano de Greenwich

PARA SU PUBLICACIÓN INMEDIATA

TRANSPARENCY INTERNATIONAL
the global coalition against corruption

Los altos niveles de corrupción persistentes en países de bajos ingresos suponen un "desastre humanitario continuo"

En un entorno de escándalos corporativos permanentes, los países ricos también muestran retrocesos

Berlín, 23 de septiembre de 2008 - Con países como Somalia e Irak entre aquellos con mayores niveles de corrupción percibida, el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2008 de Transparency International presentado el día de hoy advierte sobre el grave vínculo entre la pobreza, las instituciones que no cumplen sus funciones y el soborno. A su vez, otros retrocesos notables registrados en el IPC 2008 indican que la solidez de los mecanismos de control también se encuentra en riesgo en los países más ricos.

"En los países más pobres, los niveles de corrupción pueden significar la diferencia entre la vida y la muerte, si lo que está en juego es el dinero destinado a hospitales o al agua potable", señaló Huguette Labelle, Presidente de Transparency International. "Los altos niveles de corrupción y pobreza constantes que asolan a muchas de las sociedades del mundo representan un desastre humanitario continuo que no puede ser tolerado. Pero incluso en países más privilegiados, en los que la desigualdad en la implementación resulta inquietante, se requiere una iniciativa más activa en la lucha contra la corrupción".

Los resultados de 2008
El IPC de Transparency International mide los niveles de percepción de corrupción en el sector público en un país determinado y consiste en un índice compuesto, que se basa en diversas encuestas a expertos y empresas. El IPC 2008 clasifica 180 países (la misma cantidad que el IPC 2007) en una escala de cero (percepción de muy corrupto) a diez (percepción de ausencia de corrupción).

Dinamarca, *Nueva Zelanda* y *Suecia* comparten la mayor puntuación, de 9,3, seguidos inmediatamente por *Singapur*, con 9,2. Al final de la lista se ubica *Somalia*, con 1,0, precedida por una estrecha diferencia por *Irak* y *Myanmar*, con una puntuación de 1,3, y por *Haití*, con 1,4.

Si bien los cambios en la puntuación del Índice no se producen rápidamente, se han registrado modificaciones significativas en las estadísticas correspondientes a algunos países, tanto en el extremo superior como inferior del IPC. Un análisis de las encuestas incluidas tanto en el Índice 2007 como 2008 indica que existen descensos significativos en las puntuaciones de *Bulgaria*, *Burundi*, *Maldivas*, *Noruega* y *el Reino Unido*.

Del mismo modo, pueden identificarse mejoras significativas en términos estadísticos en *Albania*, *Chipre*, *Georgia*, *Mauricio*, *Nigeria*, *Omán*, *Qatar*, *Corea del Sur*, *Tonga* y *Turquía*.

Fortalecer el control y la rendición de cuentas
Independientemente de si se trata de países con altos o bajos ingresos, el desafío de controlar la corrupción exige instituciones sociales y de gobierno que funcionen adecuadamente. Los países más pobres suelen sufrir las nefastas consecuencias de un Poder Judicial corrupto y un control parlamentario ineficaz. Los países ricos, por su parte, muestran señales de reglamentación

ADVERTENCIA: No deberá divulgarse ninguno de los documentos hasta el 23 de septiembre de 2008 a las 10:00 hora central europea/09:00 hora del meridiano de Greenwich

insuficiente del sector privado, en lo que respecta a superar el problema de los sobornos que estos pagan en el extranjero, así como un control débil de las instituciones y operaciones financieras.

"Detener la corrupción requiere de un riguroso control a través de los parlamentos, las autoridades de justicia, los medios de comunicación independientes y una activa sociedad civil", señaló Labelle. "Cuando estas instituciones son débiles, la corrupción aumenta sin control, con consecuencias nefastas para la población común y, en un sentido más amplio, para la justicia y la igualdad en la sociedad".

La lucha mundial contra la pobreza en riesgo

En los países de bajos ingresos, la corrupción desenfrenada pone en peligro la lucha mundial contra la pobreza, y amenaza con frustrar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de la ONU. Según el Informe Global de la Corrupción 2008 de TI, los niveles de corrupción rampantes sumarían US$ 50.000 millones (€ 35.000 millones) —o casi la mitad de los desembolsos anuales correspondientes a ayuda mundial— al costo que supone alcanzar los ODM en materia de agua y saneamiento.

Esto implica no sólo intensificar los esfuerzos en los países de ingresos bajos, en los que el bienestar de importantes sectores de la población está en riesgo, sino que requiere además adoptar un enfoque más concentrado y coordinado por parte de la comunidad mundial de donantes, a fin de garantizar que la ayuda para el desarrollo apunte a fortalecer las instituciones de gobernabilidad y control en los países beneficiarios, y que los fondos destinados a ayuda cuenten con una protección adicional contra el abuso y el soborno.

Este es el mensaje que TI enviará a los Estados Miembros de la Asamblea General de la ONU, mientras estos se preparan a evaluar los avances logrados en el cumplimiento de los ODM el 25 de septiembre, con anticipación a la conferencia sobre Financiamiento al Desarrollo de la ONU que tendrá lugar en Doha, Qatar, en la que se asumirán diversos compromisos en materia de ayuda financiera.

El Prof. Johann Graf Lambsdorff, de la Universidad de Passau, encargado de elaborar el Índice para TI, subrayó los nefastos efectos de la corrupción y los beneficios de combatirla, al señalar que "las pruebas indican que una mejora en el IPC de un punto [en una escala de 10 puntos] incrementa el ingreso de capitales en un 0,5% del producto bruto interno de un país y los ingresos promedio hasta un 4%".

Soborno corporativo y dobles estándares

El desempeño cada vez más deficiente de algunos países exportadores del grupo de los más ricos, evidenciado en los marcados descensos de algunas naciones europeas en el IPC 2008, pone aún más en duda el compromiso de los gobiernos de controlar los métodos cuestionables empleados por sus compañías en la adquisición y gestión de empresas en el extranjero, además de las inquietudes que se plantean en el ámbito interno en cuestiones como la función del dinero en la política. La aparición constante de escándalos de sobornos en el extranjero, señala el incumplimiento más grave por parte de los países más ricos del mundo de la promesa de mutua rendición de cuentas en la lucha contra la corrupción.

"Esta doble moral es inaceptable y desconoce los estándares legales internacionales", afirmó Labelle. "Más allá de sus efectos perniciosos para el estado de derecho y la confianza pública, esta falta de resolución socava la credibilidad de las naciones más ricas al instar la adopción de medidas más activas de lucha contra la corrupción por parte de los países de ingresos bajos". Si bien la Convención de la OCDE contra el Soborno, que penaliza el soborno en el extranjero por parte de compañías con sede en los países de la OCDE, se encuentra en vigencia desde 1999, su implementación no ha sido uniforme.

No obstante, la reglamentación es sólo una parte de la solución. El cambio verdadero sólo puede producirse a través de un compromiso internalizado por parte de todas las empresas, independientemente de su envergadura, tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo, con una mejora genuina de las prácticas anticorrupción.

La lucha contra la corrupción: un pacto social

ADVERTENCIA: No deberá divulgarse ninguno de los documentos hasta el 23 de septiembre de 2008 a las 10:00 hora central europea/06:00 hora del meridiano de Greenwich

En todo el mundo, contar con instituciones de control más sólidas, marcos legales estrictos y una reglamentación más rigurosa permitirá garantizar niveles más bajos de corrupción, así como una participación más significativa de todos los miembros de la sociedad, resultados más contundentes en materia de desarrollo y una mejor calidad de vida para las comunidades marginadas.

###

Transparency International es la organización de la sociedad civil que lidera la lucha contra la corrupción en el mundo.

Contactos para los medios:

Gypsy Guillén Kaiser
Tel: +49-176-1008-7363
Fax: +49-30-3470 3912
gokaiser@transparency.org

Jesse García
Tel: +49-30-34 38 20 667
garcia@transparency.org

L'ÍNDEX DE TRANSPARÈNCIA DELS AJUNTAMENTS ESPANYOLS (ITA) 2008

EL ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS (ITA):

OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

- El ITA constituye una herramienta para medir el nivel de transparencia ante los ciudadanos y la sociedad de los Ayuntamientos españoles. En este primer año de aplicación del ITA (2008), se evalúa la transparencia de los 100 mayores Ayuntamientos de España, y ello a través de un conjunto integrado de 80 indicadores.
- Las cinco *Áreas* de transparencia que se evalúan en el ITA son las siguientes: a) *Información sobre la Corporación municipal*; b) *Relaciones con los ciudadanos y la sociedad*; c) *Transparencia económico-financiera*; d) *Transparencia en las contrataciones de servicios*; e) *Transparencia en materias de urbanismo y obras públicas*. Con la aplicación de ese conjunto de 80 indicadores, cada Ayuntamiento obtiene una puntuación individual, de forma que surge un Ranking o Clasificación del nivel de transparencia de los 100 Ayuntamientos citados.

.../... continua

.../... Continuació

- Otro objetivo del ITA, además de esta evaluación del nivel de transparencia, es fomentar la cultura informativa de las propios Ayuntamientos, ya que se les ofrece la posibilidad, durante un plazo determinado, de que incorporen en sus respectivas Webs la información solicitada por TI-España, lo cual contribuye, aparte de mejorar sus respectivas puntuaciones en el ITA, a lograr un aumento del nivel de la información útil e importante que estas corporaciones ofrecen a los ciudadanos y a la sociedad.
- Aparte de la situación individual de cada entidad local, con el ITA se llegan a conocer, además, aquellos aspectos en los cuales los Ayuntamientos españoles, a un nivel conjunto, presentan mayores o menores niveles de transparencia, bien en cuanto a su información económico-financiera, a la información urbanística, etc.
- A través del ITA se busca, en definitiva, propiciar un mayor acercamiento de los Ayuntamientos a los ciudadanos, fomentando el aumento de la información que éstos reciben de las corporaciones locales, tanto sobre la situación de los propios Ayuntamientos, como sobre las actividades que realizan, y también sobre las prestaciones y servicios a los que pueden acceder los propios ciudadanos.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA

ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS

VALORACIÓN GLOBAL
(MEDIA GENERAL: 52'1)

	AYUNTAMIENTO	PUNTUACIÓN (Entre 1 y 100)
1	Bilbao	90,6
2	Gijón	82,5
3	Cartagena	81,9
4	Barcelona	81,3
5	Vigo	80,0
6	Santiago Compostela	79,4
7	Sevilla	78,4
8	Oviedo	78,1
9	Alcobendas	77,6
10	Hospitalet Llobregat	77,5
11	Madrid	76,9
12	Málaga	76,9
13	Segovia	75,3
14	Getafe	74,1
15	Parla	74,0
16	Leganés	73,1
17	San Sebastián	71,9
18	Sant Cugat Vallés	70,0
19	Pontevedra	69,4
20	Roquetas de Mar	68,5
21	Albacete	67,5
22	Elche	64,1
23	Avilés	63,1
24	Girona	63,1
24	Sabadell	63,1
26	Logroño	62,5
26	Pamplona	62,5
28	Barakaldo	61,9
28	Lugo	61,9
28	Terrassa	61,9
28	Toledo	61,9
32	Mataró	61,3
32	Rubí	61,3
34	Badalona	60,6
35	Alicante	59,4
36	Murcia	58,8
36	Santa Coloma Gramenet	58,8
38	Sant Boi de Llobregat	57,9
39	Ávila	57,0
40	A Coruña	56,3
40	Córdoba	56,3
40	Zaragoza	56,3
43	Valladolid	55,6
44	Cuenca	55,0

44	Granada	55,0
44	Jerez de la Frontera	55,0
47	Las Palmas	55,0
47	Lérida	55,0
47	Soria	55,0
50	Coslada	52,5
50	Santa Cruz de Tenerife	52,5
52	Castellón de la Plana	52,2
53	Manresa	51,3
54	Cádiz	50,3
55	Alcalá de Henares	50,0
55	Guadalajara	50,0
55	Lorca	50,0
55	Torrent	50,0
59	Getxo	49,4
60	Reus	48,8
61	Ourense	48,6
62	Algeciras	47,5
62	Ciudad Real	47,5
62	Marbella	47,5
62	San Cristóbal Laguna	47,5
62	San Fernando	47,5
67	Palma de Mallorca	46,9
68	Burgos	46,3
69	Cornella de Llobregat	45,0
69	Tarragona	45,0
71	Telde	45,0
72	Zamora	44,4
73	Vitoria	43,8
74	Gandía	43,1
74	Talavera de la Reina	43,1
76	Chiclana de la Frontera	40,0
76	Valencia	40,0
78	Palencia	39,8
79	Alcorcón	36,3
79	Salamanca	36,3
81	Pozuelo de Alarcón	35,0
82	Santander	34,4
83	Fuenlabrada	33,8
83	Torrejón de Ardoz	33,8
85	Almería	32,5
85	Huelva	32,5
87	Móstoles	31,3
88	Puerto de Santa María	30,0
88	Teruel	30,0
90	Las Rozas	28,8
91	Ferrol	25,0
92	Cáceres	23,8
93	Jaén	22,5
94	Badajoz	21,3
95	León	20,0
96	Dos Hermanas	18,8
97	Huesca	17,5
98	El Ejido	16,3
99	Torrevieja	15,0
100	Orihuela	12,5

TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA

QUÉ ES TI	MISIÓN Y ORGANIZACIÓN	SEDE SOCIAL
COMITÉ EJECUTIVO TI-ESPAÑA	NOTICIAS DIARIAS	GALERÍA DE FOTOS

Índice de Fuentes de Soborno 2008
Índice de Percepción de la Corrupción 2008
Índice de Transparencia de los Ayuntamientos 2008
Informe Global sobre Corrupción 2008
Informe específico sobre España 2008
Eurobarómetro 2008 sobre la Corrupción
Barómetro Global de la Corrupción 2007
Índice de Percepción de la Corrupción 2007
Informe Global sobre Corrupción 2007
Informe específico sobre España 2007
Declaración de Madrid (Abril 2007)
Barómetro Global de la Corrupción 2006
Índice de Percepción de la Corrupción 2006
Índice de Fuentes de Soborno 2006
Informe Global sobre Corrupción 2006
Informe

PRESENTACIÓN DEL ÍNDICE DE FUENTES DE SOBORNO (IFS) 2008 DE TI

El 9 de Diciembre ha tenido lugar la presentación del **Índice de Fuentes de Soborno (IFS) 2008**, elaborado por *Transparencia Internacional*, que constituye un ranking sobre la propensión que tienen las empresas de los principales países exportadores del mundo (incluido España) a pagar sobornos en el extranjero, con la correspondiente clasificación por países y por sectores.

El Acto de presentación ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset (c/ Fortuny nº 53), han intervenido en el mismo cuatro miembros del Consejo de Dirección de TI-España: *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España, *D. Antonio Garrigues Walker*, Patrono Vitalicio de la Fundación Ortega y Gasset, *D. Jesús Sánchez Lambás* Secretario General de la Fundación Ortega y Gasset, y *D. Manuel Villoria*, Catedrático de Ciencia Política. En este Acto se ha hecho asimismo referencia a los proyectos en curso de Transparencia Internacional, entre ellos la creación de un Grupo de trabajo o Comisión sobre *Transparencia Financiera*.

Más información sobre este Informe en: Índice de Fuentes de Soborno (IFS) 2008

ENTREGA DEL I PREMIO DE TRANSPARENCIA MUNICIPAL AL ALCALDE DE BILBAO

El día 30 de Septiembre se ha celebrado el Acto de entrega del **I PREMIO DE TRANSPARENCIA MUNICIPAL**, galardón otorgado por Transparencia Internacional España, y que ha recaído en el Ayuntamiento de Bilbao, por haber obtenido la mayor valoración entre los 100 mayores Ayuntamientos de España. **Iñaki Azcuna**, Alcalde de Bilbao, ha recibido la Placa representativa del Premio de manos de **Jesús** Lizcano, Presidente de TI-España.

Más información sobre este Acto, y sobre el ITA, en: I Premio de Transparencia Municipal

PRESENTACIÓN DEL ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2008

El día 23 de Septiembre ha tenido lugar la presentación del **Índice de Percepción de la Corrupción 2008** (elaborado por Transparencia Internacional), que recoge una visión panorámica y clasificación de 180 países según su nivel de corrupción, en función de la percepción que tienen a este respecto los ciudadanos de dichos países.

La presentación ha corrido a cargo de *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España, *D. Antonio Garrigues Walker*, Patrono vitalicio de la Fundación Ortega y Gasset, y *D. Manuel Villoria*, Catedrático de Ciencia Política, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset. En el Acto se ha hecho asimismo referencia a los proyectos en curso de Transparencia Internacional-España.

Más información sobre este Informe en: Índice de Percepción de la Corrupción 2008

PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS

El día 28 de Julio ha tenido lugar la presentación pública de los resultados del **ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS (ITA)**, elaborado por Transparencia Internacional España. En este Acto de presentación han intervenido: *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional España; *D. Antonio Garrigues Walker*, Patrono vitalicio de la Fundación Ortega y Gasset; *D. Jesús Sánchez-Lambás*, Secretario General de la Fundación Ortega y Gasset, y *D. Manuel Villoria*, Catedrático de Ciencia Política, todos ellos miembros del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional España.

específico sobre España 2006

Por una Ley de Acceso a la Información en España

Día Internacional Anticorrupción

Convención de la ONU contra la corrupción

Informe seguimiento del Convenio de la ONU contra la corrupción

Artículos sobre Transparencia y Corrupción

Barómetro Global de la Corrupción (años anteriores)

Indice de Percepción de la Corrupción (años anteriores)

Informe Global sobre Corrupción 2005

Código Iberoamericano de buen Gobierno

Otros Indices publicados

Memorias Anuales TI

Pacto Global (Global Compact) de la ONU

Convenio OCDE contra la corrupción

Informe sobre España en la aplicación del Convenio OCDE

Tratados del Consejo de Europa contra la corrupción

Libro de Consulta de TI

Sala de Prensa

Premio de Integridad

El **ITA** constituye una herramienta para medir el nivel de transparencia ante los ciudadanos y la sociedad de los Ayuntamientos españoles. En este primer año de aplicación del **ITA** (2008), se evalúa la transparencia de los 100 mayores Ayuntamientos de España, y ello a través de un conjunto integrado de 80 indicadores.

Más información sobre este Indice en: Indice de Transparencia de los Ayuntamientos

---

VISITA A TI-ESPAÑA DE HUGUETTE LABELLE, PRESIDENTA MUNDIAL DE TRANSPARENCY INTERNATIONAL

El pasado 2 de julio, **Huguette Labelle**, la Presidenta mundial de Transparency International, de nacionalidad canadiense, visitó la sede social de Transparencia Internacional España, ubicada en la Fundación Ortega y Gasset, y celebró una cordial y provechosa reunión con los cuatro miembros que integran el Comité de Dirección de TI-España: **Antonio Garrigues, Jesús Sánchez Lambás, Manuel Villoria** y **Jesús Lizcano** (Presidente).

En dicha reunión, seguida de un almuerzo, se abordaron diversos temas relacionados con las actividades y objetivos estratégicos de Transparency International, así como los proyectos y actividades actuales de TI-España, en especial el **Índice de Transparencia de los Ayuntamientos**, que se proyecta sobre los 100 mayores Ayuntamientos de España, y cuyos resultados van a ser presentados a finales de este mes de Julio.

Huguette Labelle, Presidenta de TI, junto con los miembros del Comité de Dirección de TI-España. De izq. a dcha: **Manuel Villoria, Jesús Sánchez-Lambás, Huguette Labelle, Antonio Garrigues y Jesús Lizcano**

Más información gráfica en: Visita de Huguette Labelle

PRESENTACIÓN DEL INFORME GLOBAL SOBRE CORRUPCIÓN 2008

El día 25 de Junio ha tenido lugar la presentación del **Informe Global sobre la Corrupción 2008** (elaborado por Transparencia Internacional), que recoge una visión sobre la corrupción en el contexto internacional, tanto a nivel general como a nivel individual en un conjunto significativo de países, y con una referencia especial, en la edición de este año, a la corrupción en el sector del Agua. Además, se ha analizado con especial detalle el Informe específico sobre la corrupción en España.

El Acto ha contado con la presencia de *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España, *D. Antonio Garrigues Walker*, Patrono Vitalicio de la Fundación Ortega y Gasset, *D. Jesús Sánchez Lambás* Secretario General de la F.O.G., y *D. Manuel Villoria*, Catedrático de Ciencia Política, todos ellos miembros del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset.

Más información sobre este Informe en: Informe Global sobre Corrupción 2008

Hazte Miembro de TI

WEB GLOBAL DE TI

Publicaciones sobre Transparencia y Corrupción

Manifiesto por la RSE de las empresas

Cursos sobre corrupción

EL JUEZ TORRES, CANDIDATO ESPAÑOL A LOS PREMIOS INTERNACIONALES DE INTEGRIDAD

TI-España ha elegido al juez D. **Miguel Angel** Torres (juez de los casos Ballena Blanca y Malaya) como candidato español a los Premios Internacionales de Integridad que convoca todos los años Transparency International, en base a la firme y eficaz labor que el juez Torres ha desempeñado en la lucha contra la corrupción en España desde el Juzgado de Marbella.

Más información en: Fundamentos de la nominación

PRESENTACIÓN DEL ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS

El día 21 de Abril, ha tenido lugar la presentación pública del **ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS (ITA)**, elaborado por Transparencia Internacional España. En este Acto de presentación han intervenido: *D. **Jesús Lizcano***, Presidente de Transparencia Internacional España, *D. **Antonio Garrigues Walker***, Patrono vitalicio de la Fundación Ortega y Gasset; *D. **Jesús Sánchez-Lambás***, Secretario General de la Fundación Ortega y Gasset, y *D. **Manuel Villoria***, Catedrático de Ciencia Política, todos ellos miembros del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional España.

Más información sobre este Índice en: Índice de Transparencia de los Ayuntamientos

PRESENTACIÓN DEL BARÓMETRO GLOBAL DE LA CORRUPCIÓN 2007

El día 7 de Diciembre ha tenido lugar la presentación del **Barómetro Global de la Corrupción 2007** (elaborado por Transparencia Internacional), que recoge una evaluación por parte de los ciudadanos de 60 países del nivel de corrupción existente y los sectores más implicados o afectados por esta corrupción. La encuesta cubre un total de aproximadamente 63 000 personas en todo el mundo.

El Acto ha contado con la presencia de *D. **Jesús Lizcano***, Presidente de Transparencia Internacional-España, *D. **Antonio Garrigues Walker***, Expresidente de la Fundación Ortega y Gasset, *D. **Jesús Sánchez Lambás*** Secretario General de la Fundación Ortega y Gasset, y *D. **Manuel Villoria***, Catedrático de Ciencia Política, todos ellos miembros del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset. En el Acto se ha hecho referencia asimismo a la situación general de España en el ámbito de la corrupción.

Más información sobre este Informe en: Barómetro Global de la Corrupción 2007

SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los días 27 y 28 de Noviembre de 2007 se ha celebrado en Montevideo (Uruguay), en el propio Palacio Legislativo de este país, un Seminario Internacional con el título: "La legislación comparada sobre financiación de los partidos políticos"

En este Seminario se han dado cita especialistas de muy numerosos países iberoamericanos en cuestiones de transparencia y financiación de las formaciones políticas, habiendo intervenido en el mismo *D. **Jesús Lizcano***, Presidente de Transparencia Internacional España, quien presentó una ponencia con el título: "La financiación de los partidos políticos en España", en la cual pasó revista a la situación anterior y actual de los partidos políticos españoles a nivel financiero, poniendo especial énfasis en el nuevo marco normativo en España derivado de la Ley 8/2007 de 4 de Julio sobre financiación de los partidos políticos.

En el Seminario intervino asimismo el Vicepresidente de Uruguay, y también se hizo entrega del Premio Anual de Periodismo de Investigación sobre la Corrupción a sus dos ganadores: *Lucía Vaz*, del diario Correiillo Brusiziliense (Brasilia), y *Carlos Eduardo Huertas*, de la revista Semana (Bogotá).

Para ver Fotos del Seminario Internacional

PRESENTACION DEL ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2007

El día 26 de Septiembre ha tenido lugar la presentación del **Índice de Percepción de la Corrupción 2007** (elaborado por Transparencia Internacional), que recoge una visión panorámica y clasificación de 180

países según su nivel de corrupción, en función de la percepción que tienen a este respecto los ciudadanos de dichos países.

La presentación ha corrido a cargo de *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset. En el Acto se ha hecho asimismo referencia a los proyectos en curso de Transparencia Internacional-España.

Más información sobre este Informe en: Indice de Percepción de la Corrupción 2007

◎ PRESENTACIÓN DEL INFORME GLOBAL SOBRE CORRUPCIÓN 2007

El día 24 de Mayo ha tenido lugar la presentación del **Informe Global sobre la Corrupción 2007** (elaborado por Transparencia Internacional), que recoge una visión sobre la corrupción en el contexto internacional, tanto a nivel general como a nivel individual en un conjunto significativo de países, y con una referencia especial, en la edición de este año, a la corrupción en los sistemas judiciales. Además, se ha analizado con especial detalle, el Informe específico sobre la corrupción en España.

El Acto ha contado con la presencia de *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España, *D. Antonio Garrigues Walker*, Presidente de la Fundación Ortega y Gasset, *D. Jesús Sánchez Lambás* Secretario General de la F.O.G., y *D. Manuel Villoria*, Catedrático de Ciencia Política, todos ellos miembros del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset.

Más información sobre este Informe en: Informe Global sobre Corrupción 2007

I ENCUENTRO IBEROAMERICANO SOBRE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN
"La Corrupción como obstáculo para el desarrollo"

Durante los días **16 y 17 de Abril de 2007** se ha celebrado en *Madrid* el **I Encuentro Iberoamericano sobre Transparencia y Lucha contra la Corrupción** con el lema: "La corrupción como obstáculo para el desarrollo". En este Encuentro, organizado por Transparencia Internacional-España, han participado representantes de quince países (capítulos nacionales de TI y otras entidades), así como miembros de diversas instituciones internacionales.

Durante los dos jornadas se han analizado y debatido los mejores métodos y herramientas para impulsar eficazmente la transparencia y la lucha contra la corrupción, buscándose vías de cooperación entre los diferentes países representados en este evento, que ha contado con la colaboración de la Comunidad de Madrid, la AECI y la Fundación Ortega y Gasset.

Como colofón a resultado final del Encuentro, los participantes en el mismo, representantes de la comunidad iberoamericana y de los organismos supranacionales, han elaborado una Declaración conjunta, en la que se han recogido las recomendaciones y medidas que habrían de aplicar los Gobiernos para impulsar la transparencia y combatir de forma efectiva la corrupción.

El texto de esta Declaración Final: DECLARACIÓN DE MADRID

Para ver Programa del Encuentro Para ver Fotos del Encuentro

◎ JORNADA EN EL SENADO SOBRE "LA CORRUPCIÓN: UN DESAFÍO MUNDIAL"
El Presidente de TI-España imparte la Conferencia Magistral

El pasado 18 de Diciembre se ha celebrado en el Senado una Jornada sobre " LA CORRUPCIÓN: UN DESAFÍO MUNDIAL". El Acto de Inauguración estuvo presidido por el Presidente del Senado, *D. Javier Rojo*, y a continuación tuvo lugar la Conferencia Magistral, que impartió *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España y Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, con el título: *"La corrupción: hacia un Pacto integral para un problema global"*.

En esta Jornada se desarrollaron asimismo tres ponencias, una de las cuales fué impartida por *D. Manuel Villoria*, miembro del Comité de Dirección de TI-España y Catedrático de Ciencia Política de la Universidad Rey Juan Carlos, con el título: *"Los cambios necesarios para afrontar el problema de la corrupción"*.

A la Jornada asistieron un numeroso grupo de senadores y diputados parlamentarios, así como

representantes de numerosas instituciones judiciales, políticas, académicas y de la sociedad civil.

Para ver Programa de la Jornada Para ver Fotos de la Jornada

ÍNDICE DE TRANSPARENCIA PARA LOS AYUNTAMIENTOS

Colaboración entre TI-España y la
Federación Española de Municipios y Provincias

Transparencia Internacional-España se encuentra ultimando la metodología para la implantación efectiva de un ÍNDICE DE TRANSPARENCIA para los AYUNTAMIENTOS, con el fin de medir y evaluar comparativamente el nivel de información pública y accesible que ofrecen las Corporaciones Locales a los ciudadanos, así como la actitud y predisposición en las mismas a facilitar la información que se les solicite, y su nivel de compromiso en cuanto a transparencia social. En una primera etapa está prevista la aplicación del citado Índice a 130 Ayuntamientos (municipios con más de 50.000 habitantes), y poder ampliar en un futuro el colectivo de municipios evaluados.

A tal efecto TI-España ha buscado la colaboración en dicho proyecto de una entidad tan importante como la Federación Española de Municipios y Provincias (F.E.M.P.), entidad que representa institucionalmente al conjunto de los Ayuntamientos españoles. Con esta finalidad de colaboración se reunieron el pasado 13 de diciembre el Presidente de la F.E.M.P., *D. Heliodoro Gallego*, y el Presidente de TI-España, *D. Jesús Lizcano*, de cara a instrumentar una colaboración efectiva entre ambas instituciones respecto al citado Índice, lo que pone de manifiesto una voluntad y un importante grado de compromiso de la F.E.M.P. en la mejora del nivel de información social y de transparencia de los Ayuntamientos en España.

Para ver Fotos de la Reunión

PRESENTACIÓN DEL BARÓMETRO GLOBAL DE LA CORRUPCIÓN 2006

El día 7 de Diciembre ha tenido lugar la presentación del **Barómetro Global de la Corrupción 2006** (elaborada por Transparencia Internacional), que recoge una evaluación por parte de los ciudadanos de 62 países del nivel de corrupción existente y los sectores más implicados o afectados por esta corrupción. La encuesta cubre un total de aproximadamente 60.000 personas en todo el mundo.

El Acto ha contado con la presencia de *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España, *D. Jesús Sánchez Lambás*, Secretario General de la Fundación Ortega y Gasset, y *D. Manuel Villoria*, Catedrático de Ciencia Política, todos ellos miembros del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset. En el Acto se ha hecho asimismo referencia a los proyectos en curso de Transparencia Internacional España.

Más información sobre este Informe en: Barómetro Global de la Corrupción 2006

CARTA DE TI-ESPAÑA AL PRESIDENTE DEL GOBIERNO

Con motivo de la aprobación y puesta en marcha a nivel internacional de la Convención de la ONU contra la Corrupción , que España ratificó en Junio de 2006, Transparency International ha decidido impulsar la implantación efectiva de esta Convención en todo el mundo, y prioritariamente en los 80 países que como España la han ratificado.

Dentro de esta iniciativa global, los capítulos nacionales de TI en diversos países han dirigido una Carta al Presidente del Gobierno de su país para incidir en la importancia de la puesta en marcha y adaptación de las respectivas normas legales nacionales a la citada Convención de la ONU , y para alentar al Gobierno en esta iniciativa.

A tal efecto D. Jesús Lizcano, Presidente de Transparencia Internacional-España dirigió a D. José Luis Rodríguez Zapatero, Presidente del Gobierno español, con fecha 30 de Octubre de 2006, una carta a este respecto, en la que ponía de manifiesto la intención de TI-España de colaborar y de hacer un seguimiento de la aplicación en España de la citada Convención de la ONU , de cara a que se pueda llevar a cabo de la forma más rápida, eficaz y transparente posible; en la carta se hace además alusión a un amplio Informe elaborado por Transparency International sobre el proceso de seguimiento internacional de dicha Convención.

Contenido de la Carta al Presidente del Gobierno español.

DÍA INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN

El 9 de Diciembre se celebra anualmente en el mundo el

DÍA INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Establecido en 2004 por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, el Día Internacional Anticorrupción reconoce el liderazgo global que había estado presente en Mérida (México), donde 95 países decidieron dar un paso más en acabar con la corrupción y firmaron la Convención. Desde entonces, se les han sumado 45 signatarios, siendo un total de 140 países firmantes actualmente, de los cuales ya la han ratificado un total de 80 países, entre ellos España, país que firmó la Convención el 16 de septiembre de 2005, y la ha ratificado el 19 de junio de 2006.

Más información en: Día Internacional Anticorrupción

XII CONFERENCIA INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

Los días 15 a 18 de Noviembre de 2006 se ha celebrado en la capital de Guatemala la XII Conferencia Internacional contra la Corrupción , en la que han participado más de 1.000 representantes de entidades públicas, universidades, instituciones sin fines de lucro, empresas y gobiernos, procedentes de 115 países.

Durante estos días se han celebrado más de 50 sesiones plenarias y workshops en los que han abordado desde distintas perspectivas muy diversas temas y problemas relacionados con la corrupción en el mundo, tanto a nivel nacional como internacional.

Más información sobre esta Conferencia en: XII Conferencia Internacional contra la Corrupción

PRESENTACIÓN DEL ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2006

El día 6 de Noviembre ha tenido lugar la presentación del **Índice de Percepción de la Corrupción 2006** (elaborado por Transparencia Internacional), que recoge una visión panorámica y clasificación de 163 países según su nivel de corrupción, en función de la percepción que tienen a este respecto los ciudadanos de dichos países.

El Acto ha contado con la presencia de *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España, *D. Jesús Sánchez Lambás*, Secretario General de la Fundación Ortega y Gasset, y *D. Manuel Villoria*, Catedrático de Ciencia Política, todos ellos miembros del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset. En el Acto se ha hecho asimismo referencia a los proyectos en curso de Transparencia Internacional-España.

Más información sobre este Informe en: Indice de Percepción de la Corrupción 2006

PRESENTACIÓN DEL INDICE DE FUENTES DE SOBORNO (IFS) 2006 DE TI

El día 4 de Octubre ha tenido lugar la presentación del **Indice de Fuentes de Soborno (IFS) 2006**, elaborado por *Transparencia Internacional*, que constituye un ranking sobre la propensión que tienen empresas de aquellos 30 países que son los principales exportadores del mundo (incluido España) a pagar sobornos en el extranjero, y ello en base a la experiencia y opinión de más de 11.200 ejecutivos y directivos de un total de 125 países en los cuales operan dichas empresas.

El Acto ha contado con la presencia de *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España, *D. Antonio Garrigues Walker*, Presidente de la Fundación Ortega y Gasset, *D. Jesús Sánchez Lambás* Secretario General de la F.O.G., y *D. Manuel Villoria*, Catedrático de Ciencia Política, todos ellos miembros del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset.

Más información sobre este Informe en: Indice de Fuentes de Soborno (IFS) 2006

EL CUMPLIMIENTO DE LA CONVENCIÓN CONTRA EL SOBORNO DE LA OCDE ES ACTUALMENTE INSUFICIENTE

Sólo una tercera parte de los estados miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha tomado medidas de cumplimiento significativas estipuladas en la Convención contra el Soborno Transnacional de la OCDE, según un informe publicado por Transparency International (TI). Dos terceras partes de los 31 países sujetos a la Convención que fueron sondeados ha han logrado ninguna o poca implementación desde que la Convención entró en vigor en 1999.

El *Informe de avance en el cumplimiento de la Convención OCDE 2006* publicado por TI, destaca cinco países con gran peso en el comercio internacional -Canadá, Italia, Japón, los Países Bajos, y el Reino

Unido- en los cuales la falta de cumplimiento es particularmente preocupante.

(Leer más...)

NUEVA PUBLICACIÓN DE TI SOBRE "LA CORRUPCIÓN EN LA AYUDA HUMANITARIA"

TI acaba de publicar un nuevo Documento de Trabajo sobre *Corrupción en la Ayuda Humanitaria*. Esta publicación ofrece un panorama general de la corrupción en este ámbito, explicándose las causas por las cuales la Ayuda Humanitaria presenta actualmente riesgos de corrupción, las formas potenciales para minimizar ese riesgo, así como una serie de enseñanzas y sugerencias a tener en cuenta en el terreno de la investigación y las actuaciones en este contexto.

Contenido íntegro de esta publicación (en inglés): TI-Ayuda Humanitaria y Corrupción.pdf

LIBRO VERDE DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE TRANSPARENCIA

La Comisión Europea ha impulsado recientemente la *Iniciativa Europea en favor de Transparencia*, a través de un Libro Verde sobre esta materia. Esta publicación sirve así como punto de punto de referencia o de partida de dicha Iniciativa, de cara a consultar e impulsar el debate en los distintos países europeos sobre tres aspectos fundamentales de la transparencia en la UE : 1) Transparencia y representación de intereses. 2) Normas mínimas de la Comisión sobre las consultas y sus efectos. 3) Publicación de datos sobre los beneficiarios de los Fondos comunitarios.

Contenido íntegro de esta publicación (en español): Libro Verde UE sobre Transparencia.pdf

Para conocer con más detalle esta Iniciativa sobre Transparencia Europea se puede consultar la página web de la UE : http://ec.europa.eu/taxud/eti/index_fr.htm

PRESENTACIÓN DEL INFORME GLOBAL SOBRE CORRUPCIÓN 2006

El día 15 de Febrero ha tenido lugar la presentación del **Informe Global sobre la Corrupción 2006** (elaborado por Transparencia Internacional), que recoge una visión sobre la corrupción en el contexto internacional, tanto a un nivel general, como a nivel individual en más de 45 países (incluido España): el Informe de este año presenta, además, una proyección específica sobre la corrupción en el ámbito de la Sanidad.

El Acto ha contado con la presencia de *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional España, *D. Antonio Garrigues Walker*, Presidente de la Fundación Ortega y Gasset, *D. Jesús Sánchez Lambás* Secretario General de la F.O.G., y *D. Manuel Villoria*, Catedrático de Ciencia Política, todos ellos miembros del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset.

Más información sobre este Informe en: Informe Global sobre Corrupción 2006

NUEVA PUBLICACIÓN DE TI: "STEALING THE FUTURE. CORRUPTION IN THE CLASSROOM" (disponible en texto completo)

Transparencia Internacional ha publicado una obra de 85 páginas con el título: *"Stealing the Future. Corruption in the Classroom"*, que recoge un conjunto de trabajos realizados por los capítulos nacionales de Transparencia Internacional en: Argentina, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Georgia, México, Nepal, Nicaragua, Niger, Sierra Leona y Zambia, en los años 2004 y 2005. La educación es un derecho humano fundamental, y está comprobado que la corrupción en la educación tiene un efecto devastador sobre las actitudes individuales y sobre las perspectivas de las personas y del conjunto de la sociedad. Por ello, y como el título de esta obra indica, la corrupción en las aulas puede destruir o hipotecar el futuro de los ciudadanos.

La obra recoge concretamente un conjunto variado de proyectos, trabajos y experiencias sobre las características, extensión y modalidades de la corrupción en el ámbito de la educación, tanto en las escuelas como en las universidades, proporcionando herramientas para prevenir la corrupción en este ámbito educativo. A través de ejemplos, experiencias, encuestas de opinión, etc. en los diferentes países, se presenta un panorama bastante completo y real la situación con el fin de promover la mejora y estimular los debates en torno a esta importante materia. La obra está escrita en inglés, y se prevee que se publique la traducción al francés en febrero de 2006.

Se trata, en definitiva, de una obra muy documentada y que ofrece herramientas y metodologías

realmente útiles para detectar y atajar este importante problema de la corrupción en los diferentes niveles del ámbito educativo.

(Contenido íntegro de esta publicación: Stealing the Future: Corruption in the Classroom)

PRESENTACIÓN DEL BARÓMETRO GLOBAL DE LA CORRUPCIÓN 2005

El día 9 de Diciembre ha tenido lugar la presentación del **Barómetro Global de la Corrupción 2005** (elaborado por Transparencia Internacional), que recoge una evaluación por parte de los ciudadanos de 69 países del nivel de corrupción existente y los sectores más implicados o afectados por esta corrupción. La encuesta cubre un total de aproximadamente 55 000 personas en todo el mundo.

El Acto ha contado con la presencia de *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España, *D. Antonio Garrigues Walker*, Presidente de la Fundación Ortega y Gasset, *D. Jesús Sánchez Lambás* Secretario General de la F.O.G., y *D. Manuel Villoria*, Catedrático de Ciencia Política, todos ellos miembros del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset.

El Resumen del Informe sobre el **Barómetro Global de Corrupción 2005**, se recoge a continuación.

(Leer más ...)

PRESENTACIÓN DEL ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2005

El día 18 de Octubre ha tenido lugar la presentación del **Índice de Percepción de la Corrupción 2005** (elaborado por Transparencia Internacional), que recoge una visión panorámica y clasificación de 159 países según su nivel de corrupción, en función de la percepción que tienen a este respecto los ciudadanos de dichos países.

El Acto ha contado con la presencia de *D. Jesús Lizcano*, Presidente de Transparencia Internacional-España, *D. Antonio Garrigues Walker*, Presidente de la Fundación Ortega y Gasset y *D. Jesús Sánchez Lambás*, miembro del Consejo de Dirección de Transparencia Internacional, y ha tenido lugar en la sede de la Fundación Ortega y Gasset. En el Acto se ha hecho asimismo referencia a los proyectos en curso de Transparencia Internacional-España.

El Resumen del Informe sobre el citado **Índice de Percepción de la Corrupción**, se recoge a continuación.

(Leer más...)

ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO DE LA ONU CONTRA LA CORRUPCIÓN

Con la reciente ratificación por Ecuador del Convenio de la ONU contra la Corrupción, ya son treinta los países que han ratificado dicho Convenio, por lo que finalmente éste va a entrar en vigor en el plazo de 90 días a partir de dicha ratificación, concretamente el 14 de diciembre 2005

Hasta el momento dicho Convenio ha sido firmado por 133 países, de los cuales ya son 30, por tanto, los que además de firmarlo lo han ratificado parlamentariamente. Entre los países firmantes ya se encuentra de forma efectiva España: Como se informaba en esta página web anteriormente, Transparencia Internacional España ha hecho durante meses gestiones e importantes esfuerzos para que finalmente se llevara a cabo esta firma por parte del Gobierno español, la cual fué aprobada por el Consejo de Ministros el pasado mes de mayo, y ha sido el Ministro de Asuntos Exteriores español Miguel Angel Moratinos, quien ha firmado formalmente dicho Convenio de la ONU el día 16 de septiembre.

Cabe señalar en todo caso que, al igual que España, la mayor parte de los países del Grupo de los Ocho no han ratificado todavía este Convenio: Francia es el único país del G 8 que lo ha hecho: ello no es óbice en todo caso para que al haber ya treinta países que lo han ratificado parlamentariamente, el Convenio pueda entrar finalmente en vigor.

(Leer más....)

NUEVA PUBLICACIÓN DE TI: ENSEÑAR ÉTICA A LOS JÓVENES

Transparencia Internacional acaba de publicar en castellano una edición especial de la obra: *ENSEÑAR ÉTICA A LOS JÓVENES* como parte de la *Caja de Herramientas para el Control Cívico de la Corrupción*: esta obra, publicada en inglés en diciembre de 2004, incluye ejemplos de experiencias en el campo de la educación juvenil contra la corrupción en once países; escrita principalmente por los Capítulos Nacionales de TI persigue, a través de los once ejemplos que se incluyen en lo mismo, contribuir a apoyar el acercamiento a la cero-tolerancia de la corrupción y a constituir una base para la exigencia de rendición de

cuentos.

Utilizando un gran número de ilustraciones, este cuaderno de 80 páginas describe con detalle diversos proyectos reales de Argentina, Brasil, Camboya, Colombia, Georgia, Italia, Macao RAES, Moldavia, Uganda, EE.UU. y Zambia. La obra está dedicada exclusivamente a la educación juvenil, siendo éste un campo de especial preocupación para la mayoría de los Capítulos Nacionales de TI. Muchos de ellos realizan proyectos en esta área fortaleciendo actitudes y conductas que lleven a los jóvenes a no entrar en el círculo de la corrupción. Los jóvenes, líderes del futuro, son un grupo de particular interés para la educación ética.

(Contenido íntegro de esta publicación: TI Enseñar Ética a los jóvenes)

OBJETIVO CUMPLIDO: ESPAÑA FIRMA LOS CONVENIOS CONTRA LA CORRUPCIÓN DE LA ONU Y DEL CONSEJO DE EUROPA

Uno de los objetivos más inmediatos de *Transparencia Internacional-España* ha sido durante estos últimos meses el conseguir que España firmase la Convención Mundial contra la Corrupción de la ONU, así como los Convenios (penal y civil) del Consejo de Europa contra la Corrupción. Nuestra organización ha venido llevando a cabo a tal efecto entrevistas con autoridades del Ministerio de Administraciones Públicas, así como del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, y ha manifestado en Actos públicos, ruedas de prensa, reportajes y programas de radio y televisión, la necesidad perentoria y urgente de que España no quedase más rezagada de lo que estaba, y firmase lo antes posible la citada Convención de la ONU contra la Corrupción, que ya la habían firmado 119 países del mundo, así como los Convenios contra la Corrupción del Consejo de Europa, que los habían firmado igualmente la inmensa mayor parte de los países que integran esta organización supranacional (el Convenio penal lo habían firmado 43 países, y sólo quedaban 3 países por firmarlo: Mónaco, Liechtenstein y España).

(Leer más...)

INFORME DEL PRESIDENTE DE TI-ESPAÑA

A LOS MIEMBROS DEL COMITÉ EJECUTIVO

Madrid, 15 de Abril de 2005

Tengo el gusto de informarte de algunas de las actividades que se han venido realizando por Transparencia Internacional-España en estos últimos tiempos, así como de algunos de nuestros proyectos, aunque quizá ya tengas buena parte de esta información si has asistido a la presentación del último Informe de TI que hemos hecho el mes pasado en la Fundación Ortega y Gasset.

Cabe señalar, en primer lugar, que en los últimos meses hemos ido llevando a cabo de forma sucesiva la presentación de los tres informes que Transparencia Internacional elabora a lo largo del año: En primer lugar, el *Informe sobre la Percepción de la Corrupción 2004*, cuya presentación hicimos en el mes de Octubre; en segundo lugar, la presentación del *Barómetro Global de la Corrupción 2004*, presentación que se realizó en el mes de Diciembre, y finalmente el *Informe Global de la Corrupción 2005*, que se ha presentado el pasado 15 de Marzo. En las tres presentaciones ha asistido numeroso público y diversos medios de comunicación, que han hecho que la repercusión mediática de estos eventos haya sido bastante amplia y satisfactoria.

(Leer más...)

ASPECTOS MÁS DESTACADOS DEL INFORME GLOBAL TI 2005

¿Un mundo "construido sobre sobornos"? El informe de TI concluye que la corrupción en la construcción se cobra vidas y lleva a los países a la bancarrota

El Informe Global de la Corrupción 2005 de Transparency International muestra como la corrupción en el sector de la construcción afecta el desarrollo económico, y amenaza con frustrar la reconstrucción tras el conflicto de Irak, entre otros países.

TI publica los Estándares Mínimos sobre Contrataciones Públicas a fin de poner freno a los sobornos.

(Leer más...)

RESUMEN DEL INFORME GLOBAL SOBRE CORRUPCIÓN 2005

La corrupción en el sector de la Construcción

Naturaleza y dimensión del problema

Según repetidas encuestas, la corrupción es más importante en la construcción que en cualquier otro sector de la economía.[1] La dimensión de la corrupción será envergadura por la dimensión y el alcance del sector, que va desde la infraestructura de transporte y usinas, hasta hogares. La corrupción afecta a actores privados y públicos mientras compiten por su cuota del mercado de la construcción mundial que

alcanza unos 3,200 trillones de dólares al año. Este mercado representa alrededor del 5-7% del PBI de los países desarrollados y en desarrollo avanzados, y del 2-3% del PBI en países en desarrollo de menor ingreso.[2]

(Leer más...)

BARÓMETRO GLOBAL DE LA CORRUPCIÓN DE 2004

Según el Barómetro Global de la Corrupción de TI 2004 los partidos políticos son las instituciones más corruptas del mundo

En seis de cada 10 países, los partidos políticos obtienen la peor calificación. Los gobiernos deben posibilitar los medios necesarios para combatir la corrupción, empezando por la ratificación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

(Leer más...)

INDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2004

La Corrupción es endémica en 60 países y la administración pública está plagada de sobornos, dice TI.

El Índice de Percepción de la Corrupción 2004 de Transparency International clasifica un número récord de 146 países; la mayoría de las naciones productoras de petróleo son más propensas a mayores niveles de corrupción.

(Leer más...)

INDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2003

Nueve de cada diez países en vías de desarrollo necesitan urgentemente de apoyo práctico para luchar contra la corrupción, destaca el nuevo índice

El Índice de Percepción de Corrupción 2003 de Transparency International registra niveles de corrupción en 133 países. Siete de cada diez países obtuvieron un resultado menor de 5 sobre un puntaje limpio de 10, en tanto que cinco de cada diez países en vías de desarrollo obtuvieron un puntaje menor de 3 sobre 10.

Londres, 7 de octubre de 2003 — "Los países ricos deben proporcionar apoyo práctico a los gobiernos de países en vías de desarrollo que demuestren la voluntad política para luchar contra la corrupción. Aquellos países con un alto nivel de corrupción no deberían ser penalizados, puesto que necesitan urgentemente de apoyo", manifestó Peter Eigen, Presidente de Transparency International (TI), durante el lanzamiento del Índice de Percepciones de Corrupción 2003 (IPC) de TI que tuvo lugar hoy.

(Leer más ...) versión pdf

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Recurso ordinario 603/2006

S E N T E N C I A Nº 1235/ 2008

Ilmos. Sres.
Presidente
D. EMILIO BERLANGA RIBELLES

Magistrados:
D. ALBERTO ANDRÉS PEREIRA
D. JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA
D. JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS
Dª ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRIGUEZ

En la ciudad de Barcelona, a diecisiete de diciembre de dos mil ocho.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente **SENTENCIA** en el recurso contencioso-administrativo nº 603/2006, interpuesto por **"LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL MERCAT CENTRE-LA MUNTANYETA DE SANT BOI DE LLOBREGAT"**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª MARTA VIDAL ESCOBEDO y defendida por el Letrado D. MIQUEL PREGONAS MARTÍNEZ, contra **EL AYUNTAMIENTO DE SANT BOI DE LLOBREGAT**, representado y defendido por el Letrado de sus servicios jurídicos, D. JORDI ESPINOSA GARCÍA. Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. **Dª Alicia Esther Ortuño Rodríguez**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, se interpuso el presente recurso contra determinados artículos contenidos en el Anexo incluido en el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat en su sesión celebrada el 24 de julio de 2006, el cual, en su tercer apartado, aprobó definitivamente el "Reglamento del Mercado Municipal Centre-La Muntanyeta", publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona nº 189, de 9 de agosto de 2006.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto en la Ley de la Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de la disposición general objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO - Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

CUARTO - En la sustanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como ya hemos referido en los antecedentes fácticos, mediante el presente recurso, la sociedad demandante impugna determinados artículos del Anexo incluido en el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat en su sesión celebrada el 24 de julio de 2006, el cual, en su tercer apartado, aprobó definitivamente el "Reglamento del Mercado Municipal Centre-La Muntanyeta", publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona nº 189, de 9 de agosto de 2006.

Los concretos preceptos del citado Reglamento que se recurren por la comunidad demandante son los que a continuación se mencionan:

a) Artículo 19, en cuanto contempla una serie de causas de incapacidad para ser concesionario, y artículo 22, en cuanto se remite a dichos motivos como obstáculo para poder ser titular de un espacio de venta, preceptos que la entidad actora estima que no pueden afectar a los concesionarios actuales, al no estar previstas en el anterior Reglamento del Mercado, aprobado por el Pleno el 17 de mayo de 1999 (BOP nº 256, de 26 de octubre de 1999), siendo limitativos de los derechos adquiridos.

b) Artículo 23.3 a) y b), concerniente al pago de una tasa y al derecho preferente de adquisición que corresponde al Ayuntamiento, ambos en caso de transmisión de las concesiones. En el apartado a) se impone el pago de una tasa por la transmisión de las concesiones, invadiendo el ámbito normativo de las ordenanzas fiscales, donde debería estar previsto el tributo, siendo además confiscatoria la base de cómputo. Ambos apartados limitan los derechos adquiridos por los antiguos concesionarios.

c) Artículo 24, apartados e) y f), en cuanto establece como requisitos para la transmisión de la concesión tanto no estar incurso en una causa de incapacidad prevista en el artículo 19, como también la acreditación del pago de la tasa.

d) Artículo 25, relativo a los efectos negativos del silencio administrativo en el supuesto de solicitar la autorización de transmisión de la concesión.

e) Artículo 27, en cuanto recoge la muerte o incapacidad sobrevenida como causa de extinción de las concesiones, recogiendo una posibilidad de autorizar la transmisión mortis causa a familiares directos con un régimen de silencio negativo, así como imponiendo un año para justificar la transmisión, circunstancias que estima que no pueden ser aplicadas a los antiguos concesionarios, ya que no estaban recogidas en el antiguo Reglamento, debiendo entenderse que la concesión es transmisible a todos los que acrediten cumplir los requisitos.

f) Artículos 38 y 57, en cuanto recogen una serie de obligaciones económicas a satisfacer por los paradistas que la entidad recurrente considera que deben ser sufragadas por el Ayuntamiento, en su condición de gestor directo del mercado, llegando a vulnerar el derecho de asociación.

g) Artículo 44.3, que establece la obligación de asumir pólizas de responsabilidad civil por daños e incendios que no estaban previstas en el Reglamento anterior.

h) Artículo 50.2, que exige el pago de derechos económicos al Ayuntamiento por cambio de actividad, los cuales no estaban previstos en el Reglamento anterior.

i) Artículo 56, el cual impone a los paradistas la asunción del servicio de vigilantes, cuando correspondería al Ayuntamiento.

j) Artículo 85, apartados a) y b) que recoge como causas de extinción de la concesión, tanto la muerte, como la falta de autorización previa en el supuesto de transmisión.

k) Disposición Adicional Primera, ya que impone al conjunto de los paradistas la asunción de las deudas, impagos y situación económica negativa, sin que pueda existir una reversión de la concesión, ya que se gestiona directamente por el Consistorio.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat, en primer término, ha interesado que se declare la inadmisibilidad del presente recurso contencioso administrativo, a tenor del artículo 69 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en lo sucesivo, LJCA), en relación con el artículo 19 del citado Cuerpo Legal, al considerar que la "Comunidad de propietarios del Mercat Municipal Centre-La Muntanyeta de Sant Boi de Llobregat" carece de legitimación activa, ya que en ningún caso puede ser una comunidad de titulares dominicales, en tanto que el acuerdo para interponer el litigio fue suscrito sólo por el 28'0800% de las cuotas de participación.

Con carácter antecedente y preliminar, debemos referirnos a que, acerca de la legitimación activa, la consolidada y reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido los siguientes criterios:

a) El más restringido concepto de "interés directo" del artículo 28 a) LJCA de 1956 debe ser sustituido por el más amplio de "interés legítimo", aunque sigue siendo una exigencia indeclinable la existencia de un "interés" como base de la legitimación y por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/1994 y ATC 327/1997).

b) La vigente Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998, artículo 19.1.a), siguiendo las mencionadas pautas jurisprudenciales y ya sin distinguir entre impugnación de actos y disposiciones, reconoce legitimación a "las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo" y, al propio tiempo, a "las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos o entidades a que se refiere el artículo 18 -grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas- que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos".

c) Pese a esta amplitud, el concepto de interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad, que haría equiparable la legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la legitimación popular, que solo en los casos expresamente contemplados en la Ley es admisible, conforme actualmente determina el artículo 19.1 de la vigente Ley Jurisdiccional.

Es necesario traer aquí a colación el requisito de que la ventaja o perjuicio en que se materialice el interés legitimador sea concreto, es decir, que cualquiera que sea su naturaleza -material o moral- afecte o haya de afectar de forma necesaria a la esfera jurídica del sujeto de quien se predique su condición de legitimado.

Con palabras del Tribunal Constitucional (Auto núm. 327/97, de 1 de octubre, F.J. 1) es preciso que la anulación pretendida produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto en el recurrente.

TERCERO.- Con sustento en la anterior doctrina constitucional, el óbice procesal invocado por la Administración demandada debe ser rechazado.

En primer lugar, porque la denominación que recibe la entidad actora no puede constituir un obstáculo para concluir que ostenta un verdadero interés en el objeto del proceso.

Ciertamente, como se desprende el artículo 4 del Reglamento impugnado (al igual que en el artículo 1 del anterior Reglamento del año 1999), el mercado "Centre-La Muntanyeta" es de propiedad municipal, por lo que sólo el municipio de Sant Boi de Llobregat ostenta el derecho de dominio sobre el mismo.

Sin embargo, no puede negarse que la comunidad demandante, en su condición de agrupación de titulares de derechos de concesión para el servicio público de venta en el mercado, el cual se haya fraccionado entre distintos paradistas, goza de un interés legítimo en relación con los preceptos del Reglamento aquí recurrido, en cuanto afecta a sus derechos, al igual que también poseen un interés legítimo en impugnar el Reglamento todos y cada uno de los concesionarios individualmente considerados.

La circunstancia de que el acuerdo para recurrir en la vía jurisdiccional aparezca suscrito por aproximadamente el 28% de sus miembros no obsta a que se pueda apreciar la existencia del interés exigido por la jurisprudencia reseñada.

Primero, porque un solo paradista o concesionario podría legítimamente impugnar el Reglamento del Mercado en el cual ostenta un título para la venta; y, segundo, porque, tanto en el artículo 13.4 de la Ley 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones en Cataluña (aplicable por razones temporales, posteriormente derogada por la Ley 4/2008, de 24 de abril), como en el artículo 16 y 17 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril) permiten la celebración de asambleas o juntas generales en segunda convocatoria sin necesidad de quórum de asistencia, en tanto que los asuntos de administración ordinaria, dentro de los cuales se incardina la interposición de recursos en defensa de los derechos e intereses del colectivo, sólo se requiere el acuerdo de la mayoría de los miembros presentes.

Como resulta de del Acta de la Junta General Extraordinaria de la Comunidad Actora, celebrada en segunda convocatoria a las 14 horas del día 21 de septiembre de 2006 (aportada en cumplimiento de la Providencia de 20 de octubre de 2006), en ella comparecieron 17 paradistas, representantes del 28'08% de las cuotas, aprobando por unanimidad el

acuerdo destinado para la interposición del presente recurso.

En aplicación de la doctrina constitucional y preceptos legales mencionados, se debe afirmar la legitimación activa de la entidad actora.

CUARTO.- A fin de poder efectuar un adecuado examen de todas y cada una de las cuestiones suscitadas por las partes, conviene hacer una somera referencia tanto a los antecedentes del citado acuerdo, como también al contexto en el que fue aprobado, y ello en relación con la prestación del servicio de mercado público, competencia que corresponde ejercer obligatoriamente a determinados municipios, como servicio mínimo, en concreto, a los que tengan un volumen de población superior a 5.000 habitantes, en virtud de los artículos 25.2 g) y 26.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), y los artículos 66.3 g) y 67 b) del Decret Legislatiu 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (TRLMCat).

El citado contexto aparece descrito en el Preámbulo del Reglamento impugnado.

A principios del año 1997, el Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat decidió, con el fin de impulsar la actividad comercial de la zona, la construcción de un nuevo mercado municipal en el centro del municipio, sustituyendo al antiguo denominado “Sant Josep”, el cual consideraba obsoleto respecto de los planteamientos del momento, acordando que la ejecución de las obras y la explotación del recinto se debía encomendar a un concesionario, previa la correspondiente licitación. Es decir, se trataba de contratar conjuntamente la realización del edificio que albergaría el nuevo mercado, sobre terrenos de propiedad municipal, así como también la gestión indirecta del servicio de venta a realizar en las instalaciones. Tras la tramitación del expediente contractual, en julio de 1997 se adjudicó la concesión a la entidad “Promotora del Mercat de Sant Josep de Sant Boi, S.A.”.

En la sesión ordinaria del Pleno del Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat celebrada el 17 de mayo de 1999 se aprobó el Reglamento del régimen interno concerniente a la gestión del mercado ya construido, denominado “Centre-La Muntanyeta”, el cual fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona (BOP) nº 256, de 26 de octubre de 1999.

La citada norma contemplaba que la gestión del mercado correspondía a la sociedad concesionaria, la cual, en virtud de títulos jurídicos de naturaleza privada, podía ceder a terceros el derecho de uso de los espacios de venta (puestos o paradas), si bien estos derechos estaban vinculados ineludiblemente a la concesión, de modo que revertían al Ayuntamiento al finalizar aquélla.

Tras diversas incidencias producidas con la sociedad adjudicataria durante la vigencia de la concesión, el 17 de febrero del año 2003 el Pleno del Consistorio demandado declaró extinguido el contrato de gestión indirecta

suscrito con la mercantil “Promotora del Mercat de Sant Josep de Sant Boi, S.A.”, acordando convocar una nueva licitación para la explotación del mercado, la cual fue declarada desierta en dos ocasiones, en febrero y mayo del año 2004.

El 27 de junio del año 2005, el Pleno del Ayuntamiento de Sant Boi aprobó de forma inicial, primero, el cambio de la forma de gestión del mercado “Centre-La Muntanyeta”, pasando a ser una explotación directa por el Consistorio; segundo, el nuevo reglamento del mismo, todo ello de acuerdo con el procedimiento previsto en los artículos 159, 160 y 188 del Decret 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales (ROAS).

Tras la tramitación del oportuno expediente, el Pleno del Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat, en su sesión ordinaria celebrada el 24 de julio de 2006 adoptó, en relación con la gestión del Mercado Municipal denominado “Centre-La Muntanyeta”, un acuerdo (el número 14 de la sesión) subdividido en cinco apartados, los cuales respondían a las siguientes cuestiones:

Primero, examinar la procedencia o improcedencia de una serie de alegaciones efectuadas en el período de audiencia, concedido a personas y entidades interesadas, respecto del nuevo reglamento del mercado; segundo, introducir, de oficio, determinados cambios en el Reglamento; tercero, aprobar definitivamente el Reglamento del Mercado Municipal Centre-La Muntanyeta, incorporado en el Anexo; cuarto, aprobar definitivamente el cambio de gestión de servicio público municipal, pasando a ser gestionado directamente por el Consistorio; y, quinto, ordenar la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y en el tablón de edictos.

QUINTO.- La comunidad demandante interesa que se declare la nulidad de pleno derecho de los siguientes preceptos del Reglamento del Mercado Municipal Centre-La Muntanyeta: artículos 19, apartados a) y b), 22, 23.3, 24 apartados e) y f), 25.1 último párrafo, 27, 38, 44.3, 50.2, 56, 57, 85 a) y b), y la Disposición Adicional Primera.

En la gran mayoría de los preceptos recurridos (concretamente, artículos 19, 22, 23.3, 24, 25, 27, 44, 50.2, 56, 85) la entidad actora ha invocado que no le resultan de aplicación, ya que al no estar contempladas en el anterior Reglamento las situaciones limitativas de derechos en ellos recogidas, no pueden afectar a los antiguos concesionarios.

Antes de abordar el análisis de cada precepto en particular, debemos mencionar que el propio Reglamento impugnado prevé un régimen de transición para los paradistas que ya ostentaban dicha condición con anterioridad a ser gestionado directamente por el Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat, es decir, cuando el mercado municipal “Centre-La Muntanyeta” estaba gestionado por una sociedad concesionaria, como se ha expuesto en los fundamentos anteriores.

En este sentido, la disposición transitoria primera del Reglamento determina,

bajo el título “Reconeixement de les concessions existents amb anterioritat a l'assumpció de la gestió directa del servei públic del mercat municipal "Centre-La Muntanyeta" i dels contractes i altres negocis jurídics que els actuals concessionaris hagin realitzat en relació a l'objecte de la concessió”, que:

“1. Els terminis d'utilització dels llocs o espais de venda actualment vigents, són els que s'especifiquin en les corresponents escriptures de cessió d'ús, o document equivalent, que es van establir per un període de 50 anys amb possibilitat de pròrroga de fins a 75 anys, a comptar des del 8 de desembre de 1998, data de posada en marxa del mercat, sense poder superar aquest màxim incloses les transmissions o cessions a tercers degudament autoritzades per l'Ajuntament.

2. L'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat, en assumir la gestió directa del servei públic del mercat municipal "Centre-La Muntanyeta", salvant les causes generals que habiliten per a la revocació de les concessions, respectarà i mantindrà en els seus títols concessionals, als paradistes del mercat municipal, d'acord amb el previst als acords plenaris de 26 de gener de 1998 i 20 d'abril de 1999, segons els quals l'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat va autoritzar a la societat concessionària la transmissió parcial de la concessió que recau sobre les entitats concessionals objecte de divisió horitzontal i que, en virtut de l'anterior, l'entitat concessionària va atorgar amb cadascun dels actuals titulars de parades del mercat, escriptures públiques de cessió de concessió administrativa i subrogació en préstec hipotecari, mitjançant les quals la concessionària transmetia a cada part adquirent la titularitat de la concessió que recau sobre les finques o entitats concessionals objecte de concessió.

A la seva vegada, l'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat reconeix i respectarà els contractes i altres negocis jurídics que els actuals concessionaris hagin realitzat en relació a l'objecte de la concessió sempre que aquests no contrariïn l'ordenament jurídic o perjudiquin o afectin negativament el normal desenvolupament del servei públic de mercat municipal”.

Se debe destacar que, a partir de la asunción de la gestión directa del mercado “Centre-La Muntanyeta” por parte del Ayuntamiento titular del mismo, el Consistorio se encarga de la explotación global del establecimiento, es decir, pasa a “avocar” las funciones anteriormente contratadas con un concesionario.

Respecto de la posición jurídica de los paradistas, tanto anteriores como posteriores al anterior régimen de gestión indirecta del conjunto del mercado, y con independencia de que no exista un concesionario “mediador” entre éstos y el Ayuntamiento, es la de, a su vez, gestores indirectos, no del mercado, sino del servicio público de venta dentro del recinto comercial, es decir, concesionarios en relación con cada puesto en el que desarrollan su actividad empresarial.

Pues bien, en la Disposición Transitoria Primera del nuevo Reglamento, el Ayuntamiento se compromete a respetar los derechos que los paradistas contrataron con la antigua entidad concesionaria de la global explotación del Mercado (y los que estos paradistas suscribieron, en su caso, con terceros, siempre y cuando estuviesen relacionados con el objeto de la concesión, es decir, el uso de espacios para venta), sin que la extinción de la concesión

con la sociedad “Promotora del Mercat de Sant Josep de Sant Boi de Llobregat, S.A”, operada en febrero del año 2003, implicase la finalización de su derecho de uso sobre las paradas, consecuencia que, sin embargo, sí se recogía en el artículo 14.6 del antiguo Reglamento del año 1999.

SEXTO.- Una vez mencionado el tratamiento que se otorga por el Reglamento del Mercado “Centre-La Muntanyeta” a los antiguos paradistas, procederemos a examinar la adecuación a derecho de los preceptos impugnados, siguiendo, en primer término el propio orden numérico de los mismos, y, en segunda instancia, un orden lógico de análisis conjunto de los que aparezcan relacionados, a fin de coadyuvar a una mejor claridad del razonamiento de la presente sentencia.

SÉPTIMO.- El artículo 19, referente a “Incapacitats i incompatibilitats per a ser concessionari”, dispone que *“No podran ser titulars d'una concessió d'un lloc o espai de venda, ja sigui parada, magatzem, aparcament o superficie comercial, aquells que es trobin dins de qualsevol dels supòsits següents:*

a) Les persones físiques que juntament amb el cònjuge i/o fills siguin titulars de parades de venda al rnercat municipal que, sumades a les que pretenen, superin el nombre de 2 parades de la mateixa activitat o 3 parades de diferents activitats de venda.

b) Les persones jurídiques que individualment o conjuntament amb el seu/s administradors i/o socis majoritaris i ells cònjuge/s i/o fills d'aquests o d'aquells, cas de ser diferent, siguin titulars de parades de venda en el mercat municipal, incloses aquelles en que ho siguin en règim proindivis, que, sumades a les que pretenen, superin el número de 2 parades de la mateixa activitat o 3 parades de diferents activitats de venda”.

El artículo 22, “Capacitat per a ser titulars d'espais de venda”, establece que *“Poden ser titulars dels espais de venda les persones físiques i jurídiques que no es trobin en cap de les causes recollides a l'article 19 del present reglament, llevat del cas de la successió en què el cridat a succeir sigui menor d'edat o incapacitat, que pot ser titular mitjançant la intervenció dels seus tutors o curadors”.*

La comunidad formada por titulares de derechos de uso de puestos de venta dentro del mercado municipal impugna ambos preceptos, al considerar que, al incluir causas de incapacidad y limitaciones a los derechos de los concesionarios que no estaban previstas en el Reglamento anterior, no pueden afectar a los antiguos paradistas.

Debe rechazarse que ambos preceptos no sean conformes a derecho ya que, como se recoge en la Disposición Transitoria Primera del Reglamento, en ésta se respeta la posición de los antiguos paradistas, la cual fue adquirida contractualmente con el anterior concesionario global del mercado, motivo por el que las incapacidades e incompatibilidades para poder ser titular de espacios de venta previstas en los citados dos artículos recurridos, en una interpretación sistemática de la norma, no pueden ser aplicadas a los que ya adquirieron un título de uso de los puestos del mercado, ya que su régimen jurídico seguirá siendo el mismo que el previsto en el contrato suscrito por éstos en su día con “Promotora del Mercat de Sant Josep de

Sant Boi de Llobregat, S.A.".

OCTAVO.- El artículo 23 "Transmissió de les concessions". La entidad recurrente impugna las letras a) y b) de su apartado tercero, en cuya virtud:

"*3. L'Ajuntament, en el termini màxim de dos mesos a partir de l'entrada de l'escrit en el Registre General, adoptarà alguns dels acords següents:*

a) Autoritzar la cessió i requerir al cedent o cessionari, en funció de la naturalesa onerosa o gratuïta de la transmissió, que ingressi en la tresoreria de l'Ajuntament fa quantitat que correspongui sobre el preu de la transmissió en el cas que aquesta sigui onerosa o sobre el cànon concessional establert en el seu moment actualitzat amb l'Index general de preus al consum en el cas que aquesta transmissió sigui a títol gratuït, d'acord amb les Ordenances Fiscals vigents. En cas que no estigués previst, l'import serà el 5% de la quantitat que es declari pel traspàs o, com a mínim, sobre el preu d'adjudicació actualitzat any rere any, conforme a l'increment de l'IPC. Aquesta autorització quedarà condicionada al pagament efectiu de l'import requerit. Aquesta quantitat no serà exigible en les transmissions que es donin entre pares i fills o descendents i ascendents legitims, per actes inter vius.

b) Fer ús del dret preferent a recuperar el lloc de venda pagant al concessionari el preu que declara per la transmissió".

<u>Primero</u>. Respecto del apartado a), la comunidad actora esgrime que debería haberse previsto el pago de la tasa sobre la transmisión de concesiones en una ordenanza fiscal, siendo confiscatorio el método de cálculo establecido.

El artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), determina que *"Las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos"*.

El citado apartado debe completarse, por lo que aquí concierne, con el número cuatro del mismo precepto, en cuya virtud *"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 (...) u) Servicio de matadero, lonjas y mercados, así como el acarreo de carnes si hubiera de utilizarse de un modo obligatorio; y servicios de inspección en materia de abastos, incluida la utilización de medios de pesar y medir".*

Por consiguiente, la prestación del servicio público de mercado, tal y como contempla la Ley, puede ser un hecho imponible de una tasa municipal. Respecto de la base imponible de tal tributo, debemos atender al artículo 24 TRLHL, el cual dispone que:

"1. El importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento

especial del dominio público local se fijará de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. A tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada.

b) Cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación.

c) Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas (...)

2. En general, y con arreglo a lo previsto en el párrafo siguiente, el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.

Para la determinación de dicho importe se tomarán en consideración los costes directos e indirectos, inclusive los de carácter financiero, amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa, todo ello con independencia del presupuesto u organismo que lo satisfaga. El mantenimiento y desarrollo razonable del servicio o actividad de que se trate se calculará con arreglo al presupuesto y proyecto aprobados por el órgano competente".

En el primer inciso del apartado a) del artículo 23.3, se remite al establecimiento de la tasa por las ordenanzas fiscales, si bien recogiendo como base imponible *"la quantitat que correspongui sobre el preu de la transmissió en el cas que aquesta sigui onerosa o sobre el cànon concessional establert en el seu moment actualitzat amb l'Index general de preus al consum en el cas que aquesta transmissió sigui a títol gratuït, d'acord amb les Ordenances Fiscals vigents"*.

Este método de cálculo de la deuda tributaria (si bien se remite al establecimiento de la tasa por una ordenanza específica) fundado bien en el precio de la transmisión de la concesión o bien en el canon, no se acomoda a los criterios recogidos en el artículo 24 TRLHL, ya que en éste se parte como base de la tributación la facturación de la prestación del servicio, sin que pueda superar su coste, sin que en este criterio se incardine ni el precio de la transmisión de los puestos de venta ni el canon concesional.

Lo mismo debe decirse del segundo inciso del apartado a) del artículo 23.3 del Reglamento, *"En cas que no estigués previst, l'import serà el 5% de la*

quantitat que es declari pel traspàs o, com a mínim, sobre el preu d'adjudicació actualitzat any rere any, conforme a l'increment de l'IPC".

Por consiguiente, el apartado a) del artículo 23.3 del Reglamento del Mercado "Centre-La Muntanyeta" debe ser anulado, de acuerdo con el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), al infringir las previsiones contenidas en el artículo 24.1 y 2 TRLHL.

Segundo. El apartado b) del precepto contempla un derecho de adquisición preferente del Ayuntamiento en el supuesto de transmisión del derecho de uso de la parada, abonando al transmitente el precio declarado, facultad que no infringe precepto legal alguno, y que tampoco limita los derechos adquiridos por los concesionarios anteriores, ya que no impide ni el traspaso de la concesión ni que éste tenga lugar por el precio aceptado por el concesionario.

NOVENO.- Artículo 24, "Procediment per a la transmissió de la concessió", *"Els pretesos cedent i cessionari, amb antelació a qualsevol operació de cessió, han de sol.licitar de l'Ajuntament una autorització, a aquest efecte, subscrivint una sol.licitud per demanar l'autorització de cessió signada pel cedent i el cessionari. Amb aquesta sol.licitud hauran d'acompanyar els documents següents:*

e) Declaració jurada de no estar comprés en cap de les causes de prohibició de contractar amb l'Administració recollides en la legislació de contractes de les Administracions públiques i les recollides a l'article 19 del present reglament del cedent i del cessionari si ja és titular d'un espai de venda.

f) Justificant d'haver efectuat l'autoliquidació del tribut, taxa o preu públic corresponent, quan aquesta hagi estat establerta per l'Ajuntament".

Respecto al apartado e), debemos remitirnos a las consideraciones ya efectuadas sobre el artículo 19, en el sentido de que el concesionario antiguo no puede resultar afectado por estas causas de incapacidad, al respectarse sus títulos concesionales anteriores, por mor de la Disposición Transitoria Primera.

En cuanto al apartado f), se remite al tributo, tasa o precio público que establezcan las ordenanzas fiscales con ocasión de la transmisión, siendo conforme a los artículos 15 al 17, 20 y 41 TRLHL.

DÉCIMO.- Artículo 25, "Resolució de la sol.licitud d'autorització de la transmissió". *"1. La sol.licitud d'autorització s'haurà de resoldre per l'Alcaldia, o pel regidor delegat o regidora delegada en el termini de dos mesos a comptar des de la presentació de la sol.licitud de canvi de titularitat.*

La no resolució en el termini assenyalat comportarà la denegació de l'autorització".

La entidad actora invoca que, en el Reglamento del Mercado del año 1999, el silencio administrativo frente una solicitud de autorización de la transmisión de la concesión tenía efectos positivos o estimatorios, por lo que no puede afectar a los antiguos concesionarios.

Sin embargo, debe destacarse que el régimen de los efectos del silencio administrativo vienen regulados en los artículos 43 y 44 LPAC, Ley que, en estos concretos preceptos, fue modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (vigente desde el 14 de abril de 1999).

El artículo 43.2 LPAC contempla que en los supuestos de procedimientos iniciados a instancia de los interesados, el silencio de la Administración, como regla general, tiene efectos estimatorios, pero, a su vez, contempla como excepción, entre otros, los supuestos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.

Por consiguiente, al versar la solicitud regulada en el artículo 25 del Reglamento sobre la autorización de transmisión de una concesión sobre el servicio público de venta en las paradas del mercado, la citada solicitud recae sobre facultades relativas al dominio y servicio público municipal, estando previsto *ex lege* que los efectos de la falta de respuesta administrativa en el plazo establecido deben ser desestimatorios, tal y como recoge el precepto impugnado, siendo conforme a derecho.

DECIMOPRIMERO.- Artículo 27 “Canvis de titularitat per actes mortis causa”, *“1. D'acord amb l'establert a l'article 85 a) del present reglament, la mort o incapacitat sobrevinguda del concessionari individual són causa d'extinció de les concessions. Això no obstant, l'Ajuntament ateses les circumstàncies concurrents (personals o econòmiques), podrà autoritzar el canvi de nom de la concessió a algun familiar directe (pare, mare, fill o filla, marit o muller, o persona amb anàloga relació de convivència).*

2. En els casos de canvi de titularitat per actes mortis causa, el que es considera i resulti ser legítim successor de la persona titular de la concessió difunta ha de sol.licitar de l'Ajuntament, dins del termini màxim d'un any després de produït l'òbit, l'autorització per efectuar el canvi de la titularitat de l''espai o espais de venda a favor seu (...)

4. La sol.licitud d'autorització s'haurà de resoldre per l'Alcaldia o pel regidor delegat o regidora delegada en el termini de dos mesos a comptar des de la presentació de fa sol.licitud de canvi de titularitat, la no resolució en el termini assenyalat comportarà la denegació de l'autorització.

Si s'hagués transmès mortis causa el llocs o espais de venda proindivisa a dues o més persones, aquestes en el moment de justificar la transmissió han de determinar i comunicar a l'Ajuntament quina d'entre elles ha de succeir en la titularitat del lloc o espai de venda. En cas contrari, s'entendrà "pro indivís" en règim de responsabilitat solidària.

5. Transcorregut un any sense justificar la transmissió es produirà la pèrdua de totes les expectatives sobre els béns dels quals era concessionari el difunt, els quals revertiran a l'Ajuntament fent-hi les corresponents actualitzacions a l'inventari de béns immobles de l'Ajuntament. D'acord amb l'establert a l'article 102.2 del Decret 335/1988, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el reglament del patrimoni dels ens local.

6. En casos excepcionals, degudament justificats, el termini d'un any esmentat a l'apartat anterior es pot prorrogar fins a un màxim de sis mesos més".

La comunidad recurrente considera que la concesión debe ser transmisible inter vivos y mortis causa a quien cumpla los requisitos, sin que a los antiguos concesionarios les pueda ser de aplicación la causa de extinción por muerte o incapacidad.

Sin embargo, tales motivos de finalización de la concesión vienen recogidos en el artículo 241 e) ROAS, en cuya virtud: *"Son causas de extinción del contrato de gestión de servicios locales:*

e) La declaración de quiebra, muerte o incapacidad del empresario individual. No obstante, en caso de muerte o incapacidad de éste, podrá continuar el contrato, de acuerdo con lo que disponga la legislación administrativa, siempre que se cumplan las garantías técnicas y económicas necesarias".

Por consiguiente, la norma reglamentaria de cobertura recoge tales causas finalizadoras del contrato de gestión de servicios públicos, tal y como establece el precepto impugnado, en el cual, por otro lado, se excepciona dicha extinción en determinados supuestos, así como se condiciona la efectividad de la transmisión a que se justifique en el plazo de un año, ordenación específica que se adecua a la remisión que se realiza en el último inciso del artículo 241 e) ROAS arriba transcrito.

El precepto, por ello, es conforme a derecho.

DECIMOSEGUNDO.- Artículo 38, "Obligacions de caràcter econòmic", "*1. De conformitat amb el que s'estableix en l'article 9 del present reglament, les persones titulars dels espais de venda, magatzems o aparcaments estan obligades a efectuar el pagament dels drets econòmics que es determinin: a la ordenança municipal corresponent per a sufragar les despeses ordinàries que comporten els serveis i la utilització de les instal.lacions, o en cas de conveni entre l'Ajuntament i l'associació o comunitat de titulars dels dret d'ús dels espais del mercat, abonar les quotes a l'associació o comunitat, que és qui realitzarà aquest servei, incloent-hi les derrames que es poguessin requerir per a sufragar despeses extraordinàries de repara-ció, conservació de l'edifici, i totes aquelles que siguin necessàries per garantir el bon funcionament del mercat.*

2. En concret dins de la despesa ordinària s'incorporaran els següents conceptes:

a) Assegurances de tot tipus (edifici, responsabilitat civil, etc.).
b) Subministrament (aigua, llum i telèfon).
c) Neteja de tots els espais comuns i de servei al mercat incloent la zona d'aparcament i despatxos de la planta soterrani).
d) Manteniment (ascensors, muntacàrregues, alarma, xarxa contraincendis i altres dispositius de prevenció i seguretat, etc.).
e) Controls sanitaris i desinfecció.
f) Administració.
g) D'altres necessaris per al bon funcionament del mercat.

3. Les obligacions econòmiques dels titulars deis espais es deriven de la fixació de coeficients.

4. El coeficient assignat a cadascun dels titulars dels diferents espais serà aquell que resulten de la declaració d'obra nova i divisió horitzontal del mercat municipal "Centre-La Muntanyeta" atorgada davant el notari de Sant Boi, Sr José Luis Gómez Diez en data 19 de març de 1998 amb el núm. de protocol 620; o posteriors que poguessin derivar-se de la creació de noves divisions horitzontals, o subdivisió de les existents.

5. El titular del dret d'ús de la superficie comercial, farà front al 30% de les despeses i serveis comuns del mercat, amb fa limitació que després s'exposarà- S'entenen com a des-peses i serveis comuns del mercat, entre d'altres els que puguin ser clarament necessaris i/o beneficiosos pel titular de la superficie comercial:

a) Obres de conservació del total immoble.
b) Obres en cobertes i façanes comunes.
c) Despeses d'administració i gestió del mercat.
d) Neteja de zones exteriors de l'entorn del mercat.

6. Amb referència a les despeses i serveis anteriors, el titular de la superfície comercial farà front a:

a) Un 30 % de les despeses i serveis extra-ordinaris, sense limitació.
b) Un 30% de les despeses i serveis ordinaris, segons les limitacions establertes pel contracte a l'adjudicació de la concessió i a l'anterior reglament (901,52EUR mensuals, i actualitzables anualment per aplicació del percentatge d'evolució del índex sobre Preus al Consum (WC), des de I'any d'aprovació del primer Reglament del mercat (any 1999) o paràmetre substitutiu.

7. L'esmentat titular queda exempt del pagament de qualsevol despesa que tingues origen en la planta soterrani del mercat, a excepció de les que es poguessin derivar de la gestió de residus provinents del mateix concessionari.

8. La superfície comercial utilitzarà en exclusiva l'aparcament al descobert de superfície, la utilització privativa del qual ha estat assignada a titularitat de la superfície comercial mitjançant contracte privat subscrit en la fase de comercialització entre la promotora privada i l'empresa titular del dret d'utilització.

9. Conseqüentment, la superfície comercial restarà obligada al manteniment de l'espai d'aparcament de superficie, mitjançant la realització de tots aquells manteniments periòdics (desperfectes al paviment, pintura delimitant de l'estacionament, neteja, etc), o puntuals (filtracions d'aigua cap a l'aparcament, desnivells del paviment, etc) que poguessin produir-se i afectar al mercat en general, als seus usuaris, o al veinat, produïts pel deteriorament, degradació o mal us dels elements existents en el moment d'obtenir la concessió.

10. La resta de titulars dels diferents espais satisfaran entre tots la part no assumida per la superfície comercial, en proporció cadascun d'ells els coeficients que tenen assignats".

La entidad actora considera que el Ayuntamiento, en su condición de gestor directo del mercado "Centre-La Muntanyeta", es quien tiene que asumir los costes del servicio público, no los paradistas.

Sin embargo, debemos estar a la naturaleza ya descrita de los títulos que corresponden a los paradistas dentro del mercado municipal, como titulares de un derecho de uso de puestos para desempeñar el servicio público de venta, esto es, como concesionarios de esta actividad comercial.

En calidad de concesionarios, resulta consustancial a sus contratos administrativos ("sui generis") de gestión indirecta del servicio público de venta en el mercado municipal que los paradistas deban sufragar el coste de los gastos ordinarios que comporte su actividad comercial, así como también los que se deriven del uso de instalaciones comunes, tal y como realizaban anteriormente respecto de la sociedad "Promotora del Mercat de Sant Josep de Sant Boi de Llobregat".

DECIMOTERCERO.- Artículo 44, "Responsabilitats", *"3. A l'efecte els concessionaris han de formalitzar una assegurança de responsabilitat civil en els termes establerts a continuació:*

a) Una pòlissa d'assegurança contra danys materials i personals que tindrà una cobertura mínima de cent cinquanta mil EUR 050.000,00 EUR), pels adjudicataris de les parades interiors, locals exteriors, magatzems i aparcaments, i de tres-cents mil EUR (300.000,00 EUR), per a l'adjudicatari de la superfície comercial.

b) Una assegurança contra incendis fins un import equivalent a l'import de cadascun dels espais ocupats i els danys a elements comuns fins un import de seixanta mil EUR (60.000 EUR)".

Respecto del presente precepto resultan plenamente aplicables los razonamientos expuestos en cuanto a las obligaciones de los paradistas-concesionarios recogidas en el artículo 38 del Reglamento.

DECIMOCUARTO.- Artículo 50, "Canvis d'activitat de venda". "*2. A la sol.licitud de canvi d'activitat, el titular ha d'adjuntar el seu DNI/NIE, original del títol concessional, certificat d'estar al corrent de les obligacions amb l'Ajuntament i trobar-se al corrent de L'aportació de l'associació o comunitat de concessionaris del mercat en concepte de quotes, declaració jurada que no es troba dins de cap de les causes d'impossibilitat de ser concessionari de l'article 19, memòria justificativa dels motius pels quals sol.licita el canvi d'activitat i justificant d'haver presentat L'autoliquidació dels drets econòmics, tal i corn indiqui l'ordenança fiscal vigent".*

Como ya pusimos de relieve al examinar la conformidad a derecho del artículo 23.3, las ordenanzas fiscales pueden establecer tasas municipales en los supuestos previstos en el artículo 20 TRLHL.

El cambio de actividad en el puesto de venta implica una modificación del título concesional originario, no incardinado en la disposición transitoria primera, que, a su vez, puede ser contemplado como un hecho imponible para una tasa, tal y como se contempla y remite en el precepto impugnado, el cual se adecua a derecho.

DECIMOQUINTO.- Artículo 56, "Assumpció del servei de vigilants per !'associació o comunitat de titulars de drets concessionals", *"1. El conveni a*

signar entre l'Ajuntament i l'associació o comunitat de concessionaris, preveurà la prestació d'aquest servei d'ajudants del mercat pel personal dependent directament de l'associació o comunitat de titulars de drets concessionals o personal d'empreses per ella contractades per complir les finalitats establertes a l'esmentat conveni.

2. Aquest personal, al marge de la relació jurídica que mantingui amb l'associació o comunitat, haurà de respectar i complir les directrius fixades pel tècnic o tècnica municipal responsable del mercat.

3. L'associació o comunitat de titulars de drets concessionals està obligada a complir tots els deures que li corresponguin respecte a aquest personal, i n'ha de donar compte al tècnic responsable del mercat".

En cuanto a este artículo, resultan plenamente aplicables los razonamientos expuestos en los fundamentos anteriores en cuanto a las obligaciones de los paradistas-concesionarios recogidas en los artículos 38 y 44 del Reglamento.

DECIMOSEXTO.- Artículo 57, se encuentra ubicado en el Capítulo X del Reglamento, titulado "De l'Associació o comunitat de concessionaris dels llocs de venda", y dispone que *"1. Per al bon funcionament de l'organització del mercat, les persones titulars dels drets concessionals de venda en aquest mercat municipal, hauran d'estar constituïts legalment en una associació o comunitat de titulars de drets concessionals. El contingut dels estatuts de l'associació en cap cas podran anar en contradicció amb aquest reglament.*

2. Els coeficients de participació de cadascun dels titulars de drets concessionals a l'assemblea d'aquesta comunitat per a la presa de decisions seran els que resultin del percentatge que sobre el total representa cadascuna de les entitats registrats en què el mercat municipal "Centre-La Muntanyeta" es troba dividit horitzontalment, d'acord amb l'escriptura de declaració d'obra nova i divisiô en règim de propietat horitzontal atorgada en data 19 de març de 1998, número de protocol 620, del notari D. J.L. Gómez Díez.

3- L'associació o comunitat de titulars de dret concessionals assumirà les següents responsabilitats en base al conveni que es formalitzarà amb l'Ajuntament i d'acord amb l'establert a l'article 6:

a) Manteniment general del mercat.
b} Assegurances de l'edifici i responsabilitat civil.
c) Servei de vigilància i sistemes de seguretat.
d) Subministraments (aigua, electricitat, etc.).
e) Neteja dels espais dels espais del mercat.
f) Totes aquelles descrites a l'article 38, necessàries pel bon funcionament del mercat.
g) Gestió i explotació de l'aparcament per part dels titulars de les parades del mercat municipal.
h) Totes les altres que, no especificades anteriorment, se'n derivin de la gestió ordinària del mercat municipal.

4. Aquesta associació o comunitat pot unir-se o federar-se amb d'altres, en un àmbit superior al municipi de Sant Boi de Llobregat.

5. La condició de comerciant amb títol concessional del mercat municipal "Centre-

La Muntanyesa", pressuposa la d'associat a l'associació o comunitat de concessionaris, els estatuts de l'associació no podrà en cap cas limitar l'accès a l'Associació.

6. L'associació per facilitar la seva gestió podrà contractar un administrador que realitzi les funcions pròpies del càrrec davant l'associació, i a la vegada actuï com a interlocutor davant l'Ajuntament.

L'administrador haurà de respectar en tot moment les decisions assumides pels òrgans de govern de l'associació i no prendre decisions que afectin al conjunt sense autorització prèvia dels seus òrgans de govern.

7. L'associació o comunitat de titulars de drets concessionals, pel que fa al que s'estableix en el present reglament, respecte de les relacions entre Ajuntament i concessionaris tindrà corn a principals funcions, les següents:

a) Defensar els interessos comuns dels concessionaris dels espais de venda del Mercat.

b) Mantenir la relació amb l'Ajuntament i els òrgans del mateix sobre tot allà que es refereixi al mercat Centre-La Muntanyeta i puguin afectar a la generalitat dels concessionaris o a un grup d'aquests.

c) Per executar, si s'escau, les obres i les instal.lacions dels serveis a que es refereix el present reglament, així com al seu sostenim*ent.*

d) Promoure i impulsar comercialment el Mercat municipal Centre-La Muntanyeta, així com adoptar mesures que tendeixin a l'increment de la qualitat, la competitivitat i l'impuls dels valors ecològics.

8. Qualsevol canvi en la composició dels membres de l'associació o comunitat haurà de ser comunicat a l'Ajuntament mitjançant un escrit, perquè en prengui coneixement en un període no superior als 30 dies des de la variació".

Respecto del presente precepto resultan plenamente aplicables los razonamientos expuestos en cuanto a las obligaciones de los paradistas-concesionarios recogidas en los artículos, 38, 44 y 56 del Reglamento.

Por otro lado, en cuanto a la invocada vulneración del derecho de asociación, al establecer el Ayuntamiento el contenido de los estatutos de la comunidad de paradistas, debe de nuevo incidirse en la naturaleza del gestor global del mercado municipal, así como de los sujetos que desarrollan en su interior la actividad de venta.

El Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat, en virtud del acuerdo plenario de 24 de julio de 2006, asumió la gestión directa del servicio público (mínimo y obligatorio) del mercado "Centre-La Muntanyeta". En el Reglamento aprobado en la misma sesión del Pleno, el Consistorio decidió respetar la posición jurídica adquirida por los paradistas ya establecidos (Disposición Transitoria Primera), de quienes se habla en todo momento como concesionarios.

Efectivamente, tales paradistas son gestores indirectos del servicio público

de venta en el mercado, y el Ayuntamiento, como gestor global, se encarga de la superior explotación del conjunto del recinto y de la coordinación de los distintos titulares de los derechos de uso de las paradas.

Dentro de esta posición de gestor global, y en ejercicio de sus facultades de administración, el Ayuntamiento decidió la constitución de una comunidad de paradistas o unión de concesionarios de los puestos de venta, la cual participa de la naturaleza de una asociación administrativa constituida en el ámbito local para una mejor eficacia y eficiencia en la prestación del servicio de venta al público que se desarrolla en el interior del mercado, actividad comercial que se haya fraccionada entre distintos paradistas o concesionarios, como una forma de coordinación del servicio público considerado como una unidad, posibilidad que se encuentra inserta dentro de las facultades que le corresponden al Ayuntamiento que gestiona directamente el Mercado.

DECIMOCTAVO.- Artículo 85, “Causes d'extinció”, *“Són causes d'extinció de la concessió i de resolució de la corresponent autorització:*

a) La mort o incapacitat sobrevinguda del concessionari individual o l'extinció de la personalitat jurídica. En el cas de mort o incapacitat sobrevinguda del concessionari individual cal estar a l'establert a l'article 27 del present reglament,

b) La falta d'autorització prèvia en els supòsits de transmissió o modificació, per fusió, absorció o escissió, de la personalitat jurídica del concessionari”.

Respecto del presente precepto resultan plenamente aplicables los razonamientos expuestos en los artículos 19, 22, 23, 24, 25 y 27 del Reglamento.

DECIMONOVENO.- Por último, la Disposición Adicional Primera, “Situació de crisi o risc comercial o estructural declarat formalment per l'Ajuntament”, *“En el supòsit que el mercat municipal es trobi en situació de crisi o risc comercial o estructural declarat formalment per l'Ajuntament, es podien prendre totes aquelles mesures necessàries per reactivar-lo encara que aquestes estiguin en contradicció amb algun article d'aquest Reglament, sempre que així ho acordi l'Ajuntament, i modificar-lo o deixar-lo sense efecte.*

D'altra banda, l'Ajuntament no es farà càrrec dels deutes, impagats, o qualsevol altre situació econòmica negativa, que pugui haver sobre el mercat o serveis del mateix, en el moment de la reversió de la concessió. Aquestes situacions econòmiques negatives hauran de ser assumides pel conjunt de paradistes”.

La citada disposición adicional contempla la regulación de las deudas o situación económica del conjunto de los paradistas en supuestos de situaciones límite de crisis o riesgos comerciales, con remisión implícita a las obligaciones establecidas en su artículo 57, a cuyas consideraciones nos debemos remitir para afirmar su conformidad a derecho.

VIGÉSIMO. - No ha lugar a efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas causadas, al no apreciarse temeridad ni mala fe en las partes, conforme dispone el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Quinta, ha decidido:

Primero. Desestimar la causa de inadmisibilidad propuesta por la Administración demandada.

Segundo. Estimar parcialmente el presente recurso y, en consecuencia, anular el artículo 23.3 a) del Reglamento del Mercado Municipal “Centre-La Muntanyeta”, por no ser conforme a derecho, desestimando el recurso en lo demás, confirmando el citado reglamento en los restantes preceptos impugnados.

Tercero. No efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución en legal forma a las partes en la forma prevenida por la Ley.

Así por esta resolución, de la que unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

6a sessió

20/03/09

El Text Refós de la Llei de Sòl de 2008 i la nova configuració de l'estatut de la propietat immobiliària urbana.
Judith Gifreu i Font, professora de Dret Administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona.

La responsabilitat patrimonial en matèria d'urbanisme.
Carles Pareja Lozano, advocat, professor de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra.

El règim jurídic del tractament de dades personals mitjançant càmeres de videovigilància.
Santiago Farré Tous, advocat de la Generalitat cap de l'Assessoria Jurídica de l'Agència Catalana de Protecció de Dades.

Les reparcel·lacions en els processos de legalització de les urbanitzacions: algunes qüestions més corrents en la problemàtica que planteja.
Romà Miró i Miró, advocat i exsecretari general de l'Ajuntament de Barcelona.

Prescripció d'infraccions i sancions i inactivitat administrativa en la fase de recurs.
Héctor Garcia Morago, magistrat del Jutjat Contenciós Administratiu 13 de Barcelona.

EL TEXT REFÓS DE LA LLEI DE SÒL DE 2008 I LA NOVA CONFIGURACIÓ DE L'ESTATUT DE LA PROPIETAT IMMOBILIÀRIA URBANA

Dra. Judith Gifreu i Font
Profesora titular de dret admnistratiu
Universitat Autònoma de Barcelona

1.- ANTECEDENTS 1

a) El sistema urbanístic estatal i l'Estat de les Autonomies 1

b) La STC 61/1997, de 20 de març 2

c) La Llei 6/1998, de 13 d'abril, sobre règim del sòl i valoracions 3

2.- UN NOU MODEL DE SÒL I URBANISME; LA LLEI 8/2007, DE 28 DE MAIG, DE SÒL 4

3.- EL CONTINGUT DE L'ESTATUT DE LA PROPIETAT IMMOBILIÀRIA URBANA EN EL TRLS 6

a) L'abast de la regulació estatal a l'empara de l'art. 149.1.1 CE i les situacions bàsiques del sòl 6

b) El contingut dels estatuts de la iniciativa privada i de la propietat 9

c) L'urbanisme d'obra pública en el TRLS: un retorn als orígens. La pèrdua de protagonisme de la propietat en el procés urbanitzador 13

d) Les valoracions del sòl i de les facultats vinculades a les actuacions d'urbanització i edificació 15

1.- ANTECEDENTS

a) El sistema urbanístic estatal i l'Estat de les Autonomies

Enfront una concepció liberal i individualista ancorada en els orígens llatins de la institució, el dret de propietat emergeix a meitats del segle XX amb una nova *componenda* social, que el subordina sense pal·liatius als interessos generals, bo i donant lloc al que Garrido Falla ha anomenat el "règim administratiu de la propietat privada", en el que hi té un protagonisme estel·lar la legislació urbanística i el seu estatut jurídic de facultats i càrregues vinculades al sòl[1]. L'aprovació parlamentària de la Llei sobre règim del sòl i ordenació urbana de 1956, elaborada magistralment pel catedràtic de dret administratiu i advocat barceloní Manuel Ballbé i Prunés, altera l'abast de l'interès públic urbanístic, que passa del simple exercici de funcions de policia urbana (construcció, seguretat, relacions de veïnatge, higiene, etc.) i de dotació d'espais i equipaments públics, a preocupar-se per la utilització racional del sòl sota la premissa que els propietaris no en poden decidir unilateralment el seu destí. Amb aquesta voluntat, s'instaura a Espanya un sistema urbanístic uniforme que ni tan sols la promulgació de la Constitució de 1978 va modificar, almenys durant un llarg període de temps.

[1] Vid. GARRIDO FALLA, F., "El régimen administrativo de la propietat", *Revista de Derecho privado*, XLIII, juny de 1959.

Efectivament, tot i que la Constitució reconeixia la competència exclusiva de les comunitats autònomes per configurar un sistema urbanístic propi (art. 148.1.3 CE), aquest postulat no va comportar la fragmentació del marc urbanístic estatal atès que totes elles van optar per seguir aplicant la normativa aleshores vigent, el Reial decret 1346/1976, de 9 d'abril, querefonia la Llei del sòl de 1956 i la seva reforma de 1975. És cert que moltes autonomies (Astúries, Canàries, Galícia, Madrid, País Basc...) van decidir fer una incursió més o menys profunda en la regulació urbanística, principalment en matèria de disciplina i protecció de la legalitat, però cap d'elles considerà oportú allunyar-se del model implantat per l'Estat. Pel que respecta a Catalunya, l'art. 9.9 de l'EAC de 1979 atorgava a la Generalitat la titularitat de la competència en matèria d'urbanisme, juntament amb les d'ordenació del territori, habitatge i ordenació del litoral, si bé el restabliment provisional de la Generalitat l'any 1977 havia avançat la transferència de les competències administratives exercitades per l'Estat en base a la legislació urbanística preconstitucional en tot allò que afectés l'àmbit territorial català (Reial decret 1385/1978, de 23 de juny). L'aprovació a Catalunya, a partir de la dècada dels vuitanta, de diverses lleis urbanístiques consolida la voluntat del legislador català de seguir aplicant el model estatal, adaptat, això sí, a la realitat del país, segons el que es desprèn de l'exposició de motius d'alguna d'aquestes normes[2].

Però el legislador estatal va fer cas omís de la distribució competencial continguda en la Constitució i va continuar dictant normativa urbanística (Reial decret llei 3/1980, de 14 de març, sobre creació de sòl i agilització de la gestió urbanística; Reial decret llei 16/1981, de 16 d'octubre, d'adaptació del plans generals d'ordenació urbana...). En considerar que, malgrat no poder aprovar una nova llei sobre règim del sòl i ordenació urbana amb un contingut similar al Text refós de 1976, tampoc les autonomies no estaven facultades per elaborar una normativa de contingut i abast tan ampli, l'Estat va creure necessari endegar la formulació d'un text normatiu que posés fi a l'increment desorbitat del preu del sòl i a la seva repercussió en els preus dels habitatges i en els costos d'implantació de les indústries i de la resta d'activitats econòmiques. Aquest text, que tenia per finalitat substituir la normativa preconstitucional, veurà la llum com a Llei 8/1990, de 25 de juliol, sobre reforma del règim urbanístic i valoracions del sòl, i després serà objecte de refosa amb d'altres preceptes del Text refós de 1976 a través del Reial decretlegislatiu 1/1992, de 26 de juny[3].

b) La STC 61/1997, de 20 de març

L'amenaça que representava per a l'autonomia reconeguda en el Text Constitucional (*ex* art. 137 CE) la promulgació d'una nova llei urbanística estatal, va fer que a Catalunya s'escalfessin motors per a aconseguir disposar, abans de l'aprovació de la Llei 8/1990, d'un marc normatiu propi i exhaustiu amb el que frenar les aspiracions estatals en aquesta Comunitat[4]. Així les coses, el Parlament català va autoritzar al Govern de la Generalitat per a encarar una refosa dels textos legals vigents a Catalunya en matèria urbanística (Llei 12/1990, de 5 de juliol) que, en puritat, eren les lleis de 1981 i 1984 i la legislació urbanística estatal continguda en el Text refós de 1976. En desenvolupament d'aquesta autorització parlamentària, es va dictar

[2] La producció legislativa catalana anterior a la promulgació de la Llei 2/2002 d'urbanisme es pot dividir en dues etapes en funció de l'abast d'aquesta regulació: en una primera etapa, el legislador català es limita a elaborar normes que tracten des d'una perspectiva parcial l'activitat urbanística, mantenint vigent, en la resta, la normativa estatal; en una segona, és el Poder Executiu qui, a instància del Legislatiu, dicta una norma que engloba tot l'espectre urbanístic, esdevenint, per tant, inaplicables les disposicions estatals d'abast supletòri. La primera etapa s'inaugura amb la Llei 4/1980, de 16 de desembre, de creació de l'Institut Català del Sòl (modificada per la Llei 4/2000, de 26 de maig, de mesures fiscals i administratives), una empresa pública l'objectiu de la qual és la promoció de sòl urbanitzat i el foment de l'habitatge, amb la finalitat d'atendre necessitats col·lectives, remodelacions urbanes i creació d'espais lliures, zones verdes, dotacions i equipaments. Posteriorment, es dicten la Llei 9/1981, de 18 de novembre, de protecció de la legalitat urbanística, que recull un seguit de mesures per preservar l'ordre urbanístic, en especial pel que fa al fenomen de les urbanitzacions il·legals, i la Llei 3/1984, de 9 de gener, de mesures d'adequació de l'ordenament urbanístic de Catalunya, l'objecte de la qual era –com el seu nom indica- adaptar a la realitat catalana la legislació urbanística estatal (entre d'altres aspectes, aquesta Llei va preveure el mecanisme de la subrogació en cas de retard municipal en la tramitació d'expedients; va introduir els sectors d'urbanització prioritària com a nou sistema d'actuació; va limitar la cessió de l'aprofitament mitjà al sòl urbanitzable programat inclòs en un sector de pla parcial; va reduir els terminis procedimentals, etc.). Aquestes dues lleis van ser objecte de desplegament reglamentari mitjançant els decrets 308/1982, de 26 d'agost, i 146/1984, de 10 d'abril. Així mateix, i sobre la base que la normativa estatal que no havia estat objecte de modificació continuava vigent a Catalunya, el Decret 143/1984, de 10 d'abril, va establir una taula de vigències respecte del Text refós de 1976 i les normes que el desenvolupaven reglamentàriament.

[3] Aquesta norma, al seu torn, va ser modificada pel Reial decret-llei 5/1996, de 7 de juny, de mesures liberalitzadores en matèria de sòl i de col·legis professionals, després aprovat com a Llei 7/1997, de 14 d'abril, que responia a la voluntat d'introduir en el camp urbanístic els criteris propugnats pel Tribunal de Defensa de la Competència en el seu informe de 1993, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*.

[4] I és que el fet de no disposar d'aquest marc normatiu abocava a l'aplicació de la clàusula de supletorietat de l'art. 149.3 *in fine* CE, segons la qual el dret estatal serà, en tot cas, supletori del dret de les comunitats autònomes i, per tant, implicava la imposició de la normativa urbanística estatal per més que es considerés que aquesta era manifestament inconstitucional (com més tard tindria ocasió de concloure el Tribunal Constitucional).

el Decret-legislatiu 1/1990, de 12 de juliol, materialitzant-se així en el territori català la exclusió de la Llei 8/1990 (en allò que no era d'aplicació bàsica o plena), que va ser promulgada uns dies després i que contenia importants modificacions en el sistema urbanístic aleshores vigent. La resta d'autonomies, en canvi, es van veure impel·lides a aplicar la Llei estatal, amb la inseguretat jurídica *pro futuro* que aquesta situació generava[5].

El correctiu de la vulneració constitucional per part de l'Estat es produeix amb la STC 61/1997, de 20 de març, que, en resposta als recursos d'inconstitucionalitat interposats per diverses comunitats autònomes contra ambdues normes –acumulats-[6], va negar la competència urbanística estatal i, conseqüentment, va anul·lar la major part de l'articulat del Text refós de 1992. L'Estat argumentava jurídicament l'aprovació de la nova normativa invocant la seva competència en una pluralitat de matèries connexes amb l'urbanisme[7] així com en la clàusula de supletorietat de l'art. 149.3 CE, tot posant de manifest la distinta naturalesa (bàsica, plena i supletòria) dels preceptes continguts en la Llei 8/1990 i en el Text refós de 1992. Segons el parer del Tribunal, la competència autonòmica relativa a l'ordenació urbanística no pot excloure l'exercici per part de les institucions generals del l'Estat dels títols competencials que la CE els reserva en l'art. 149.1, i s'ha d'integrar sistemàticament amb aquestes[8]. El seu encert consisteix en diferenciar entre competència urbanística (atribuïda en exclusiva a les CCAA) i matèria urbanística (on s'adverteix la concurrència de competències estatals dotades d'una clara dimensió espacial "*con la ineludible consecuencia de que las decisiones de la Administración estatal con incidencia territorial, adoptadas en el ejercicio de tales competencias, condicionen la estrategia territorial que las Comunidades Autónomas pretendan llevar a cabo*" (SSTC 149/1991, 36/1994, 61/1997, 40/1998 i 149/1998). Pel que fa a la clàusula de supletorietat, aquesta no és títol atributiu de competència, no habilita a l'Estat per a regular matèries en les que totes les autonomies han assumit competència exclusiva, com s'esdevé en matèria urbanística, i això va derivar en l'anul·lació de tots els preceptes estatals dictats amb l'esmentada finalitat.

La sagnia normativa originada pel pronunciament constitucional no va ser, doncs, integral i el Text refós de 1992 continuà parcialment vigent, si bé en una part molt reduïda (retallada encara més per la STS de 25 de juny de 1997 que va anul·lar diversos preceptes per *ultra vires*). Àdhuc, diverses comunitats autònomes que no havien legislat en matèria urbanística i que es regien per aquesta norma la van incorporar com a dret propi després de ser aprovada amb caràcter d'urgència pels respectius parlaments autonòmics, per evitar que els fos aplicat el Text refós de 1976, "ressucitat" després de la STC 61/1997.

c) La Llei 6/1998, de 13 d'abril, sobre règim del sòl i valoracions

Aquesta realitat i la necessitat d'adequar la normativa estatal als límits constitucionals articulats en la STC 61/1997 propiciaren l'aprovació un any després de la Llei 6/1998 sobre règim del sòl i valoracions (en endavant, LRSV) que, juntament amb la cinquantena de preceptes vigents del Text refós de 1992, han constituït fins a temps ben recents el marc normatiu estatal. En realitat, la LRSV es va imposar la tasca de rectificar el model pre-STC 61/1997 per adaptar-lo a les exigències constitucionals –renunciant, fins i tot, a la regulació de matèries tradicionals i pròpies com el prisma urbanístic del registre de la propietat-, però sense alterar substancialment la seva configuració (principis generals, règim de la propietat, supòsits indemnitzatoris...), excepte en l'àmbit de les valoracions, on es pot apreciar un canvi de direcció producte de la perspectiva liberalitzadora (privatitzadora) adoptada pel poder públic en matèria de sòl amb el Reial

[5] A partir de meitats dels anys 90 del segle XX, les comunitats autònomes superen l'etapa caracteritzada per regulacions parcials o sectorials en matèria urbanística, per començar a configurar models propis i específics, com, de forma precursora, fa la Llei valenciana 6/1994 reguladora de l'activitat urbanística. La culminació d'aquesta tendència es produeix amb la STC 61/1997, a partir de la qual les autonomies esllancen decididament a aquesta tasca. No és gratuït, per tant, el comentari de T.R. FERNÁNDEZ en fer responsable la sentència del "*estallido en mil pedazos del ordenamiento urbanístico español*", FERNÁNDEZ, T.R., "Desconcertante presente y preocupante futuro del Decrecho Urbanístico español", *REDA*, núm. 94, abril-juny 1997.

[6] Aragó, Cantàbria, Canàries, Castella i Lleó, Catalunya i Navarra van interposar recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 8/1990, mentre que Balears i, novament, Catalunya i Aragó ho feren contra el Text refós de 1992.

[7] Efectivament, la negació de la competència urbanística estatal per part del Tribunal Constitucional es va veure parcialment entelada pel reconeixement a favor de l'Estat de títols competencials exclusius que, al seu torn, condicionen la competència exclusiva autonòmica en urbanisme. És en aquest sentit que, en el FJ 5è, s'afirma que "*(...) la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 CE cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las comunidades autónomas sobre el mencionado sector material*".

[8] Competència exclusiva per establir les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat en l'exercici dels drets i deures constitucionals (art. 149.1.1 CE); legislació civil (art. 149.1.8 CE); bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica (art. 149.1.13 CE); bases del règim jurídic de les Administracions Públiques, procediment administratiu comú, expropiació forçosa, sistema de responsabilitat patrimonial (art. 149.1.18 CE); i legislació bàsica sobre protecció del medi ambient (art. 149.1.23 CE).

decret-llei 5/1996, de 6 de juny, sobre mesures de liberalització en matèria de sòl i col·legis professionals[9]. L'eliminació de la dualitat de valors existents (inicial i urbanístic) en favor d'una metodologia objectiva basada en la destinació urbanística del sòl (mètode de comparació, capitalització de rendes, valor de repercussió...) responia a l'afany d'apropar-se al "valor real" de cadascuna de les categories de sòl. La veritat, però, és que sota aquest presumpte canvi de direcció bategava el mateix fonament que en les normes urbanístiques precedents: el còmput del valor del sòl continuava amarat de la classificació que el planejament li atorgava i de l'edificabilitat prevista.

Tot i que *prima facie* no es pensava en una nova extralimitació competencial per part del legislador estatal, una part de la doctrina iusadministrativista no van tardar en carregar contra la confusió amb que s'empren els títols habilitants per regular, respectivament, les "condicions bàsiques" i les "bases" (que, cal apuntar, no són termes sinònims) amb la finalitat constitucionalment il·legítima de convertir en legislació bàsica el contingut del dret de propietat. En la mateixa línia, diverses comunitats autònomes van apel·lar a l'Alt Tribunal en considerar que el contingut de la Llei no s'ajustava als dictats constitucionals. Aquestes inquietuds van trobar una certa resposta en la STC 164/2001, d'11 de juliol, que declarà la inconstitucionalitat d'alguns preceptes de la Llei"[10].

2.- UN NOU MODEL DE SÒL I URBANISME; LA LLEI 8/2007, DE 28 DE MAIG, DE SÒL

Les acaballes de la dècada del noranta i els primers anys del segle XXI són testimonis d'un *boom* immobiliari sense precedents a l'Estat espanyol, amb una escalada imparable dels preus finals dels habitatges -que són vistos primordialment com un bé d'inversió- i la virulenta irrupció en els mitjans de comunicació de continuats escàndols de corrupció urbanística arreu del país. En aquest context, l'Administració estatal va acometre diversos intents per donar la volta a la situació, amb propostes que apuntaven fins a la intervenció del preu del sòl, però que no van arribar a bon port. Que en el fons de tot aquest problema hi rau la concepció ideològica sobre el model de sòl que cal adoptar no és cap secret. Partidaris de l'intervencionisme públic i del procés de liberalització del sòl s'han anat alternant en el poder, amb la gernació de normativa *ad hoc* i la consegüent inseguretat jurídica dels operadors que actuen en el sector immobiliari, que pateixen en carn pròpia els vaivens jurídics que sacsegen l'ordenament urbanístic.

És evident que les mesures liberalitzadors introduïdes per la LRSV no van produir els efectes desitjats. En un context econòmic preocupat pel possible esclat de la bombolla immobiliària, el legislador estatal va començar a fraguar un model substitutiu del vigent i, el juliol de 2006, el Consell de Ministres va aprovar un projecte de llei de sòl que suposava el primer pas per instaurar un model no diametralment oposat però sí més respectuós amb les competències autonòmiques i depurat de qualsevol component especulatiu.

Curiosament, el punt d'inflexió en la tendència alcista del mercat immobiliari espanyol coincideix temporalment amb l'aprovació de la Llei 8/2007, de 28 de maig, de sòl, "venuda" públicament com un instrument per a lluitar contra l'especulació, la corrupció urbanística i l'augment del preu del sòl, però que, més enllà d'aquesta pàtina, ofereix un replantejament, sempre a l'ombra de la STC 61/1997, de l'activitat urbanística, de la seva esfera d'influència i de les relacions entre l'Estat i les comunitats autònomes. Aquesta norma constitueix la clau de volta del model de sòl i urbanisme per al segle XXI. Conscienciada per les directrius comunitàries vers un *desenvolupament sostenible* que, entre d'altres finalitats, millori la qualitat de vida dels ciutadans, la Llei 8/2007 pren distància en relació a la idea del "tot urbanizatble" que presidia el model anterior i potencia la revalorització del sòl en tant que –i així ho reconeix expressament la Llei-*recurs natural*, escàs i no renovable; d'aquí que limiti la seva transformació urbanística als supòsits de concurrència d'una demanda prèvia objectiva i justificada, que no és sinó la preconització d'una utilització racional del sòl, a la manera del que s'estableix en el Decret-legislatiu 1/2005, de 26 de juliol, pel qual s'aprova el Text refós

[9] Un any abans de la STC 61/1997, es produeix un canvi polític en el Govern central, que auspicia un procés de liberalització iniciat per aquesta norma i continuat per la Llei 7/1997 (la tramitació com a projecte de llei de la convalidació del Reial decret-llei 5/1996) i per la LRSV.

[10] En aquest punt cal recordar que mentre s'esperava el pronunciament del Tribunal Constitucional, la LRSV va ser objecte de modificació mitjançant el Reial decret-llei 4/2000, de 23 de juny, de mesures urgents de liberalització en el sector immobiliari i transports, centrades principalment en els criteris de classificació del sòl no urbanitzable i de transformació del sòl urbanitzable. Més tard, la LRSV va ser novament reformada a través de la Llei 53/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, en relació a la determinació del valor del sòl expropiat per a infraestructures públiques, i de la Llei 10/2003, de 20 de maig, de mesures urgents de liberalització en el sector immobiliari, que esmena part del Reial decret-llei 4/ 2000, a l'empara dels apartats 1r., 13è. i 18è. de l'art. 149.1 CE.

de la Llei d'urbanisme de Catalunya (en endavant, TRLUC)[11]. La minimització de l'impacte del creixement urbà només es pot assolir si es torna al model de ciutat compacta i s'abandona la urbanització dispersa i desordenada, que genera efectes col·laterals negatius com la segregació social i la ineficàcia econòmica pels elevats costos energètics[12], entre d'altres. La transversalitat ambiental es veu reforçada, així mateix, amb la integració de l'avaluació ambiental estratègica en seu de tramitació de les figures de planejament, també contemplada per la Llei 9/2006, de 28 d'abril, sobre avaluació dels efectes de determinats plans i programes en el medi ambient.

Entre les aportacions més interessants de la Llei 8/2007 destaquen la omissió de la tècnica classificatòria[13] en favor d'unes *situacions bàsiques de sòl*, el rural i l'urbanitzat, que apel·len a la realitat del territori i que constitueixen el fonament per a l'aplicabilitat d'un determinat estatut subjectiu i dels criteris de valoració econòmica del sòl, que ja no es fan dependre d'expectatives contingudes en l'ordenació urbanística i, com a tal, no patrimonialitzades. També en una vessant econòmica, cal destacar l'ampliació de la garantia patrimonial en el supòsit de lesió de les facultats inherents a l'estatut subjectiu de propietaris i promotors (facultat de participar en actuacions de nova urbanització...).

La norma aborda la regulació de les condicions bàsiques que configuren l'estatut jurídic dels subjectes afectats per l'actuació urbanística, que no es limiten a la persona del titular del sòl, sinó que abasten al ciutadà[14] i, en tant que el sòl pot ser considerat un bé susceptible de transformació mitjançant una activitat empresarial, també a la iniciativa privada (promotor). Producte d'aquest canvi és la *desvinculació que es produeix entre la propietat del sòl i la facultat d'urbanitzar*, en la mesura que la legislació urbanística clàssica ha tendit, erròniament, a identificar la institució de la propietat amb els drets i deures inherents a l'activitat urbanitzadora. La nova connexió amb d'altres drets constitucionals, com la llibertat d'empresa, possibilita ara la intervenció de la iniciativa privada de terceres persones, en concurrència amb els propietaris, que deixen de ser protagonistes exclusius en el procés de transformació del sòl, si bé continuen mantenint en el seu estatut jurídic la facultat d'edificar. De qualsevol manera, aquesta previsió relativa a la participació de tercers en el procés ha de ser interpretada, no com un imperatiu, sinó com una recomanació de progrés i de bones pràctiques al legislador autonòmic, amb una remissió tan generosa[15], avançada en l'exposició de motius, que possibilita el manteniment del status quo en la regulació urbanística de les formes de gestió o, fins i tot, la negació absoluta d'aquesta proposta estatal (com en el cas de la Comunitat de Madrid).

Així mateix, amb la voluntat de fixar de forma precisa el marc en el que han d'operar els drets i deures derivats de les actuacions urbanístiques, es regulen les *actuacions de transformació urbanística*, que són les que generen les plusvàlues en les que, per imperatiu constitucional, ha de participar la comunitat (art. 47 CE). Aquestes actuacions poden ser d'urbanització i de dotació. Les primeres precisen de l'aprovació definitiva i de la publicació dels instruments de planejament i gestió urbanístics adequats i aglutinen actuacions de *nova urbanització*, que són les que possibiliten la creació, juntament amb les corresponents infraestructures i dotacions públiques, d'una o més parcel·les aptes per a l'edificació o l'ús independent i connectades funcionalment amb la xarxa dels serveis exigits legalment, així com *actuacions de reforma o renovació de la urbanització* d'un àmbit de sòl urbanitzat. Les actuacions de dotació, com el seu nom indica, tenen per objecte l'increment de les dotacions públiques en un àmbit de sòl urbanitzat. D'acord amb l'art. 94.5 TRLUC, es tracta d'actuacions aïllades previstes en modificacions de planejament en terrenys classificats en origen com a sòl urbà consolidat (SUC) que, sense comportar la reordenació general de

---

[11] D'acord amb l'art. 33 TRLUC, constitueixen el sòl urbanitzable d'un municipi el terrenys que el planejament urbanístic general declari *necessaris* i *adequats* per a garantir el creixement de la població i del'activitat econòmica. Òbviament, l'existència d'aquesta classe de sòl respon a la necessitat de garantir l'expansió urbana demandada per la societat, i la seva determinació conforma una potestat discrecional del planificador que es farà dependre de molts condicionants, com ara la tria d'un model urbanístic determinat, el compromís mediambiental o la situació econòmica, demogràfica, etc. del terme municipal. La filosofia que impregna el precepte català - no incloure en aquesta classe de sòl més terrenys dels necessaris-, difereix de la contenida en l'art. 10 LRSV, on el caràcter residual d'aquest sòl era fixat de forma rotunda i palmària ("*El suelo que, a los efectos de esta Ley, no tenga la condición de urbano o no urbanizable, tendrá la consideración de suelo urbanizable...*"). Amb tot, a tenor de la STC 164/2001, aquest precepte no vulnerava les competències urbanístiques autonòmiques atès que "*allí donde la Comunidad Autónoma disfrute de un amplio poder decisorio para la clasificación del suelo como urbano o no urbanizable la clasificación legal residual (urbanizable) ni vacía ni impide el ejercicio de las competencias urbanísticas autonómicas (...) De ello se sigue el amplio margen de opción que a cada Comunidad Autónoma corresponde a la hora de clasificar el suelo como urbanizable (...) En suma, el art. 10 LRSV no impone a las Comunidades Autónomas ni cómo ni cuándo el suelo urbanizable debe pasar a ser ciudad*".

[12] Al respecte, el planejament ha d'incorporar un informe de sostenibilitat econòmica (art. 15.4 TRLS).

[13] Segons l'exposició de motius de la Llei 8/2007, per a "*no prefigurar, siquiera sea indirectamente, un concreto modelo urbanístico*".

[14] En la mesura que el sòl constitueix el suport físic de l'entorn en el que ens movem, s'estableixen un drets i deures generals que es reconeixen i són exigits al conjunt de ciutadans. La pràctica totalitat d'aquests drets i deures han estat recollits amb anterioritat en la legislació urbanística i sectorial (disfrutar d'un habitatge digne, accès a la informació urbanística i ambiental, exercir l'acció pública, preservar el medi ambient, fer un ús racional del demani públic...).

[15] L'art. 6.a) in fine TRLS contempla la gestió del procés urbanitzador per particular no propietari "*… sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta preva a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo*".

l'àmbit, donen lloc a la transformació dels usos preexistents o a l'augment de l'edificabilitat o de la densitat de determinades parcel·les i al correlatiu augment de reserves per a zones verdes, espais lliures i equipaments Aquestes actuacions no requereixen la reforma o renovació integral dels elements d'urbanització existents. En qualsevol cas, si el nou sostre té la qualificació de residencial, aquest àmbit resta obligat a preveure la reserva legalment establerta en el TRLUC per a la construcció d'habitatges de protecció pública i a la cessió d'aprofitament, referit exclusivament a l'increment generat en relació al preexistent.

Als efectes de l'aplicació de la normativa estatal, la disposició addicional setzena del TRLUC considera que són actuacions de transformació urbanística les destinades a l'ordenació i la transformació del sòl urbanitzable i del sòl urbà no consolidat (SUNC) inclòs en sectors de millora urbana o en polígons d'actuació que tinguin per objecte alguna de les finalitat de l'art. 68.2, lletra a) TRLUC. Pel que fa al sòl urbanitzable no delimitat (SUND), aquest no es considera inclòs en una actuació de transformació urbanística fins que no s'hagi aprovat el corresponent pla parcial urbanístic de delimitació. Així mateix, no constitueixen actuacions de transformació les actuacions aïllades sobre sòl urbà sotmès únicament a la cessió obligatòria i gratuïta de vialitat com a requisit per a adquirir la condició de solar ni, en aquesta mateixa classe de sòl, les actuacions d'abast limitat per a l'ajust, l'ampliació o la millora de la vialitat o dels espais lliures, sens perjudici de donar compliment, en aquest darrer cas, als deures legals de cessió de sòl per a sistemes (tot i que no a la cessió d'aprofitament, ex art. 40.2 del Decret 305/2006, de 18 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei d'urbanisme de Catalunya, RLUC). Tampoc es consideren actuacions de transformació les que tenen per objecte la qualificació de sòl amb destinació al sistema d'habitatges dotacionals públics.

La disposició final segona de la Llei 8/2007 contenia un manament a l'Executiu per a unificar en un sol cos normatiu l'ordenament estatal en matèria de sòl. Aquesta tasca de refundició afectava a la pròpia norma i als preceptes del Text refós de 1992 que restaven vigents després de l'erosió derivada de la STC 61/1997 i de les disposicions derogatòries contingudes en la LRSV i en la Llei 8/2007, i relatius al règim jurídic administratiu dels actes urbanístics i als aspectes processals i registrals dels mateixos. La refosa va ser aprovada per Reial decret-legislatiu 2/2008, de 20 de juny (en endavant, TRLS), que declara formalment derogades les normes anteriors.

3.- EL CONTINGUT DE L'ESTATUT DE LA PROPIETAT IMMOBILIÀRIA URBANA EN EL TRLS

a) L'abast de la regulació estatal a l'empara de l'art. 149.1.1 CE i les situacions bàsiques del sòl

El dret de propietat regulat als arts. 348 i 350 Cc és concebut com un dret subjectiu per gaudir i disposar de les coses sense més limitacions que les establertes per les lleis i permet al seu titular realitzar les obres, plantacions i excavacions de la seva total conveniència. Com s'ha apuntat a l'inici de l'exposició, la regulació urbanística introduïda per la Llei de 1956 abona un canvi de paradigma en la perspectiva del dret, que evoluciona cap a la consideració de la propietat immobiliària com a bé d'interès públic i la inversió de la relació tradicional entre el sòl i les construccions, en la mesura en que són aquestes les que esdevenen valor fonamental de l'actuació. En efecte, el dret de propietat passa a ser un *estatut jurídic de drets i deures d'acord amb la classificació i la qualificació urbanística dels terrenys*, delimitat pels poders públics d'acord amb l'interès general (funció social de la propietat), opció que es va veure refrendada *a posteriori* pel dictat de l'art. 33 CE i que amplia el TRLS en donar cabuda a dos nous estatuts subjectius, el dels ciutadans i el de la iniciativa privada (que pot coincidir, o no, amb la propietat).

En la fixació de l'estatut jurídic de la propietat esdevé essencial l'abast conceptual de l'enunciat "*condicions bàsiques* que garanteixin la *igualtat*" de tots els propietaris de sòl en l'exercici del dret de propietat urbana i el compliment del deures inherents a la seva funció social (art. 149.1.1 CE). Que l'Estat pot intervenir en l'urbanisme fixant les condicions bàsiques de l'exercici del dret de propietat urbana és actualment una qüestió tan pacífica com el fonament d'aquesta intervenció, la de garantir la igualtat dels seus titulars perquè, com ha manifestat el Tribunal Constitucional, " *la igualdad de todos los españoles representa el elemento teleológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justifica y ampara el ejercicio de la competencia estatal*". És aquest condicionant el que impedeix utilitzar l'habilitació de l'art. 1491.1. CE com un títol horitzontal que possibilitaria una regulació sobre el sector material de l'urbanisme, quedant doncs en mans del legislador català la labor de completar aquest estatut jurídic de la propietat i de

regular *in totum* l'urbanisme entès en sentit objectiu, és a dir, l'ordenació de la ciutat a través dels processos d'urbanització i edificació.

Al voltant del debat sobre l'abast d'aquestes condicions bàsiques, s'ha generat una jurisprudència que abona la postura que la reserva constitucional no afecta als àmbits materials en els que interactuen aquests drets i deures sinó exclusivament a les condicions dels propis drets i deures, en la mesura que l'art. 149.1.1 CE no és un títol competencial que pugui obrir la porta a una intervenció normativa estatal en qualsevol sector amb el simple pretext de la regulació de les dites condicions (STC 194/1994, de 28 de juny). Tanmateix, l'art. 149.1.1 CE no persegueix una coincidència absoluta en les situacions jurídiques dels ciutadans sinó exclusivament la determinació estatal d'un marc legal tancat[16] (que no s'ha de confondre amb el contingut essencial del dret) on quedin fixades totes aquelles condicions necessàries per a garantir una igualtat de tractament en l'exercici dels drets (STC 37/1987, de 26 de març). Aquestes posicions jurídiques fonamentals, com ara les facultats elementals, els límits essencials, els deures fonamentals i les prestacions bàsiques, entre d'altres (STC 154/1988, de 21 de juliol), així com els requisits essencials d'exercici (SSTC 5/1981, de 13 de febrer, i 37/1981, de 16 de novembre) conformen les dites condicions bàsiques. És evident, en conseqüència, que l'Estat no pot abordar una regulació uniforme de la propietat privada i de la seva funció social, sinó exclusivament el contingut bàsic i primari del dret de propietat (STC 156/1995, de 26 d'octubre).

A imatge del que havia fet el legislador estatal en el passat, la LRSV va considerar "inequívocament" que la determinació de les distintes classes del sòl formava part del contingent normatiu estatal com a pressupòsit mateix de la definició de les condicions bàsiques del dret de propietat urbana. Segons el Tribunal Suprem, "*la clasificación y la calificación del suelo implican la atribución de una determinada calidad que opera como presupuesto desencadenante de la aplicación del estatuto jurídico correspondiente.* Este carácter estatutario del derecho de propiedad immobiliària significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística" (STS 24 de marzo de 1992). En conseqüència, el legislador estatal va abordar la seva regulació, però en termes tant precisos que no deixaven gaire marge de maniobra al legislador autonòmic[17] que quedava obligat a normar sobre els processos de planejament i de gestió urbanístics en adequació amb aquest escenari. Emprant una perspectiva econòmica que pretenia incrementar l'oferta de sòl i promoure una reforma estructural de l'economia general del país (exposició de motius), la LRSV va alterar l'ordre tradicional de la institució classificatòria tot atorgant caràcter residual al sòl urbanitzable -possibilitant que tot el sòl que no hagués estat incorporat al procés urbà es pogués considerar com a susceptible de ser urbanitzat- i dotant al sòl no urbanitzable (SNU) d'una naturalesa reglada, exacerbada pel Reial decret-llei 4/2000, de 23 de juny, de mesures urgents de liberalització en el sector immobiliari i transports i, posteriorment, esmenada per la Llei 10/2003, de 20 de maig, de mesures urgents de liberalització en el sector immobiliari, conseqüència, aquesta darrera, del Pacte de sòl i habitatge subscrit per dotze comunitats autònomes el 22 de gener de 2003.

Ja s'ha comentat que el legislador estatal del segle XXI considera la classificació com una tècnica urbanística de competència netament autonòmica que, a més, ha contribuït històricament a la inflació dels valors del sòl. Per aquest motiu, opta per definir els dos estats bàsics en que es pot trobar el sòl en funció de la seva situació actual, sòl rural i sòl urbanitzat. Aquests estats –i no classes de sòl- són els que determinen el contingut del dret de propietat, sense entrar a prejutjar la tècnica classificatòria autonòmica.

El sòl *en situació de rural* és aquell en el que no concorren les característiques definitòries del sòl insertat en la malla urbana[18], per alguna de les raons següents: impossibilitat natural (sòl a preservar), no haver-se iniciat o no haver finalitzat el procés de transformació urbanística -tot i estar previst o permès pel planejament-, o la manca dels requisits previstos pel sòl urbanitzat. L'art. 12.2 TRLS estableix quins terrenys

[16] És a dir, no susceptible de desenvolupament normatiu autonòmic, en la mesura que les condicions bàsiques no es poden interpretar com a sinònim de legislació bàsica.

[17] És cert, però, que la LRSV oferia al legislador autonòmic la possibilitat de regular classes equivalents de sòl, sense distorsionar la relació de drets i deures que venen referits a la classificació tripartita continguda en la norma estatal.

[18] Al respecte, cal tenir en compte l'ingent jurisprudència dictada al socaire de la definició del sòl urbà. La normativa urbanística catalana vincula la classificació del sòl urbà al fet que en els terrenys concorrin determinades condicions materials o fàctiques tradicionalment exigides per la normativa urbanística estatal (concurrència de determinats serveis urbanístics bàsics, que han de tenir les característiques adequades per l'ús del sòl previst en el planejament, o consolidació edificatòria). L'exigència de serveis urbanístics enllaça amb una consolidada jurisprudència segons la qual cal que els terrenys quedin inserits en malla urbana, és a dir, que comptin amb una urbanització bàsica, constituïda per unes vies perimetrals i unes xarxes de subministrament d'aigua i energia elèctrica i sistema d'evaqüació i que no estiguin completament deslligats de l'entramat urbà ja existent (STS de 14 d'abril de 1993). En efecte, "*... es necesario que el terreno se encuentre en una malla urbana, o lo que es lo mismo, que un terreno que se encuentra aislado de toda urbanización no merece la clasificación de urbano por más que ocasionalmente tenga los servicios urbanísticos a pie de parcela, es decir, los tenga porque pasen por allí casualmente y no porque la acción urbanizadora haya llegado a su entorno*" (STS de 3 de maig de 1995).

queden integrats en aquesta situació, però en la mesura en que, com es reconeix a l'exposició de motius del TRLS, no s'ha volgut emprar terminologia de contingut urbanístic, ha calgut una lectura autonòmica d'aquest precepte estatal amb l'objecte de facilitar llur aplicació, atès que una situació bàsica de sòl pot aixoplugar diverses classes o categories de sòl. A Catalunya l'adaptació s'ha produït mitjançant la disposició addicional quinzena TRLUC, segons la qual es considera rural:

1.- El sòl que la legislació i/o el planejament territorials o urbanístics han preservat de qualsevol transformació urbanitzadora per raó de la protecció del domini públic o del patrimoni cultural, per l'existència de riscos naturals[19] o tecnològics, i per la concurrència de valors objecte de protecció com ara els ecològics, agrícoles, ramaders, forestals, paisatgístics, etc. Configuren aquesta categoria els terrenys classificats com a SNU pel planejament urbanístic general i, en municipis que no compten amb aquest tipus de planejament, el sòl així considerat per exclusió, és a dir, per no comptar amb serveis urbanístics bàsics o amb la consolidació edificatòria en la proporció de 2/3 de la superfície edificable (disposició transitòria quarta, apartat primer TRLUC).És evident que ens trobem davant d'una definició negativa, atès que integra tots aquells terrenys que es troben exclosos del procés de transformació urbanística, bé sigui amb caràcter permanent o bé temporal. Semblaria, per tant, que l'adequació autonòmica és més àmplia en no cenyir-se únicament al SNU protegit i subsumir també el comú, un supòsit que la versió originària de l'art. 9.2 de la LRSV i la reformada per la Llei 10/2003 van acollir com si d'una categoria residual es tractés, apel·lant a la inadequació per a un desenvolupament urbà i a l'imperatiu del principi d'utilització racional dels recursos naturals.

2.- El sòl susceptible de transformació, perquè el planejament preveu o permet el seu pas a la situació de sòl urbanitzat. Tanmateix, aquest sòl es mantindrà en la situació de rural –i es valorarà econòmicament com a tal- mentre l'actuació d'urbanització no hagi culminat. D'acord amb la normativa catalana, englobaria tots els terrenys classificats pel planejament urbanístic general com a sòl urbanitzable o, en el cas de municipis amb planejament general no adaptat a la Llei d'urbanisme, els antics sòls urbanitzables programat i no programat (reconvertits en SUD i SUND per aplicació de l'apartat segon de la disposició addicional primera TRLUC). S'ha de tenir en compte que aquest sòl, encara que es taxi com a rural, es troba immers en un procés de transformació que, en cas de ser pertorbat, legitimarà al titular del dret a urbanitzar a exigir l'indemnització corresponent (art. 26 TRLS).

3.- En una tercera categoria, que adopta el caràcter d'un "calaix de sastre", s'hi localitzen els terrenys que no es poden subsumir en la definició de sòl urbanitzat. Cal advertir l'existència d'una jurisprudència clara en relació a la impossibilitat que un SNU adquireixi vocació urbana "per saltum". Segons la STSJC de 31 de gener de 2008, que integra la postura del tribunal Suprem en aquesta matèria, és obvi que el sòl urbà s'ha d'acabar en algun punt físic i, per tant, arriba fins on arriben els serveis urbanístics que s'han executat per a l'atenció d'una zona urbanitzada, "i ni un metre més"[20][21]. Evidentment, la inclusió en aquest apartat, com també en l'anterior, de terrenys que abans es valoraven d'acord amb llur aprofitament urbanístic, més correctament, d'acord amb les expectatives generades per l'ordenació dels usos del sòl (sòl urbanitzable i determinats sòls urbans consolidats i no consolidats, com per exemple, el sòl urbà que té aquesta condició pel fet d'estar comprès en àrees consolidades per l'edificació en almenys 2/3 de llur superfície edificable, art. 26 TRLUC) repercutirà en una pèrdua del seu valor transaccional, la qual cosa es tradueix en importants diferències econòmiques pel que fa a la determinació del preu just expropiatori amb les vigents metodologies valoratives.

El legislador estatal aporta poques novetats pel que respecta a la utilització del sòl rural i fa una remissió expressa a la normativa urbanística autonòmica. Es reitera la necessitat d'utilitzar aquest sòl conforme a llur naturalesa, l'excepcionalitat dels usos específics d'interès públic o social i la prohibició de parcel·lacions urbanístiques, excepte en les actuacions d'urbanització. Quan el sòl rural estigui inclòs en un àmbit d'actuació d'urbanització, es podran autoritzar obres i usos provisionals que no estiguin expressament prohibits (arts. 53 i ss. TRLUC) així com obres d'urbanització i també d'edificació i de construcció quan es permeti llur realització simultània amb la urbanització. Pel que fa al sòl protegit, aquest rep un tracte especial atès que la seva utilització queda condicionada als valors ambientals, culturals, històrics, arqueològics, científics i paisatgístics presents en aquest sòl. La delimitació dels espais naturals protegits o dels espais inclosos en la Xarxa Natura 2000 només podrà ser alterada (amb reducció de la seva superfície o exclusió

[19] S'ha de recordar que l'informe de sostenibilitat ambiental ha d'incloure un mapa de riscos (art. 15.2 TRLS) que serà determinant per a la classificació del sòl com a no urbanitzable.
[20] En el mateix sentit, l'art. 26.a) *in fine* TRLUC, introduït a la legislació urbanística catalana per la Llei 2/2002 d'urbanisme.
[21] Cal posar de manifest la vaguetat del precepte en relació a l'abast conceptual d'aquestes dotacions i serveis, que podrien referir-se només als serveis bàsics contemplats en l'art. 27.1 TRLUC o, pel contrari, a tots els previstos pel planejament urbanístic o pels proyectes d'urbanització ex art. 96 i ss. RLUC.

de terrenys) quan així ho justifiquin els canvis que en ells es produeixin, atesa llur evolució natural. A aquests efectes, cal tenir en compte la disposició addicional sisena del TRLS, que estableix que els terrenys forestals incendiats es mantindran en la situació de sòl rural per un termini mínim de 30 anys, d'acord amb la legislació sectorial.

Per la seva banda, la *situació de sòl urbanitzat*, en el que es podria considerar una redefinició del concepte de sòl urbà consolidat –per la urbanització- de la LRSV, abasta tots els terrenys que han estat efectiva i adequadament transformats per la urbanització, més concretament, els integrats de forma legal i efectiva en la xarxa de dotacions i serveis propis dels nuclis de població. Aquesta situació es dóna quan les parcel·les, edificades o no, compten amb les dotacions i serveis exigits per la legislació urbanística o poden arribar a comptar-hi sempre que no s'hagin de fer altres obres que les relatives a la connexió de les parcel·les a les instal·lacions que ja estan en funcionament[21]. D'acord amb aquest marc definitori, la disposició addicional quinzena del TRLUC apunta que es poden trobar en la situació bàsica de sòl urbanitzat tant el SUC no inclòs en sectors subjectes a un pla de millora urbana ni en polígons d'actuació urbanística subjectes a desenvolupament, com determinades situacions de SUNC. En tot cas, adopta el caràcter de sòl urbanitzat el sòl que ja té la condició de solar o que disposa dels serveis urbanístics bàsics prescrits en la legislació urbanística. Però és evident que el requisit de la "integració legal" prescrit per l'art. 12.3 TRLS no és gratuït, ja que impedeix que el SNU que afronti amb l'urbà esdevingui sòl d'aquesta mateixa tipologia per la simple possibilitat fàctica de connectar amb els serveis existents [art. 26.a) *in fine* TRLUC].

En conclusió, es considera que el sòl es troba en situació d'urbanitzat quan concorren les circumstàncies següents:

1.- En municipis que disposen de planejament urbanístic general:

1.1.- Terrenys classificats com a SUC que tenen la condició de solar.

1.2.- Terrenys classificats com a SUC que, per a assolir la condició de solar, només els manca assenyalar alineacions o rasants, o bé completar o acabar la urbanització en els termes previstos pel planejament. Si aquest no les especifiqués, els terrenys han de disposar, en tot cas, dels serveis urbanístics bàsics de l'art. 27.1 TRLUC[22] i han d'afrontar amb una via que compti amb enllumenat públic i estigui íntegrament pavimentada, inclosa la zona de pas de vianants.

1.3.- Terrenys classificats com a SUNC que disposin dels serveis urbanístics bàsics de l'art. 27.1 TRLUC.

2. -En municipis que no disposen de planejament urbanístic general:

2.1.- Terrenys que tenen la condició de SUC pel fet de comptar amb els serveis urbanístics bàsics de l'art. 27.1 TRLUC (disposició transitòria quarta, apartat primer TRLUC).

2.2.- El sòl urbà que té la condició de SUNC i disposa dels serveis urbanístics bàsics de l'art. 27.1 TRLUC (disposició transitòria quarta, apartat primer, TRLUC).

3.- En municipis que no disposen de planejament urbanístic adaptat a la Llei 2/2002 d'urbanisme, es considera sòl urbanitzat el sòl urbà que té la condició de SUNC pel fet de ser [disposició transitòria primera, apartat primer, lletra a) TRLUC]:

3.1.- Sòl urbà inclòs en polígons o unitats d'actuació i en sectors de desenvolupament mitjançant un pla especial de reforma interior o altres tipus de planejament derivat. 3.2.- Sòl urbà que, de manera prèvia a l'edificació, ha de cedir gratuïtament els terrenys destinats a carrers o vials en els termes establerts en l'art. 44.2 TRLUC.

b) El contingut dels estatuts de la iniciativa privada i de la propietat

Com s'ha apuntat, l'exclusiva menció que feia la normativa sobre règim del sòl estatal al règim estatutari de la propietat és aigua passada. El TRLS defineix de manera molt gràfica els estatuts subjectius de ciutadans,

[22] D'acord amb aquest precepte, es comptabilitzen com a bàsics els serveis següents: a) la xarxa viària consolidada per permetre la connectivitat amb la trama viària bàsica municipal; b) les xarxes d'abastament d'aigua i de sanejament; i c) el subministrament d'energia elèctrica.

promotors i propietaris en al·lusió al disseny de tres cercles concèntrics, el nucli dels quals estaria ocupat pels drets i deures dels ciutadans, en tant que usuaris del sòl i de les construccions i instal·lacions en ell realitzades. La segona corona acull l'estatut jurídic d'aquells ciutadans que desenvolupen una activitat econòmica de transformació del sòl, i la corona perifèrica (que integra les anteriors) es reserva a aquells que, a més, ostenten la titularitat del sòl. La regulació de tots aquests drets i deures és abordada sense referència de cap tipus a les clàssiques denominacions de sòl urbà, urbanitzable i no urbanitzable, tot i que únicament en els dos cercles més externs la classificació del sòl –o la seva situació real- poden induir una actuació de transformació de l'espai (urbanitzar, edificar...). De fet, el caràcter estatutari de la propietat del sòl descansa, com en el passat, en la seva vinculació a destins urbanístics i –això sí, ara implícitament- en l'adquisició gradual de les facultats urbanístiques[23] (art. 7 TRLS), aspecte aquest darrer que es manifesta clarament en les previsions valoratives referides a les facultats d'urbanitzar i de participar en l'aprofitament urbanístic (arts. 25.2 i 26.2 TRLS) i en el refús de les expectatives generades pel pla, que no s'integren en el contingut de la propietat del sòl. En aquesta tesitura, la patrimonialització de l'edificació es produeix amb la seva realització efectiva, després d'haver donat compliment als deures i càrregues urbanístics. Només aleshores es podrà autoritzar l'escriptura de declaració d'obra nova, que suposa la culminació d'aquest procés d'adquisició gradual de les facultats urbanístiques (arts. 7 i 20 TRLS).

1.- L'ESTATUT SUBJECTIU DEL PROMOTOR

La promoció d'actuacions de transformació urbanística genera un seguit de facultats i de deures pels propietaris-promotors (o pels agents urbanitzadors titulars de la iniciativa, si els primers no han resultat adjudicataris de l'obra urbanitzadora). Pel que fa a les facultats, l'aspecte més destacable és la desaparició del patrimoni jurídic del propietari del dret a urbanitzar, que es converteix en una competència pública, en un servei públic –i, per tant, en la raó de ser del dret d'iniciativa-. Els propietaris s'han d'acontentar amb el reconeixement d'una facultat de participar en les actuacions d'urbanització [art. 8.1.c) TRLS]. El promotor és qui gaudeix, doncs, de la *facultat d'urbanitzar*, tot i que prèviament podrà *consultar* a l'Administració[24], en els termes fixats per la legislació urbanística, sobre els criteris i les previsions de l'ordenació urbanística, dels projectes sectorials i de les obres que s'hauran de realitzar de cara a formular la seva proposta. La resposta administrativa no podrà excedir de tres mesos i en cas que posteriorment s'alterin els criteris i previsions continguts en la mateixa, s'indemnitzarà al promotor per les despeses en que hagi incorregut. Igualment, i procdent en orígen del Text refós de 1992, es recull el dret a obtenir informació de les administracions i a l'ocupació de finques en el marc de l'elaboració d'instruments d'ordenació d'iniciativa privada [art. 6, lletra c) TRLS].

Quant a les càrregues, aquestes no difereixen, en gran part, de les previstes en la legislació estatal precedent, i menys encara, en les legislacions autonòmiques més recents. Les notes més destacades es troben en la possibilitat d'incrementar la cessió d'aprofitament urbanístic i la recepció pública del sòl on es localitzi aquest aprofitament lliure de càrregues d'urbanització.

Són deures lligats a la transformació urbanística del sòl, exigibles en el marc del règim d'equidistribució de beneficis i càrregues previst en l'art. 18 TRLS:

1.1.- La cessió del sòl reservat per a sistemes urbanístics generals i locals (vials, espais lliures, equipaments). En les actuacions de dotació, es pot substituir el lliurament de sòl per altres formes de compliment del deure, si la legislació urbanística autonòmica ho preveu. Cal tenir en compte la possibilitat, degudament justificada per l'Administració, de substituir de forma total o parcial la reserva prevista per a equipaments per a destinar-la al sistema d'habitatges dotacionals públics, sempre que no es superi el 5% de la reserva global del municipi per a equipaments públics locals. Aquest sistema no forma part dels equipaments de titularitat pública i requereix sempre la titularitat pública del sòl (art. 33.4 RLUC).

1.2.- La cessió del sòl on es materialitzi l'aprofitament urbanístic de l'àmbit (edificabilitat mitjana ponderada, als efectes del TRLS), que d'acord amb la legislació autonòmica, correspon a l'administració actuant com a canalitzadora de la participació de la comunitat en les plusvàlues urbanbístiques[25]. El legislador estatal

[23] Sistema dinàmic de la propietat que té origen en la reforma operada per la Llei 8/1990, segons el qual la patrimonialització efectiva es produïa amb el compliment dels deures urbanístics (urbanització, cessió, edificació) que permetia l'obtenció de drets correlatius (urbanitzar, aprofitament, edificar i a l'edificació).

[24] Aquest dret de consulta ja es contemplava en l'art. 16.2 LRSV en relació al SUND. En el mateix sentit, l'art. 73 TRLUC.

[25] La legislació autonòmica pot preveure els supòsits en que sigui possible substituir l'entrega de sòl per altres formes de compliment del deure, excepte quan s'hagi de realitzar amb sòl destinat a habitatge sotmès a algun règim de protecció pública d'acord amb la reserva legal. En aquest sentit, els arts. 43.3 i 45.3 TRLUC, permeten, en SUNC i en SUD, substituir la cessió de sòl amb aprofitament pel seu equivalent en altres terrenys fora del sector o del polígon d'actuació urbanística quan es vulgui millorar la política d'habitatge o

estableix una forquilla que va del 5% al 15% i que la normativa autonòmica pot augmentar o reduir de forma excepcional i motivada, amb un màxim del 20% en actuacions o àmbits en els que el valor de les parcel·les resultants sigui sensiblement inferior o superior al mitjà en els restants de la mateixa categoria de sòl. A Catalunya, la cessió es correspon amb el 10% de l'aprofitament urbanístic del sector o polígon d'actuació, percentatge que pot augmentar fins el 15% en el marc dels plans directors urbanístics de delimitació i ordenació de les àrees residencials estratègiques. Evidentment, en les actuacions de dotació -constretes al SUNC-, el percentatge s'entén referit a l'increment de l'aprofitament atribuït als terrenys inclosos en l'actuació en relació a l'aprofitament preexistent i efectivament materialitzat. Cal apuntar que la cessió de sòl s'ha de fer lliure de càrregues d'urbanització, una novetat respecte del regim urbanístic anterior i d'aplicació a tots els instruments de gestió aprovats inicialment després de l'1 de juliol de 2007 (disposició transitòria primera del Decret Llei 1/2007, de 16 d'octubre, de mesures urgents en matèria urbanística).

Les dificultats econòmiques de molts ajuntaments han fet que, sovint, el sòl rebut en concepte de cessió d'aprofitament s'hagi destinat al finançament d'altres necessitats pressupostàries municipals sense cap connexió amb l'activitat urbanística. La legislació és palmària quan estableix l'obligació de destinar aquest sòl a conservar o ampliar el patrimoni públic de sòl, una institució de constitució obligada en els municipis que tinguin un planejament urbanístic general que delimiti àmbits d'actuació urbanística susceptibles de generar cessions de sòl de titularitat pública amb aprofitament. En tractar-se d'un "*fons rotatori de realimentació contínua*", no sempre és senzill determinar quin pot ser el destí dels béns que l'integren, qüestió examinada per la jurisprudència en reiterades ocasions (SSTS 31 d'octubre de 2001, 27 de juny de 2006…) En tot cas, quan els terrenys cedits siguin residencials sense qualificació d'habitatge protegit, el producte de l'alienació s'ha de destinar a garantir l'accés dels ciutadans a un habitatge digne i adequat, mitjançant la construcció d'habitatges en règim de protecció pública (arts. 153 i ss. TRLUC).

1.3.-Assumir el cost i, si s'escau l' execució, de les obres d'urbanització previstes, així com de les infraestructures de connexió amb les xarxes generals dels serveis i les obres d'ampliació i reforçament de les infraestructures existents fora de l'àmbit d'actuació, sens perjudici del dret de reintegrament de les despeses d'instal·lació de les xarxes de serveis amb càrrec a les seves empreses prestadores. La legislació catalana hi afegeix la participació en els costos d'implantació de les infraestructures de transport públic quan la promoció urbanística hagi de donar lloc a una actuació de tal magnitud que sigui necessari redefinir o ampliar les dites infraestructures i llurs connexions atesa la mobilitat generada.

1.4.- Cessió de les obres i infraestructures del paràgraf anterior, amb el sòl corresponent, quan hagin de formar part del domini públic com a suport immoble de les instal·lacions pròpies de qualsevol de les xarxes de dotacions i serveis, així com les dites instal·lacions quan estiguin destinades a la prestació de serveis de titularitat pública.

1.5.- Garantir el reallotjament dels ocupants legals d'immobles situats en l'àmbit d'actuació que hagin de ser desallotjats i que constitueixin la seva residència habitual, així com el retorn quan hi tinguin dret[26]. Les dites persones hauran d'acreditar que l'habitatge constitueix llur residència habitual amb anterioritat a l'aprovació inicial del projecte de reparcel·lació, quan es tracti de polígons d'actuació en sòl urbà delimitats pel planejament general. En sectors de planejament derivat, o quan la delimitació del polígon s'hagi produït com a conseqüència d'una modificació puntual del planejament general, l'habitatge ha de constituir la seva residència habitual amb anterioritat a l'aprovació inicial del planejament derivat o de la modificació puntual. Cal apuntar que el dret de reallotjament inclou el dret al reallotjament transitori, o llur equivalent econòmic, en condicions anàlogues a les de l'habitatge originari, mentre no es fa efectiu el reallotjament (art. 128 RLUC). En el mateix sentit s'expressa l'art. 103 del TRLUC, que reconeix el dret al reallotjament o el dret de retorn tant si s'actua per expropiació com si es tracta d'una actuació aïllada no expropiatòria. Tot i no tractar-se d'una actuació emmarcada en un àmbit d'actuació o gestió, caldria evidenciar la conflictivitat que es pot plantejar en els supòsits en que el desallotjament és producte d'una situació de ruïna, declarada per l'òrgan municipal competent, d'acord amb l'art. 190 TRLUC. Mentre que l'art. 34 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, reconeix un dret de retorn, amb càrrec al propietari, als ocupants legals que tinguin llur residència habitual en edificis declarats en ruïna sempre que no siguin responsables del deteriorament, l'art. 28 de la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendament urbans, prescriu l'extinció dels contractes d'arrendament per resolució ferma de ruïna.

---

quan l'ordenació urbanística doni lloc a una parcel·la única i indivisible. En aquest darrer supòsit, la cessió pot ser substituïda pel seu equivalent econòmic, previsió que s'estén, en les actuacions de dotació, als casos en que les reserves per a sistemes, per impossibilitat material, no es puguin emplaçar en el mateix àmbit [art. 94.5, lletra c) TRLUC, d'acord amb la redacció de l'art. 11 del Decret Llei 1/2007].

[26] Vid. GIFREU FONT, J.; FERNÁNDEZ BAUTISTA, R., "El derecho de realojo por razones urbanísticas", a *El Derecho urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martí Bassols Coma*, Ed. Reus, Madrid, 2008.

1.6.- Indemnitzar als titulars de drets sobre les construccions i edificacions que hagin de ser enderrocades i les obres, instal·lacions, plantacions i sembrats que no es puguin conservar. Despeses aquestes que formen part, *ex* art. 114 TRLUC, de les relatives a la urbanització i que es repartiran entre les persones adjudicatàries de les finques resultants de la reparcel·lació en proporció a llur valor. Cal tenir en compte, però, l'excepció continguda en l'art. 127.3, lletra b) del RLUC, segons la qual constituirà una càrrega personalitzada no imputable a la comunitat reparcel·latòria el conjunt d'indemnitzacions degudes per l'extinció d'arrendaments i d'altres drets personals que s'hagin constituït amb posterioritat a l'aprovació inicial del projecte de reparcel·lació -quan es tracti de polígons d'actuació en sòl urbà delimitats directament pel planejament general- o amb posterioritat a l'aprovació inicial del planejament -quan es tracti de sectors de planejament derivat o de polígons d'actuació en sòl urbà delimitats mitjançant una modificació puntual del planejament general-.

Als efectes de valorar el compliment d'aquests deures, es presumeix que han estat executats quan es produeixi la recepció de les obres d'urbanització per l'Administració (art. 169 RLUC) o, en el seu defecte, en acabar el termini en que s'havia d'haver produït la recepció des de la seva sol·licitud acompanyada de certificació expedida per la direcció tècnica de les obres.

El compliment del deures inherents a l'actuació de transformació urbanística és condició *sine qua non* per a la patrimonialització de l'aprofitamenturbanístic previst en el planejament. És clar que les previsions fixades en el planejament i relatives a les determinacions edificatòries no s'integren automàtica i directament en el conjunt de facultats de la propietat amb la simple aprovació i publicació del pla. Aquestes previsions no deixen de ser meres expectatives que han de ser *patrimonialitzades*, és a dir, materialitzades mitjançant el compliment efectiu dels deures i l'aixecament de les càrregues previstos en el règim bàsic construït per la Llei 8/2007 (ara TRLS) i per la normativa autonòmica.

2.- L'ESTATUT SUBJECTIU DE LA PROPIETAT

Amb independència de que concòrri en ell el caràcter de promotor, el propietari es reserva l'ús, gaudi i explotació del sòl conforme al seu destí, que engloba el de *participar en l'execució de les actuacions d'urbanització* en règim d'equidistribució[27] i d'*edificar* "*siempre que los terrenos integren una unidad apta para ello por reunir las condiciones físicas y jurídicas requeridas y aquéllas* –es refereix a les instal·lacions, construccions o edificacions permeses- *se lleven a cabo en el tiempo y las condiciones previstas por las ordenación territorial y urbanística y de conformidad con la legislación aplicable*" [arts. 8.1 i 6, lletra d) TRLS].

Pel que fa als deures, una vegada urbanitzats els seus terrenys, els hi compet la *construcció*, en els terminis establerts pel planejament, de l'*habitatge protegit* que eventualment els correspongui [art. 44.1, lletra f) TRLUC], d'acord amb les percentatges previstos en l'art. 9 del Decret Llei 1/2007, qualificats transitòriament en atenció a les tipologies contingudes en l'art. 6 del Decret 255/2005, de 8 de novembre, d'actualització del Pla per al dret a l'habitatge 2004-2007, mentre no es produeixi el desenvolupament reglamentari de la Llei pel dret a l'habitatge.

Aquest deure no es materialitza en noves cessions de sòl pels propietaris, sinó en l'obligació de donar compliment a les reserves per a habitatge protegit contingut en el planejament urbanístic, obligació que pot recaure tant en l'Administració (en relació al sòl cedit en concepte d'aprofitament amb qualificació de residencial protegit) com en la propietat. Entre les novetats més destacades de la Llei 2/2002 d'urbanisme hi figurava la voluntat de donar resposta a un problema social important com era (és) el dèficit d'habitatges assequibles degut a l'augment desmesurat dels preus del sòl i, de retruc, del producte immobiliari final. Per això, en la versió modificada per la Llei 10/2004, imposava l'obligació als POUM d'establir un estàndard mínim del 20% del sostre residencial de nova implantació tant en sòl urbà com urbanitzable per a la construcció d'habitatges de protecció pública, reserva que podia ser augmentada discrecionalment pels ajuntaments, i d'un 10% addicional, obligatori en els municipis de més de 10.000 habitants i en les capitals de comarca i potestatiu en la resta. El TRLS disposa que, en tots els municipis, el planejament general ha de reservar una part proporcionada de sòl per a la construcció d'habitatge amb protecció, que es concreta en un estàndard genèric d'un mínim del 30% de l'edificabilitat residencial prevista pel pla (amb una excepció

[27] Per a exercir la facultat de participar (o ratificar-se en ella) el propietari disposarà d'un termini per a manifestar el seu consentiment que ha de fixar el legislador autonòmic i que no pot ser inferior a un mes a comptar des del momento en què es pugui conèixer l'abast de les càrregues de l'actuació i els criteris de distribució entre els propietaris.

relativa als municipis de menys de 10.000 habitants amb creixements residencials reduïts, disposició transitòria primera[28]). Per aquesta raó, el legislador català s'ha vist en la necessitat d'adecuar-se al requeriment estatal amb nous paràmetres, fixant, fins i tot, una reserva *a futuro* en aplicació del Decret 152/2008, de 29 de juliol, pel qual es regulen l'habitatge concertat i l'habitatge de lloguer amb opció de compra i s'adopten altres mesures en matèria d'habitatge. La seva entrada en vigor, als efectes de l'aplicació d'aquesta reserva, s'ha diferit fins el juliol de 2009, excepte en els àmbits de les àrees residencials estratègiques (disposició final). Resumidament, les reserves per habitatge protegit oscil·len entre el 30% i el 40% en atenció a les situacions que tot seguit s'indiquen:

1.- En municipis que disposen de POUM (art. 57.3 TRLUC), les aprovacions, les modificacions i les revisions d'aquesta figura de planejament general han de fer reserva en les proporcions següents:

-Un mínim del 30% del sostre residencial de nova implantació en sòl urbà i urbanitzable, en tots els municipis. Aquest percentatge es reparteix entre els habitatges de protecció oficial de règim general i especial (20%) i els habitatges de protecció oficial de preu concertat (10%).

-Un mínim addicional del 10% del sostre residencial de nova implantació en sòl urbà i urbanitzable per habitatge concertat de protecció oficial, en municipis de més de 10.000 habitants i en capitals de comarca.

2.- En municipis que disposen de plans generals d'ordenació o de normes subsidiàries del planejament (disposició transitòria segona TRLUC), les modificacions del planejament urbanístic general així com el planejament urbanístic derivat i les seves modificacions *poden* establir reserves per a habitatge protegit, mitjançant la qualificació del sòl prevista en l'art. 57.7 TRLUC. En qualsevol cas, les reserves del 30% i del 10% esmentades *supra* són de preceptiva aplicació:

-En els municipis de més de 10.000 habitants i en les capitals de comarca, a les modificacions del planejament urbanístic general que tinguin per objecte actuacions aïllades de dotació, als sectors subjectes a un pla de millora urbana en SUNC que prevegin usos residencials de nova implantació i als sectors de SUD amb usos residencials[29].

-En els municipis que modifiquin el planejament general per a reclassficar SNU amb finalitats residencials.

La obligació d'utilitzar el sòl conforme al usos urbanístics permesos pel planejament i de conservació, així com d'edificar en els terminis previstos -com ja hem esmentat respecte de l'habitatge protegit- sota pena d'expropiació o venda forçosa completen l'elence de deures de la propietat, previstos en l'art. 9.1 TRLS.

c) L'urbanisme d'obra pública en el TRLS: un retorn als orígens. La pèrdua de protagonisme de la propietat en el procés urbanitzador

L'execució del planejament s'ha considerat històricament una funció pública quedant, per tant, sota la direcció, el control i la fiscalització de les administracions públiques competents. Així s'expresa de forma plamària l'art. 3.2 TRLS.

L'urbanisme decimonònic partia de la consideració del procés urbanitzador imprescindible en les grans operacions de reforma interior i d'eixampla de poblacions- com una potestat i una obra públiques que quedaven fora de l'abast dels propietaris. A aquests efectes, era decisiva la diferenciació existent entre la facultat d'urbanitzar, monopolitzada pels poders públics, i el *ius aedificandi* atribuïble als propietaris. Aquest plantejament va evolucionar discretament amb la Llei de expropiacions de 1879, força imbuïda per les idees de l'enginyer de camins català Ildefons Cerdà, que va ampliar l'espectre de la gestió de les obres d'urbanització a la gestió indirecta per concessió, mitjançant adjudicació en procediment de subhasta pública, però no és fins l'any 1956 quan es produeix la modificació de l'estatut de la propietat immobiliària amb una nova concepció de l'obra urbanitzadora com a obra privada, en atribuir-se un *dret a urbanitzar* als propietaris de sòl urbà i de reserva urbana (amb apropiació dels beneficis derivats de l'obra urbanitzadora)[30].

[28] Aquesta excepció forma part del règim transitori aplicable a les comunitats autònomes que encara no hagin establert reserves iguals o superiors a les establertes en l'art. 10.1.b)TRLS.

[29] El Departament de Política Territorial i Obres Públiques pot autoritzar la disminució de les reserves del 30% en els sectors amb densitat inferior a 25 habitatges per hectàrea i amb una tipologia edificatòria incompatible amb la construcció d'habitatge protegit [disposició transitòria segona, apartat tercer, lletra a) *in fine* TRLUC].

[30] Una acurada disecció d'aquest procés es pot veure a PARADA VAZQUEZ, R., "La degeneración del derecho urbanístico español: del urbanismo de la obra pública de Cerdà al urbanismo de obra privada", Ciudad y Territorio, núms. 119-120, 1999.

A diferència de l'obra pública ordinària, les actuacions urbanitzadores pretenen l'execució d'una obra pública que s'emmarca en un procés de transformació física i jurídica que aglutina terrenys d'atribució pública i privada (actuació reparcel·latòria). A partir de 1956, doncs, aquestes actuacions de transformació del sòl mitjançant les obres d'urbanització han estat realitzades primordialment per la iniciativa privada, en la persona del titular del sòl. En el marc d'una legislació que obligava als propietaris a convertir-se en empresaris, fins i tot contra la seva voluntat, els propietaris de terrenys -principalment de sòl urbanitzable programat, sectoritzat o delimitatinclosos en àmbits d'actuació urbanística (unitats d'actuació o polígons d'actuació urbanística) s'han vist compel·lits a promoure i dur a terme la urbanització, sota amenaça d'expropiació.

Tot i que la LRSV ja contemplava en el seu art. 4.2 que la gestió pública a través de la seva acció urbanitzadora i de les politiques de sòl "*suscitará, en la medida más ámplia posible, la participación ciudadana*"[31] -una redacció possiblement inspirada en la precursora Llei valenciana 6/1994, reguladora de l'activitat urbanística, i que reprodueix l'art. 3.3 TRLS-, l'acceptació expressa pel legislador estatal de la iniciativa empresarial dels tercers en l'àmbit urbanístic no es produeix fins la Llei 8/2007, que estableix que la urbanització és un servei públic així com la possible participació en el procés urbanitzador d'operadors privats no propietaris, mitjançant el que podríem entendre com una concessió del servei públic urbanitzador, a l'estil, respectivament, de l'*agent urbanitzador*, l'*urbanitzador concessionari* o l'*adjudicatari en concurs* de les lleis valenciana, castellano-manxega[32] o madrilenya, per posar només uns exemples[33].

L'art. 6, lletra a) TRLS contempla la gestió directa o indirecta de l'obra pública, de manera que, amb caràcter previ l'Administració haurà de determinar el caràcter públic (pel propi ens o mitjançant la creació d'organismes autònoms, societats mercantils de capital íntegrament públic, consorcis...) o privat de la gestió; en aquest darrer supòsit, li compet la selecció i adjudicació -mitjançant procediment amb publicitat i concurrència i amb criteris que garanteixin una participació adequada de la comunitat en les plusvàlues derivades de les actuacions urbanístiques- de la persona que es responsabilitzarà de l'actuació urbanitzadora així com l'establiment dels seus drets i obligacions i els terminis d'execució. Amb posterioritat a l'exercici del dret de consulta previst en l'art. 6, lletra b) TRLS, aquest agent haurà de formular els corresponents projectes d'urbanització i de reparcel·lació, que seran sotmesos a l'aprovació dels òrgans administratius competents, habitualment l'Administració municipal.

La versatilitat d'aquest model de gestió resideix en el desplaçament de la propietat del procés urbanitzador quan l'adjudicació de l'execució de les obres recaigui en un agent delegat que no sigui titular de terrenys afectats per l'actuació[34]. Aquesta possibilitat pot actuar com a potent deslllorigador en totes aquelles operacions que porten anys paralitzades pel desacord o la desídia dels propietaris, fins ara els únics capacitats per tirar endavant la proposta. És cert que la legislació urbanística ha previst en el passat (i també en l'actualitat) que si les propietaris incompleixen llurs obligacions, l'administració actuant pot acordar la substitució del sistema o de la modalitat d'actuació (art. 129.2 RLUC), però aquesta és una opció molt poc aplicada o gens, especialment en el supòsit de canvi de sistema de reparcel·lació a expropiació.

Algun sector doctrinal ha enfatitzat la dubtosa legalitat d'aquesta previsió estatal en fase de gestió urbanística, tota vegada que la STC 164/2001, en analitzar la validesa de l'art. 4.2 LRSV, afirmava en el seu

---

[31] En un sentit simil·lar, l'art. 1.1 del RD 3288/1978, pel qual s'aprova el Reglament de gestió urbanística segons el qual "Las Administraciones urbanísticas suscitarán, en la medida de lo posible, la iniciativa privada…".

[32] El PAU castellano-manxec és una figura híbrida de planejament-gestió, que pot ser promoguda per qualsevol persona –pública o privada, sigui o no el propietari dels terrenys. Presentada l'alternativa tècnica (documents que comprenen l'ordenació urbanística i l'execució de les obres) davant l'ajuntament, s'obre un període d'exposició pública, tot i que cal aclarir que el promotor no té un dret al tràmit i que el Ple pot decidir discrecionalment no fer la convocatòria corresponent. Per aquest motiu, la legislació preveu que el promotor pot convocar l'exposició pública directament, pels seus propis mitjans i sota fe pública notarial. En qualsevol cas, cal remetre un avís als titulars cadastrals, així com la publicació de l'edicte en el Diari Oficial i en un altre de no oficial. Durant el període d'informació pública, qualsevol persona pot presentar una alternativa tècnica a la documentació presentada inicialment. Amb posterioritat a aquest tràmit, en plica tancada, es presenten les proposicions juridicoeconòmiques (que comprenen el conveni urbanístic regulador de les relacions entre l'urbanitzador, els propietaris i l'Administració, la previsió de despeses i la modalitat de retribució) que complementen el contingut del PAU. Un cop obertes les pliques i sotmeses a consulta pública, es procedeix a formular l'acord d'adjudicació, que ha de decidir sobre la oportunitat de la programació i la suficiència de les iniciatives presentades; la gestió directa o indirecta del programa; la selecció d'una alternativa tècnica; i la selecció de l'agent urbanitzador, d'acord amb la proposició juridicoeconòmica més adient amb l'alternativa tècnica escollida. Cal dir que si hagués estat seleccionada una proposició juridicoeconòmica presentada per un subjecte distint al que va presentar l'alternativa tècnica que ha servit de base a l'adjudicació, aquest es podrà subrogar en el lloc de l'adjudicatari si assumeix idèntics compromisos i presenta les mateixes garanties. Una vegada inscrita l'adjudicació en el Registre de Programes, es subscriu el corresponent conveni i es procedeix a la publicació oficial del PAU (arts. 110 i ss. de la Llei 2/1998, de 4 de juny, d'ordenació del territori i l'activitat urbanística de Castella- La Manxa).

[33] Cal recordar que l'execució per concessionari mitjançant adjudicació per concurs és una modalitat ja prevista en els sistemes de gestió pública, com ara el sistema d'expropiació urbanística. Així ho apuntava l'art. 4.3 LRSV.

[34] Es tractaria, per tant, d'una limitació al dret general de gaudir i disposar del bé, previst en l'art. 348 del Codi civil.

FJ 9è. que en aquest precepte només s'establia un manament de promoció de la participació privada en l'actuació urbanística sense imposar cap sistema d'execució

"tampoco se predetermina quién, cómo o cuándo puede o debe participar. Estas opciones normativas corresponden al legislador autonómico...". El cert és, però, que la cura amb la que ha estat plantejada aquest model de gestió pel legislador estatal, amb remissió a les peculiaritats o excepcions que la legislació autonòmica prevegi a favor de la iniciativa dels propietaris del sòl, fa poc sostenible aquesta argumentació, especialment tenint en compte que moltes comunitats ja disposen des de fa anys d'una regulació específica d'aquesta figura. A Catalunya, i en una línia marcadament continuista amb el sistema anterior, el dret d'iniciativa dels particulars no propietaris s'exerceix quan l'Administració opta per una gestió indirecta del sistema d'execució pública (sistema d'expropiació) o en el marc de les modalitats de cooperació i per sectors d'urbanització prioritària del sistema de reparcel·lació. En canvi, en les modalitats de compensació, bàsica i concertada, es manté el monopoli dels propietaris, tret que es declari l'incompliment de l'obligació d'urbanitzar per part de la junta de compensació o de concertació. Aquesta declaració dona lloc a la suspensió dels efectes del planejament en execució fins que es garanteixi la totalitat de l'import pressupostat de les obres pendents d'executar, i això sens perjudici que l'Administració acordi el canvi de sistema d'actuació o de modalitat, o modifiqui el planejament urbanístic. Especialment interessant és la previsió segons la qual els particulars no propietaris poden instar davant l'ajuntament la declaració de l'incompliment de l'obligació d'urbanitzar i el canvi de modalitat del sistema de reparcel·lació (arts. 110 i 178 TRLUC, en la redacció donada pel Decret Llei 1/2007).

Els propietaris del sòl són els beneficiaris finals del procés urbanitzador. Per aquest motiu, han de compensar a l'agent urbanitzador en una doble vessant: per una banda, l'agent urbanitzador assumeix la totalitat de les despeses d'urbanització, que li han de ser abonades; per l'altra, com a empresari que és, té dret a rebre el benefici empresarial derivat de l'operació realitzada. Aquesta compensació pot ser dineària o en espècie (en aprofitament), és a dir, en solars edificables on es pugui materialitzar l'aprofitament urbanístic equivalent -econòmicament parlant- al que li correspon. Evidentment, l'agent urbanitzador té dret a gaudir de les previsions legals relatives a la gestió urbanística com són l'exigència anticipada de les quotes d'urbanització o la reclamació per via de constrenyiment de les quotes impagades, entre d'altres.

Finalment, cal apuntar un problema que "ronda" a aquesta figura des de la seva invenció a la legislació valenciana, i és la seva possible confrontació amb les directives comunitàries. La Llei valenciana, ja derogada, va ser objecte de diversos pronunciaments comunitaris i jurisprudencials en el benentés que la competència exclusiva autonòmica en matèria d'urbanisme no emparava una normació complerta de la institució de l'agent urbanitzador, sinó que calia fer una remissió a la regulació bàsica estatal sobre contractació i concessions administratives ex art. 149.1.18 CE[35].

d) Les valoracions del sòl i de les facultats vinculades a les actuacions d'urbanització i edificació

La Llei d'expropiació forçosa de 1879 desconeixia el concepte de "plusvàlua", de manera que el valor dels terrenys es taxava segons la seva naturalesa rústica, sense cap ascendent vers l'aprofitament edificatori dels mateixos que pogués encarir artificialment l'operació expropiatòria. La Llei de 1956, pel contrari, enceta una tendència a la valoració de les expectatives (valors expectant, urbanístic i comercial) que, a pesar de les diferents reformes legislatives en relació als criteris i mètodes valoratius[36], s'ha mantingut durant mig segle. Cal apuntar que aquest posicionament no ha estat exempt d'un sòlid recolzament jurisprudencial, que ha apel·lat a la garantia del "valor de substitució" del bé.

El TRLS es decanta per taxar el sòl d'acord amb la seva situació física o real en el moment de l'iniciació de l'expedient corresponent, -"*lo que hay*", segons l'exposició de motius- (art. 21.2), sense atendre a l'assignació d'edificabilitats id'usos potencials pel planejament urbanístic. És per això que la classificació urbanística present en les figures de planejament no afecta a l'operació de valoració del sòl que, a aquests efectes, només podrà ser rural o urbanitzat.

[35] Aute de la secció primera de la Sala del contenciós administratiu del TSJCV, de 15 d'octubre de 2001; SSTS de 28 de desembre de 2006 i 27 de març de 2007; Informe Fourtou de 2005; resolució del Paralemnt Europeu de 21 de juny de 2007, ...

[36] Per exemple, la Llei 8/1990 va estendre les valoracions urbanístiques a les expropiacions d'immobles fos quina fos la finalitat que les motivés –amb la conseqüent inaplicació de la normativa sobre expropiació forçosa en aquest aspecte concret-, a més de condicionar el valor urbanístic dels terrenys al grau de compliment dels deures urbanístics.

1.- INDEMNITZACIÓ DE FACULTATS DOMINICALS I ALTRES BÉNS I DRETS REALS D'ACORD AMB LA SITUACIÓ DEL SÒL

1.1.- Sòl en situació de rural (art. 23)

Aquest sòl es taxa mitjançant la capitalització de la renda anual o potencial -la que sigui superior- de l'explotació, un mètode que ja recollia la LRSV si bé subordinat al mètode de comparació a partir de valors de finques anàlogues. Aquest darrer ni tan sols apareix al TRLS, seguramente per la dificultat de generar valors objectius. Segons el Tribunal Suprem, la capitalització ha d'anar referida al tipus d'explotació que *efectivament* es realitzi en la finca expropiada i no a la que es pogués obtenir amb una explotació adequada o amb la que es produeix habitualment en la zona en finques de característiques similars, "*otra cosa es que en la valoración deba tenerse en cuenta la potencialidad del suelo expropiado, pues ello permite efectuar la valoración en base a un estado de la finca que no se corresponde con la realidad*" (STS de 22 de juny de 2005).

El tipus de capitalització utilitzat és la darrera referència publicada pel Banc d'Espanya del rendiment del deute públic de l'Estat en mercats secundaris a tres anys[37], que podrà ser modificat per la Llei de pressupostos de l'Estat (disposició addicional setena). Aquest valor es podrà corregit a l'alça fins a un màxim del doble en funció de factors objectius de localització com ara l'accessibilitat a nuclis de població o a centres d'activitat econòmica o la ubicació en entorns de singular valor ambiental o paisatgístic.

Les edificacions, construccions i instal·lacions, sembrats i plantacions localitzats en el sòl rural es taxen amb independència d'aquest sempre que s'ajustin a la legalitat, siguin compatibles amb l'ús o rendiment que autoritzi la legislació i no hagin estat tinguts en compte en la valoració pel seu caràcter de millores permanents. Així, les edificacions, construccions i instal·lacions que es valorin amb independència del sòl es taxen pel mètode de cost de reposició, tenint en compte el seu estat i antiguitat en el moment de la valoració (arts. 44-47 de l'Ordre ECO/805/2003, de 27 de març i normes 1114 de les normes tècniques de valoració aprovades per Decret 1020/1993, de 25 de juny). Si es trobessin fora d'ordenació, el valor es reduirà en proporció al temps transcorregut de la seva vida útil. Pel que fa als sembrats i plantacions, es taxen d'acord amb els criteris de la Llei d'expropiació forçosa de 1954. Mentre que els drets reals es taxen d'acord amb els criteris de la Llei d'arrendaments rústics.

El règim transitori estableix que els terrenys que, a data 1 de juliol de 2007, formessin part del sòl urbanitzable inclòs en àmbits delimitats les condicions de desenvolupament dels quals hagin estat establerts pel planejament (SUD), es valoraran conforme a la LRSV, sempre que en el moment en que s'hagi de produir la valoració no s'hagin exhaurit els terminis per a l'execució del planejament o, si s'han exhaurit, sigui per causa imputable a l'Administració o a tercers. Quan no existeixi previsió en relació als terminis d'execució ni en el planejament ni en la legislació, s'aplicarà el de tres anys des de l'entrada en vigor de la Llei 8/2007 (disposició transitòria tercera).

1.2.- Sòl en situació d'urbanitzat (art. 24)

Aquest sòl es pot trobar en situacions diferents, que han de ser tingudes en compte als efectes de la valoració final. Respecte del sòl no edificat o en el que l'edificació existent o en curs d'execució és il·legal o es troba en situació de ruïna física, la valoració es fonamenta en l'ús i l'edificabilitat assignades pel planejament urbanístic a la parcel·la[37]. A aquesta edificabilitat se li aplica el valor de repercussió del sòl segons l'ús corresponent, determinat pel mètode de valoració residual estàtica de la normativa hipotecària, establert en l'Ordre ECO/805/2003, descomptant, si s'escau, el valor dels deures i càrregues pendents per a poder realitzar l'edificabilitat prevista. Pel contrari, si el sòl ja està edificat o es troba en curs d'edificació, el valor de taxació serà el que resulti superior dels següents: bé el resultant de la taxació conjunta de sòl i edificació pel mètode de comparació, aplicat exclusivament als usos de l'edificació; o bé el determinat pel mètode residual estàtic, aplicat exclusivament al sòl, de forma que no es valora l'edificació.

Pel que fa al sòl urbanitzat sotmès a actuacions de reforma o renovació de la urbanització, s'aplica la metodologia residual estàtica als usos i edificabilitats atribuïts per l'ordenació en la seva situació d'origen.

[37] Si aquest no les determinés, s'atribueix l'edificabilitat mitjana i l'ús majoritari de l'àmbit.

2.- INDEMNITZACIÓ DE LES FACULTATS DE PARTICIPAR I D'INICIATIVA I PROMOCIÓ EN ACTUACIONS D'URBANITZACIÓ O EDIFICACIÓ.

El TRLS preveu unes situacions que casen a la perfeccció, en el que podríem anomenar una reiteració concretitzada, amb certs supòsits indemnitzatoris previstos en l'art. 35 TRLS, especialment en la lletra a).

2.1.- Quan l'Administració impedeix o altera mitjançant l'exercici del *ius variandi* les condicions d'exercici de la facultat de participar en l'execució d'actuacions de nova urbanització (art. 25), és a dir, en procediments de reparcel·lació per qualsevol modalitat, es podrà obtenir una indemnització que rescabali la lesió que han patit els afectats sempre que l'actuació s'hagués de realitzar en SUD (delimitat i amb condicions concretes de desenvolupament) i que l'impediment de l'exercici de la facultat de participar o l'alteració de les condicions d'exercici (modificació dels usos, reducció de l'edificabilitat) s'hagi produït abans de l'inici de l'actuació i del venciment dels terminis establerts per al seu exercici, o amb posterioritat, si l'execució no s'ha materialitzat per causes imputables a l'Administració (arts. 16 i 31.3 Llei 8/2007). Requisit imprescindible és, també, no haver incomplert els deures inherents a l'exercici d'aquella facultat.

Òbviament, en tractar-se d'una facultat reconeguda a la propietat [art. 8.1.c) TRLS], només aquetsa queda facultada per iniciar el procediment de reclamació que correspongui.

La indemnització serà el resultat d'aplicar el mateix percentatge que determini la legislació autonòmica per a la participació de la comunitat en les plusvàlues (és a dir, el 10% i fins a un 15% en les àrees residencials estratègiques) a:

a) La diferència entre el valor del sòl en la seva situació d'origen i el valor que li correspondria si l'actuació hagués finalitzat, quan s'impedeix l'exercici de la facultat de participar.

b) La minva provocada en el valor que tindria el sòl si l'actuació estigués acabada, quan s'alterin les condicions d'exercici de la facultat.

Com es pot advertir amb la lectura d'aquests supòsits, l'art. 25 pren en compte la hipotètica finalització de l'actuació, el que implica, en certa mesura, una valoració de les expectatives, idea de la que abomina el TRLS.

2.2.- Les actuacions d'urbanització o d'edificació –que aglutinen, per tant, sòl rural en execució (SUD) i sòl urbanitzat-són susceptibles de ser indemnitzades en el supòsit que l'Administració impedeixi llur execució o, un cop iniciades, obstaculitzi la seva continuació (art. 26).

2.2.1.- Actuacions de nova urbanització (sòl rural): A la taxació del sòl, conforme als criteris de l'art. 23, se li sumen les indemnitzacions per la facultat d'urbanitzar (art. 25) i per les despeses realitzades amb caràcter previ a l'inici de les obres o en la seva execució que han esdevingut inútils, entre les que es compten les relatives a la redacció de projectes tècnics de planejament urbanístic i dels instruments de gestió; les obres realitzades, els costos de finançament, gestió i promoció i les indemnitzacions pagades. Aquestes despeses es taxaran pel seu import incrementat per la taxa lliure de risc i la prima de risc (art. 38 Ordre ECO/805/2003).

Si les actuacions d'urbanització ja s'han iniciat, la indemnització cobreix tant la impossibilitat de continuar-les com l'alteració de les condicions d'execució i es calcularà bé conforme al criteri anterior o bé mitjançant l'atribució de les plusvàlues corresponents al grau d'execució de l'actuació, essent la indemnització la quantia que resulti superior d'aplicar aquests dos barems.

La indemnització serà proporcional a les inversions efectuades, atès que es calcula en funció del grau d'execució i es distribuirà proporcionalment entre els adjudicataris de les parcel·les resultants de l'actuació, tenint en compte que els propietaris de sòl que no tinguessin actualitzat el compliment dels deures i despeses propis de l'actuació, seran indemnitzats només pels costos que haguessin assumit i pagat realment.

2.2.2.- Actuacions de dotació, reforma o renovació de la urbanització (sòl urbanitzat): La taxació del sòl i les edificacions es farà d'acord amb l'art. 24. A més, en el supòsit de reforma o reurbanització en curs d'execució s'ha de fixar la indemnització de l'art. 26, consistent -com hem vist en l'apartat anterior- en el càlcul de les despeses o en l'atribució progressiva de la plusvàlua en proporció al grau d'execució realitzada.

Finalment, cal tenir en compte els supòsits en que el promotor de l'actuació (l'agent urbanitzador) és o no adjudicatari de parcel·les finals. Si ho fos, la indemnització es calcularia com la de qualsevol altre propietari, d'acord amb els apartats primer i segon de l'art. 26. En cas contrari, llur indemnització es descomptarà de la que ha de correspondre als propietaris i es calcularà aplicant la taxa lliure de risc i la prima de risc a la part deixada de percebre de la retribució que s'hagués pactat.

LA RESPONSABILITAT PATRIMONIAL EN MATÈRIA D'URBANISME

Carles Pareja Lozano
Advocat
Professor titular de dret administratiu.
Universitat Pompeu Fabra

1.- PRINCIPIS DE LA RESPONSABILITAT PATRIMONIAL EN MATÈRIA D'URBANISME. 1

2.- LA RESPONSABILITAT PATRIMONIAL PER ALTERACIÓ DEL PLANEJAMENT. 2

2.1 Les alteracions que afectin a actuacions de nova urbanització. 2

2.2 La indemnització per alteració del planejament en el sòl urbanitzat o en procés d'urbanització 4

2.3 La hipòtesi indemnitzatòria derivada de les situacions de fora d'ordenació. 6

2.4 La revocació de llicències derivada de les alteracions del planejament. 6

3.- RESPONSABILITAT PATRIMONIAL PER IMPOSICIÓ DE VINCULACIONS SINGULARS 7

4.- RESPONSABILITAT PER ANUL·LACIÓ DE LLICÈNCIES, DEMORA EN L'ATORGAMENT O DENEGACIÓ IMPROCEDENT. 9

5. LA INDEMNITZACIÓ PER L'OCUPACIÓ DIRECTA 10

6.- LA DETERMINACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ RESPONSABLE.....11

1.- Principis de la responsabilitat patrimonial en matèria d'urbanisme.

La responsabilitat patrimonial originada per les actuacions urbanístiques constitueix una modalitat específica dins el règim general de la responsabilitat de les administracions públiques. Aquest règim general està regulat en els articles 139 i ss. de la Llei 30/1992, de 26 de novembre de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú (d'ara en endavant LRJPAC), i ha estat desenvolupat pel RD 429/1993, de 26 de març, pel qual s'aprovà el Reglament dels procediments de les administracions públiques en matèria de responsabilitat patrimonial. L'aplicació d'aquest règim general a l'àmbit local es veu confirmada per l'article 54 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases de Règim Local, el qual es remet a l'esmentat règim general.

El vigent règim de responsabilitat patrimonial es caracteritza per ser un sistema unitari, en quant regeix per a totes les administracions públiques, general, en quant es refereix a tot tipus d'activitat administrativa, de responsabilitat directa i de caràcter objectiu, ja que s'exigeix únicament l'existència d'un nexe causal entre l'actuació administrativa i el mal causat, sense que sigui necessària l'existència de culpa o negligència. Conforme a tals principis, el règim de responsabilitat patrimonial s'articula a partir dels elements d'existència d'un dany efectiu, avaluable i individualitzat, imputable a l'administració, sempre que existeixi un nexe causal entre l'actuació o inactuació administrativa i l'existència del dany esmentat.

En l'àmbit urbanístic, el règim de responsabilitat patrimonial presenta unes característiques específiques, directament relacionades amb la delimitació del concepte de lesió indemnitzable, això és, aquella ingerència en l'esfera jurídica dels particulars que aquests no tinguin el deure jurídic de suportar, tal i com indica l'article 141.1 LRJPAC. Tal especial significació en l'àmbit urbanístic ve donada perquè l'anàlisi dels supòsits en què l'actuació urbanística pública pot ser generadora de responsabilitat patrimonial s'inscriu necessàriament en el marc del règim general de la propietat immoble definit per la legislació urbanística. Així, tal i com s'ha establert tradicionalment en la legislació urbanística i es preveu actualment a l'article 3.1

del RDL 2/2008 pel qual s'aprovà el text refós de la Ley de Suelo (en endavant LS) i l'article 6 del Decret Legislatiu 1/2005 pel qual s'aprovà el text refós de la Llei d'Urbanisme (en endavant TRLU), les facultats urbanístiques del dret de propietat s'exerciran sempre dins dels límits i amb el compliment dels deures previstos a les lleis o, en virtut d'aquestes, pel planejament, sense que l'ordenació de l'ús dels terrenys i construccions establerta en el planejament confereixi cap dret als propietaris a exigir indemnització, excepte en els casos expressament establerts en les lleis.

La hipòtesi indemnitzatòria en l'àmbit urbanístic sorgeix doncs com a excepció i en aquells supòsits expressament previstos, quedant configurades la resta de limitacions pròpies de les tècniques urbanístiques com a delimitació del contingut normal de la propietat immobiliària i per tant no susceptible de generar indemnització. L'exigència del requisit de previsió expressa pel sorgiment de supòsits de responsabilitat patrimonial, junt amb el seu caràcter excepcional donen lloc, així, a una interpretació restrictiva d'aquest supòsit en l'àmbit urbanístic.

L'element fonamental per determinar els supòsits de responsabilitat en l'àmbit urbanístic apareix en definitiva directament relacionat amb la determinació del contingut normal de la propietat immobiliària definit per la regulació jurídico urbanística d'acord amb el seu caràcter estatutari. La identificació d'aquest contingut normal, al què més endavant s'efectuaran les oportunes referències, constitueix doncs, el paràmetre decisiu per determinar la producció de lesió conforme els principis generals reguladors d'aquesta institució, dins del marc dels supòsits establerts expressament per la legislació aplicable.

Els supòsits indemnitzatoris en l'àmbit urbanístic apareixen regulats expressament en la recent LS, atesa la competència estatal en la matèria, declarada expressament en la sentència del Tribunal Constitucional 61/1997. Aquesta regulació presenta algunes novetats significatives respecte a la regulació tradicional d'aquesta qüestió, especialment, com es veurà, en relació amb els supòsits indemnitzatoris derivats de l'alteració del planejament. Cal assenyalar que la legislació urbanística de Catalunya conté també diverses determinacions al respecte, que vénen així a completar la regulació estatal, especialment en relació amb la concreció de diversos conceptes estrictament urbanístics, que excedeixen de la competència estatal tot i que són d'inevitable consideració per a la definició del règim indemnitzatori establert per la legislació estatal.

Des del punt de vista competencial, la qualificació del règim de responsabilitat patrimonial com a disposició establerta en exercici de la competència reservada al legislador estatal per l'article 149.1.18ª de la Constitució, tal i com es determina a la Disposició final primera LS, no constitueix obstacle per a que, per part de la legislació autonòmica, s'efectuï una regulació casuística de les situacions urbanístiques que poden fer sorgir drets indemnitzatoris en el marc, òbviament, de la regulació estatal. En aquest context, l'acció legislativa autonòmica pot contribuir a clarificar alguns supòsits, en especial els relatius a les indemnitzacions per vinculacions singulars que, com es veurà més endavant, han donat lloc a una interpretació jurisprudencial certament polèmica.

2.- La responsabilitat patrimonial per alteració del planejament.

2.1 Les alteracions que afectin a actuacions de nova urbanització.

El supòsit indemnitzatori per alteració del planejament ha estat tradicionalment contemplat per la legislació reguladora d'aquesta matèria, des de la legislació del sòl de 1976, que limita les indemnitzacions per alteració del planejament a aquells casos en què no haguessin transcorregut els terminis d'execució del planejament, o aquest no s'hagués dut a terme per raons imputables a l'administració.

La interpretació jurisprudencial respecte al sorgiment de drets indemnitzatoris en aquells supòsits en què l'alteració del planejament comporti una disminució o desaparició de "drets urbanístics" ha estat molt restrictiva respecte al reconeixement d'aquests drets indemnitzatoris en relació amb la disminució d'aprofitament urbanístic derivada de la modificació o revisió anticipada, establint-se, en canvi, amb més facilitat, la indemnització de les despeses que haguessin esdevingut inútils com a conseqüència de la modificació operada. Aquesta distinció és plenament coherent amb la ja referida vinculació entre supòsits indemnitzatoris i règim urbanístic del sòl. Així, si, d'acord amb el règim general de responsabilitat, constitueix requisit imprescindible l'existència d'una lesió, perquè s'estimi produïda efectivament tal lesió serà condició necessària la prèvia incorporació, dins l'esfera de drets subjectius dels particulars afectats, del dret a gaudir d'un determinat aprofitament urbanístic, sense que sigui suficient, a aquests efectes, la mera

expectativa derivada d'un determinat règim urbaní[1]stic establert pel planejament. Perquè aquest règim urbanístic, i l'aprofitament urbanístic que del mateix se'n pugui derivar, passin a formar part dels drets legítims dels particulars afectats per una modificació de planejament i, si tal modificació és anticipada o han transcorregut els terminis per causes imputables a l'administració, donin lloc al sorgiment de drets indemnitzatoris, és imprescindible que s'hagin dut a terme actuacions positives per part dels particulars i, allò que inicialment constitueix una mera expectativa, els *continguts artificials* derivats del planejament, s'incorpori com a contingut patrimonial legítim, la privació del qual donarà lloc a indemnització.

Malgrat la coherència de la referida construcció teòrica, el resultat final en la seva aplicació ha donat lloc a què la previsió legal hagi quedat pràcticament buida de contingut en tots aquells casos en què el desenvolupament del planejament es veu impedit per part de l'administració, amb la conseqüent impossibilitat de dur a terme les actuacions materials necessàries per a la patrimonialització de l'aprofitament urbanístic eventualment indemnitzable.

La regulació establerta per a aquest supòsit a la LS manté una aparent continuïtat amb el referit criteri hermenèutic, tot i que introdueix algunes especificacions que poden ser certament rellevants en l'operativitat d'aquest supòsit indemnitzatori. Així, l'article 35 a) LS estableix, com a supòsit indemnitzatori que s'identifica clarament amb el tradicional concepte d'alteració del planejament que comporti una afectació de l'aprofitament urbanístic originàriament previst, el relatiu a "la alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad". Malgrat l'expressa voluntat de la legislació estatal de no utilitzar conceptes urbanístics ni tan sols de forma instrumental, la qual cosa per cert no succeeix en totes les ocasions, tal i com veurem més endavant, resulta evident la identitat entre els supòsits de modificació de planejament i la referència a la alteració de condicions derivada de canvis en l'ordenació territorial i urbanística.

Cal constatar també l'ampliació d'aquest concepte, que es fa extensiu, en la regulació vigent, als supòsits d'alteració de l'acte o negoci d'adjudicació de l'activitat d'urbanització, en clara referència als supòsits de desenvolupament d'aquesta activitat per part de promotors no propietaris, modalitat aquesta que la LS pretén fer extensiva al conjunt de legislacions urbanístiques, tal i com es dedueix del seu article 6, tot i la seva escassa recepció en la legislació urbanística catalana. Tanmateix, cal convenir en què l'alteració de tal acte o negoci ha de venir fonamentada en una prèvia alteració del planejament, raó per la qual també aquest supòsit s'ha de reconduir al genèric d'alteració del planejament que aquí ens ocupa.

A la vista d'aquesta regulació, es pot concloure que la mateixa pretén superar la inaplicabilitat que, en la pràctica, es produïa d'aquest supòsit indemnitzatori, especialment en aquells casos en què no s'havia iniciat pròpiament l'activitat d'urbanització. Amb el nou règim aquest requisit deixa de ser imprescindible per acreditar la corresponent indemnització, tot i que el seu reconeixement apareix supeditat a que es reuneixin totes les condicions necessàries per a l'execució, en la forma establerta pel comentat article 109.3 TRLU.

L'operativitat de l'alteració del planejament com a supòsit indemnitzatori és objecte d'una regulació específica dels criteris valoratius aplicables quan es produeixi aquest supòsit indemnitzatori, la qual cosa pot incidir de forma significativa en la comentada interpretació jurisprudencial d'aquest supòsit indemnitzatori. Així es dedueix de la regulació, continguda en l'article 25 LS, dels supòsits en els què procedeix indemnitzar la privació o alteració de la facultat de participar en l'execució d'actuacions de nova urbanització.

Per a que la referida alteració o privació de la facultat de participar en actuacions de nova urbanització sigui indemnitzable han de concórrer els requisits exigits en l'apartat 1 de l'esmentat article 25, consistents en què els terrenys hagin estat inclosos en la delimitació d'un àmbit d'actuació i es donin els requisits exigits per iniciar l'actuació, així com que s'impedeixi o s'alteri l'exercici d'aquesta facultat i que això succeeixi dins del període temporal previst per a l'execució o amb posterioritat si l'execució no ha estat possible per causes imputables a l'administració. És també necessari que el supòsit valoratiu no derivi d'un incompliment dels deures inherents a l'exercici de la facultat de participar en les referides actuacions de nova urbanització, supòsit aquest propi de les indemnitzacions expropiadores, però no en canvi de les indemnitzacions per alteració de planejament que centren aquí la nostra atenció.

La llei d'urbanisme catalana conté una important precisió per a l'aplicabilitat d'aquest supòsit legal, en establir en el seu article 109.3 que "als efectes de les indemnitzacions que preveu la legislació aplicable en

[1] En aquest sentit, entre moltes altres, les STS de 27.3.1991 (Ar. 2024), 12.2.1996 (Ar. 903) i 9.12.1997 (Ar. 667/1998).

el cas de modificacions o revisions del planejament urbanístic que impedeixin o alterin la facultat de participar en actuacions de transformació urbanística, cal que els terrenys comptin amb planejament derivat definitivament aprovat, quan aquest és necessari, i, en tot cas, amb l'aprovació definitiva dels projectes d'urbanització i de reparcel·lació, quan sigui d'aplicació aquest sistema d'actuació". Així, per a que l'alteració del planejament urbanístic que, al seu torn, comporti una alteració de les condicions de transformació urbanística o bé directament la seva desaparició, doni lloc al dret a percebre una indemnització, resulta condició necessària que l'àmbit afectat disposi de tots els instruments de planejament derivat i gestió degudament aprovats, sense que, però, sigui exigible que s'hagi iniciat la seva execució.

De la lectura conjunta de les previsions contingues en la legislació estatal i la urbanística catalana se'n dedueix així una diferència significativa respecte als criteris jurisprudencials elaborats en el marc de la legislació anterior, ja que el supòsit valoratiu, i per tant indemnitzatori, sorgeix encara que no s'hagi produït cap actuació material de transformació, i sense que, per tant, s'hagin incorporat, ni que sigui parcialment, els continguts artificials als què feia referència la jurisprudència abans comentada.

Pel que fa a la quantificació d'aquesta indemnització, segons l'article 25.2 LS, aquesta serà el resultat d'aplicar el "mismo porcentaje que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para la participación de la comunidad en las plusvalías", això és, el percentatge legalment aplicable al deure de cessió gratuïta d'aprofitament urbanístic, percentatge que haurà d'aplicar-se a la diferència entre el valor del sòl en la seva situació d'origen i el valor que li correspondria si estigués finalitzada l'actuació. S'ha d'observar que el precepte legal es refereix expressament a la diferència de valor del sòl sense que s'efectuï cap referència a una eventual deducció de les despeses d'urbanització que haguessin resultats necessàries per obtenir aquest valor final.

El supòsit indemnitzatori fins aquí analitzat està previst únicament per a les actuacions de "nova urbanització", segons la terminologia emprada per la legislació estatal, la qual és aplicable al sòl en situació rural, això és, normalment el sòl classificat com urbanitzable pel planejament urbanístic, tot i que no es pot descartar també la seva aplicabilitat a determinats àmbits de sòl urbà no consolidat, a la vista de l'equiparació entre situacions i classes de sòl establerta pel Decret llei 1/2007 mitjançant la nova disposició addicional quinzena de la TRLU, que equipara al sòl en situació rural aquells sòls classificats com urbans que no disposin dels serveis urbanístics bàsics definits per l'article 27.1 de la mateixa llei d'urbanisme.

Hom es pot preguntar quines son les raons que han portat al legislador estatal a establir aquesta distinció entre sòl rural i urbanitzat als efectes de l'aplicació d'aquest supòsit valoratiu-indemnitzatori. Molt probablement, la previsió del supòsit referit exclusivament al sòl en situació rural porti causa de la seva vinculació amb els criteris valoratius respecte al sòl en aquesta situació que, com és conegut, són fortament restrictius pel que fa al reconeixement de valors vinculats a les previsions del planejament urbanístic sobre usos i edificabilitats, que sembla que en part vulgui compensar-se per aquesta "participació"

valorativa en el potencial i expectant valor urbanístic del sòl afectat. Junt amb això, el reconeixement de criteris específics de valoració per al sòl urbanitzat, en el què sí que es té en compte l'operativitat de valors urbanístics pròpiament dits, ha portat a l'exclusió del sòl urbanitzat del supòsit indemnitzatori per alteració o supressió de les facultats de participar en una actuació d'urbanització. Confirma aquesta conclusió la previsió d'un règim específic de valoracions per les alteracions de planejament que afectin a sòl urbanitzat o en procés d'urbanització, que s'estudia a continuació.

2.2 La indemnització per alteració del planejament en el sòl urbanitzat o en procés d'urbanització

Pel que fa al sòl urbanitzat o en procés d'urbanització, la possible indemnització de drets i interessos legítims com a conseqüència d'una alteració de planejament es determina d'acord amb el supòsit valoratiu establert al següent article 26 LS. Aquest precepte preveu, en efecte, un règim diferent de valoració quan l'alteració de planejament afecti a la "*iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización y edificación*". Aparentment, i d'acord amb el seu apartat 1, aquest precepte té per objecte valorar la indemnització d'aquelles despeses que hagin esdevingut inútils com a conseqüència de les referides iniciatives de promoció d'actuacions, recollint així un supòsit que tradicionalment ha estat reconegut per la jurisprudència, com a lògica conseqüència de la seva clara vinculació amb els supòsits ordinaris de la responsabilitat objectiva. Així, es consideren despeses indemnitzables, quan esdevinguin inútils per raó del nou planejament, aquelles en què s'hagi incorregut per a l'elaboració dels projectes tècnics necessaris, les de les obres realitzades i les indemnitzacions pagades, imports tots ells que s'han d'incrementar amb la taxa lliure de risc i la prima de risc.

Tanmateix, aquest supòsit valoratiu - indemnitzatori presenta una modalitat alternativa de valoració en aquells casos en què ja s'hagin iniciat les actuacions d'urbanització, supòsit per al què s'estableix un sistema dual de valoració de la indemnització, sent d'aplicació el que resulti superior entre el previst a l'apartat anterior, això és, les despeses efectivament incorregudes incrementades per la prima de risc i la prima lliure de risc, o el previst en aquest segon apartat de l'article 26 LS, consistent en la diferència de valor entre el que correspondria als terrenys si s'hagués finalitzat l'actuació, i el què resulti de l'alteració produïda, aplicant a aquesta diferència de valor un coeficient entre 0 i 1 en funció de quin sigui el grau d'execució de l'actuació que s'hagi assolit quan es produeixi el fet determinant del supòsit indemnitzatori. Això no obstant, aquesta segona modalitat valorativa no és d'aplicació a aquells propietaris de sòl que no estiguin al dia en l'acompliment de les seves obligacions, supòsit en què se'ls indemnitzarà exclusivament per les despeses en què hagin incorregut efectivament, sense que procedeixi en aquest cas l'aplicació de la taxa lliure de risc i la prima de risc, d'acord amb el què estableix l'apartat 4 del mateix article 26 LS.

Es constata, doncs, com la LS estableix dues modalitats de valoració en funció de si s'han iniciat o no les actuacions d'urbanització, de tal forma que, mentre en el segon cas seran d'aplicació els criteris valoratius previstos en l'examinat article 25 LS, en el primer seran d'aplicació els criteris propis del següent article 26 LS que, com s'acaba d'estudiar, contempla dues alternatives de valoració: o bé l'import de les despeses que hagin esdevingut inútils, o bé el valor de l'aprofitament urbanístic disminuït en la proporció que s'hagi produït la seva incorporació al patrimoni dels promotors i/o propietaris en funció del grau d'execució assolit.

Aquesta dualitat de sistemes planteja alguns problemes interpretatius. En primer lloc, una aplicació estricta d'ambdós supòsits pot posar en pitjor condició als promotors o propietaris que hagin iniciat l'actuació, que en funció del grau d'execució poden ser creditors a percebre una indemnització inferior a la què resultaria d'un canvi d'ordenació sense que s'hagi iniciat l'actuació, equivalent com s'ha vist al valor urbanístic del percentatge de sòl equivalent al deure de cessió d'aprofitament aplicable a aquella actuació en qüestió, sense deducció de les despeses d'urbanització necessàries. Certament aquesta conclusió no té excessiu sentit.

Encara majors interrogants planteja l'aplicabilitat del primer supòsit valoratiu – indemnitzatori únicament al sòl en situació rural. Tot i que, com ja s'ha comentat, la regulació del precepte respon més a la lògica valorativa en supòsits d'expropiació que no pas a la indemnitzatòria, la connexió directa entre ambdós supòsits provoca que se susciti un buit legal respecte a aquells casos en què l'alteració del planejament afecti a sòls que en origen no es trobin en situació de sòl rural i respecte als què es produeixi una alteració en les seves condicions d'urbanització o transformació, en tractar-se de sòls que en origen ja es troben en situació urbanitzada. Certament aquest buit legal no es produeix en els supòsits de valoració als efectes d'actuacions expropiatòries, com a conseqüència del règim de valoracions propi del sòl urbanitzat, establert a l'article 24 LS, ja que estableix per a aquest sòl el criteri de valoració en la seva "*situació d'origen*". Tanmateix, dues incògnites resten obertes, a saber: tant el què succeeix quan l'alteració del planejament no apareix vinculada a una actuació expropiadora, com també en aquells supòsits en què la referida alteració del planejament afecta sòls en els què no està prevista una actuació d'urbanització, en especial aquells que ja tinguin la condició de solars.

En la primera hipòtesi, cal entendre que el retorn, total o parcial, als aprofitaments urbanístics establerts en la seva "situació d'origen" exclou el supòsit indemnitzatori per disminució d'aprofitament previst a l'article 26.2 LS, tot i que sens dubte resultaran indemnitzables aquelles despeses que esdevinguin inútils com a conseqüència de l'alteració del planejament.

En el segon supòsit, la seva exclusió dels supòsits indemnitzatoris es pot considera justificada perquè les previsions del planejament no comporten pròpiament obligacions positives d'execució del mateix. Per tant, en aquests supòsits no es pot parlar de la incorporació de cap dret addicional, ni de la generació de despeses que puguin esdevenir inútils, raó per la qual no hi ha una consolidació estatutària de les previsions del planejament fins que l'edificabilitat no es patrimonialitzi mitjançant la seva realització efectiva, prèvia l'obtenció de la corresponent llicència, en congruència amb el què estableix l'article 7.2 de la pròpia LS.

Es constata, així, que la hipòtesi indemnitzatòria en el sòl urbà consolidat queda reduïda a aquells supòsits en què l'alteració de planejament es produeixi un cop obtinguda la corresponent llicència d'obres, supòsit aquest al què es farà referència més endavant. Cal considerar al respecte que, si bé aquesta exclusió implícita del sòl urbà consolidat dels supòsits indemnitzatoris per alteració de planejament pot trobar el seu fonament en la referida inexistència d'obligacions positives d'execució del mateix, no és menys cert que és precisament en el sòl urbà consolidat en el què el tràfic jurídic immobiliari es mou en un context de major confiança legítima en la fiabilitat de les determinacions del planejament.

En aquest context, la previsió continguda a l'article 28 del Reglament de la Llei d'urbanisme (en endavant, RLU) juga un paper important de concreció dels supòsits en què es pugui considerar que una alteració és anticipada, també en sòl urbà consolidat. D'acord amb el referit precepte, en defecte d'una previsió expressa, s'estableix que les alteracions de planejament no tenen el caràcter d'anticipades pel transcurs de 3 anys des de l'aprovació definitiva del planejament derivat, o des que s'hagi establert la corresponent ordenació detallada. També s'ha de tenir en compte que el sòl urbà consolidat i, en especial, els terrenys que tenen la condició de solar, gaudeixen d'un règim específic de protecció o preservació de l'aprofitament urbanístic atribuït pel planejament, quan s'hagi emès el corresponent certificat d'aprofitament urbanístic, sotmès però a una duració de 6 mesos, durant els quals el règim urbanístic d'aquestes finques no es pot veure afectat per les suspensions potestatives de llicències, d'acord amb el què estableix l'article 99.2 TRLU.

2.3 La hipòtesi indemnitzatòria derivada de les situacions de fora d'ordenació.

S'inclou finalment, dins la regulació dels supòsits indemnitzatoris per alteració del planejament, una referència a les situacions de fora d'ordenació produïdes per tal alteració, per a les què s'estableix expressament que no són indemnitzables, indicant tanmateix, el darrer incís de l'article 35.a) LS, que sí poden ser indemnitzables "*la* imposibilidad *de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incursa en dicha situación durante su vida útil*".

La referència a les situacions de fora d'ordenació ja apareixia a la LS98, tot i que regulada en termes diferents, i en la seva regulació actual suscita algunes reflexions. Cal observar, en primer lloc, que la hipòtesi indemnitzatòria apareix referida als eventuals efectes d'aquestes situacions, i no a la situació en si mateixa, el què permet obviar alguns debats sorgits a propòsit de la regulació anterior, especialment el relatiu a la integració entre el concepte de fora d'ordenació emprat pel legislador estatal i la regulació d'aquesta figura establerta a les legislacions urbanístiques autonòmiques, tal i com succeeix amb la legislació catalana, en la què existeixen notables diferències entre la situació de fora d'ordenació pròpiament dita i les situacions de disconformitat, segons es desprèn de l'article 102 TRLU.

Pel què fa a la indemnització que es pugui derivar de la impossibilitat d'usar i gaudir de l'edificació durant la seva vida útil, la referència al concepte d'impossibilitat cal entendre-la referida a aquells supòsits en els què es produeix l'execució de les determinacions del planejament que donen lloc a aquesta situació de fora d'ordenació. Succeeix però que, si aquesta execució es produeix en el marc dels instruments de gestió urbanística, reparcel·lació o expropiació, així com també en virtut d'una expropiació sectorial, el supòsit indemnitzatori no es pot considerar operatiu, ja que aquest quedarà reconduït al sistema ordinari de valoracions propi de l'actuació que es produeixi, la qual haurà de contemplar tant el valor de l'edificació tenint en compte el seu estat de conservació, com l'extinció d'aquells usos que es trobessin legítimament implantats en les construccions existents.

El supòsit indemnitzatori que ens ocupa queda així reduït a aquells casos en què la declaració de fora d'ordenació tingui per efecte el cessament dels usos preexistents, tal i com preveu expressament l'article 119.4 RLU. El cessament de l'ús serà indemnitzable, tot i que en la valoració de la indemnització per la seva extinció caldrà tenir en compte la susceptibilitat d'utilització de la construcció existent per a algun dels usos admesos de forma transitòria en les situacions de fora d'ordenació per l'article 53.3 i 5 TRLU.

En realitat, aquest supòsit indemnitzatori s'inscriu clarament dins dels supòsits de revocació de llicències per motius d'oportunitat, previst expressament en l'article 88 del Reglament d'Obres, Serveis i Activitats Locals aprovat pel Decret 179/1995, de 13 de juny, figura aquesta molt arrelada en l'àmbit de la intervenció administrativa dels ens locals i en la què s'inscriu també el supòsit indemnitzatori que s'examina a continuació.

2.4 La revocació de llicències derivada de les alteracions del planejament.

El referit supòsit de revocació de llicències per motius d'oportunitat apareix implícitament contemplat per l'apartat c) de l'article 35 LS, d'acord amb el qual es recull també com a supòsit indemnitzatori la "*modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística*".

La vigent LS no especifica quins han de ser els conceptes indemnitzatoris a valorar en aquest supòsit, a diferència del què succeïa en l'article 42 de la LS98, d'acord amb el qual la revocació d'una llicència

provocada per l'alteració del planejament donava lloc al sorgiment d'un dret d'indemnització tant per la pèrdua d'aprofitament urbanístic generada pel nou pla com també pels perjudicis que justificadament s'acreditessin de conformitat amb la legislació general d'expropiació forçosa. Aquest precepte establia, així mateix, una distinció no tant sols de règim de valoració de les indemnitzacions, sinó fins i tot de l'abast de la potestat revocatòria local, segons si l'alteració de planejament que dóna lloc a tal revocació es produeix abans d'iniciar les obres o bé un cop ja iniciades[2].

La vigent LS es limita, en canvi, a contemplar genèricament el supòsit, sense cap mes especificació respecte a si procedeix o no en tot cas la revocació, així com tampoc en relació amb quins són els conceptes a tenir en compte als efectes de fixar la indemnització corresponent. Malgrat aquest silenci, sembla clar que el criteri de valoració aplicable és el previst a l'article 26 LS, el qual contempla en el seu títol el supòsit d'indemnització de la iniciativa i la promoció d'actuacions d'urbanització i també d'edificació. Així, l'apartat primer d'aquest article 26 és clarament aplicable al supòsit de referència, en tant que, en regular el dret a rescabalar-se de les despeses que hagin esdevingut inútils es refereix expressament a totes aquelles necessàries per dur a terme l'execució de les obres d'edificació.

Més dubtes planteja el silenci del precepte respecte a l'eventual indemnització de la pèrdua d'aprofitament urbanístic, això és, l'eufemísticament denominada diferència de valor del sòl en la seva situació d'origen i el que li correspondria d'haver finalitzar l'actuació. Succeeix, en efecte, que aquest supòsit valoratiu, al que ja ens hem referit, apareix regulat en relació amb l'afectació que l'alteració de planejament pugui produir en les actuacions d'urbanització, però no en les d'edificació o implantació d'usos. Malgrat aquesta absència d'una referència expressa, sembla clar que difícilment es pot considerar en pitjor condició el propietari de sòl que reuneix la condició de solar i ha obtingut el corresponent títol habilitant per dur a terme la construcció, que no el que està duent a terme una actuació d'urbanització. Així, si quan aquesta actuació d'urbanització hagués finalitzat, la indemnització resultant correspondrà al 100 per 100 de la diferència de valor originada per l'alteració del planejament, aquest mateix criteri ha de ser necessàriament d'aplicació quan el sòl afectat ja reuneix tots els elements d'urbanització que permeten la seva edificació i disposa a més del corresponent títol habilitant per dur-la a terme. En altres paraules, l'afectació de les condicions d'edificació o ús d'un solar per al què s'hagués obtingut ja la corresponent llicència, serà equivalent a la disminució d'aprofitament produïda per l'alteració de planejament. L'obtenció de la llicència opera, doncs, com a límit indemnitzatori a la lliure disponibilitat de la què, com s'ha vist anteriorment, gaudeix el planificador per alterar el règim urbanístic del sòl urbà consolidat.

Cal assenyalar finalment que, de produir-se aquest supòsit indemnitzatori, no seran en canvi exigibles les despeses que hagin esdevingut inútils, atès que el referit article 26 LS estableix aquest concepte com alternatiu al relacionat amb la valoració de la disminució d'aprofitament, sent d'aplicació el què resulti superior.

3.- Responsabilitat patrimonial per imposició de vinculacions singulars

Malgrat el caràcter radicalment innovador que té en molts aspectes la nova legislació estatal, aquesta conté en canvi una regulació del supòsit indemnitzatori per imposició de vinculacions singulars que, al meu parer, es pot considerar fins i tot contradictòria amb el conjunt del sistema institucional del dret de propietat que pretén configurar aquest text legal.

La nova legislació estatal és, en efecte, clarament continuadora de les regulacions anteriors relatives a aquest supòsit indemnitzatori, tot definint com a vinculacions i limitacions singulars generadores d'indemnització aquelles "*que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa*" (article 35.c) LS).

[2] Mentre que en el primer cas, referent a llicències a les que encara no s'hagués iniciat l'edificació, s'establia de forma peremptòria l'extinció de la llicència concedida, en el supòsit d'obres iniciades tal extinció no era preceptiva, limitant-se l'article 42.2 de la LS98 a habilitar l'administració competent perquè pogués acordar la modificació o revocació de la llicència, que no era preceptiva en tals casos, en congruència amb els majors costos indemnitzatoris que la revocació o modificació podria comportar

Pel que fa a la referència a les vinculacions derivades de la imposició de deures que excedeixin dels legalment establerts respecte de construccions i edificacions, l'abast dels deures legalment establerts s'identifica clarament amb la delimitació de l'abast del deure de conservació de tals edificacions delimitat en l'article 9 del mateix text legal, d'acord amb el qual el deure legal de conservació de les edificacions i construccions no inclou el deure d'introduir en els mateixos millores d'interès general derivades de raons turístiques o culturals i ordenades per l'administració, que en aquest cas haurà d'assumir el seu cost. Malgrat la críptica regulació, és clar que es refereix a aquelles construccions protegides respecte a les quals l'execució de determinades actuacions pot excedir el deure ordinari de conservar els edificis en les adequades condicions ornamentals i de seguretat.

Més complexitat presenta en canvi la identificació que l'article 35.b) LS efectua, dins de la categoria de les vinculacions o limitacions singulars, d'aquelles determinacions urbanístiques que comportin una "*restricció"* de l'edificabilitat o l'ús que no sigui susceptible de distribució equitativa.

Així, d'acord amb la tradicional configuració estatutària del dret de propietat, especialment consolidada a partir de la Llei del sòl de 1976, no té fonament pretendre l'existència d'un dret a l'adquisició d'un determinat aprofitament urbanístic, fins i tot a la ciutat consolidada. La plena disponibilitat de l'aprofitament urbanístic en el sòl urbà consolidat, permet així una àmplia llibertat configuradora als planificadors, que poden establir gran diversitat de zones sense que les inevitables diferències d'aprofitament i ús derivades d'aquesta zonificació es puguin considerar, amb caràcter general i sens perjudici de determinades circumstàncies específiques, com a limitadores o restrictives del règim jurídic ordinari de la propietat immoble i no han de generar, per tant, el sorgiment del dret a percebre indemnització.

En congruència amb aquesta conceptualització, quan el planejament ordena la ciutat consolidada ha de recollir necessàriament la seva realitat prèvia, i amb ella les diferents situacions ja existents, el què pot obligar a establir qualificacions diferenciades de sòl en terrenys fins i tot contigus. En tant que aquestes qualificacions "singulars" responguin a situacions preexistents també singulars, sembla més que dubtós que es puguin encaixar dins del supòsit indemnitzatori per imposició de vinculacions singulars generadores de responsabilitat patrimonial, quan les limitacions derivades de tals qualificacions no siguin susceptibles de distribució equitativa. Si es coincideix en què la concepció estatutària del dret de propietat no comporta el dret a cap contingut mínim en termes d'aprofitament urbanístic, resulta evident que les qualificacions urbanístiques que es limiten a confirmar les situacions preexistents difícilment es poden incloure dins la categoria de vinculacions singulars, fins i tot en aquells supòsits en que se situïn en àmbits objecte d'un tractament urbanístic diferenciat al què comporti el manteniment de la situació preexistent.

S'ha d'assenyalar però, l'existència d'un criteri jurisprudencial força consolidat d'acord amb el qual es declara l'existència d'una vinculació singular generadora d'indemnització motivada per l'establiment de qualificacions que es limiten a reconèixer i confirmar l'ús existent. La formulació de tal criteri s'inicià en supòsits com l'establiment de la qualificació d'equipament comunitari susceptible de titularitat privada per a un edifici ja existent i efectivament dedicat a usos teatrals (STS de 29 d'octubre de 1989,) o l'afectació a ús escolar d'uns terrenys amb aquest destí propietat del *Pío Instituto de Hijas de María de las Religiosas Escolapias y Congregación Religiosa de Jesús y María* (STS de 24 d'abril de 1989). En aquesta línia es pronuncia també la jurisprudència en relació amb els edificis catalogats, una mostra recent de la qual es la STS de 23 de desembre de 2008, en la què es reconeix el dret a percebre una important indemnització al propietari d'uns terrenys en els quals el planejament urbanístic confirmà la catalogació, ja establerta pel planejament anterior, d'un edifici existent i la destinació del terreny contigu a l'ús també preexistent de benzinera. Davant d'aquestes determinacions, el Tribunal Suprem considera que es produeix una vinculació singular degut a què, en l'àmbit en que es troben les referides finques, els terrenys de propietat privada són susceptibles de ser edificats en 7 plantes, mentre que l'edifici catalogat s'ha de limitar a la seva alçada de 5 plantes i no resulta possible dur a terme la referida edificació en el terreny destinat a benzinera. Amb aquests antecedents, el Tribunal condemna a l'administració a indemnitzar al seu propietari en una suma propera als 7 milions d'euros, simplement pel fet de no establir per a aquests terrenys les mateixes condicions d'edificabilitat que en els terrenys contigus, en els què, per descomptat, no concorrien les mateixes condicions, ja que en ells ni s'hi trobava ni un edifici catalogat, ni un ús preexistent de benzinera.

Aquesta línia jurisprudencial, que suposa el reconeixement d'un aprofitament urbanístic no especificat, però en tot cas diferent al corresponent a l'ús efectiu i actual dels terrenys ja construïts, ha de ser al meu parer seriosament qüestionada, en quant significa la consagració d'un contingut urbanístic de la propietat immobiliària gens relacionat amb actuacions positives dels seus titulars o amb la necessària contraprestació de càrregues urbanístiques. A més, impedeix qualsevol tasca planificadora mínimament racional del sòl consolidat, a no ser que aquesta es produeixi a un alt cost econòmic, la qual cosa es contradiu amb els principis constitucionals que han de regir l'ordenació del sòl (articles 45, 46 i 47 CE).

Així mateix, el comentat criteri jurisprudencial és clarament incompatible amb la configuració del règim urbanístic de la propietat del sòl establert en el ja comentat article 7 LS, d'acord amb el qual la patrimonialització de l'edificabilitat es produeix únicament amb la seva realització efectiva. Sembla evident la contradicció existent entre aquesta previsió legal i les conclusions que es dedueixen de la jurisprudència comentada, ja que, segons el criteri sostingut per aquesta, l'edificabilitat, en el quantum atribuït a altres terrenys propers però amb circumstàncies diferents, forma part del dret de propietat i la seva manca d'atribució per part del planejament ha de ser indemnitzada. En aquest context, resulta certament sorprenent, com ja s'ha indicat al començament d'aquest epígraf, el continuisme que en la regulació d'aquest supòsit indemnitzatori presenta la nova legislació estatal de sòl, que segueix utilitzant la referència a aquelles determinacions que comportin una "*restricció de l'edificabilitat o l'ús que no sigui susceptible de distribució equitativa"*. La sola referència a la possible existència d'una *restricció* ja és en si mateixa contradictòria amb la configuració estatutària del dret de propietat tant contundentment declarada en l'article 7 del mateix text legal.

Cal assenyalar, en relació amb aquesta qüestió, que la legislació urbanística catalana ha introduït una precisió respecte al supòsit indemnitzatori per vinculacions singulars que pot contribuir a minvar, al menys parcialment, els inquietants efectes que la jurisprudència indicada està tenint respecte a l'exercici de la potestat de planejament, especialment en el sòl urbà consolidat. Ens referim a la previsió continguda a l'article 109. 6 TRLU, d'acord amb el qual "*el reconeixement per un instrument de planejament urbanístic d'usosedificabilitats preexistents no té en cap cas la consideració de limitació o vinculació singular"*. Sembla que no hi ha dubte que aquesta precisió del concepte de vinculacions singulars, tot excloent el mer reconeixement de situacions preexistents, resulta força més congruent amb la comentada concepció estatutària del dret de propietat.

En un altre ordre de coses, cal assenyalar també els efectes pertorbadors que la jurisprudència més recent pot tenir pel que fa a la determinació del dies a quo per a l'exercici de l'acció de responsabilitat derivada de la imposició de les referides vinculacions singulars. Tal i com ja s'ha indicat, el planejament l'aprovació del qual es va examinar en la STS de 23 de desembre de 2008, consistent en la revisió del PGOU de Las Palmas de Gran Canaria, es limità a confirmar el règim de protecció d'un edifici ja prevista en l'anterior planejament general, aprovat l'any 1989. Tot i que no es diu expressament, sembla que el Tribunal s'aculli a la teoria del dany continuat, de tal forma que la simple confirmació d'una suposada vinculació singular mitjançant un nou acte de planejament permet reobrir l'acció de responsabilitat no exercida en el moment d'aprovació del planejament que originàriament establí l'afectació. Tal constatació resulta sens dubte dissuasòria a l'hora d'afrontar determinats processos de revisió del planejament vigent.

4.- Responsabilitat per anul·lació de llicències, demora en l'atorgament o denegació improcedent.

Tot reproduint, també en aquest aspecte, les determinacions de les legislacions urbanístiques precedents, i en especial la regulació de la Llei 6/1998, la *Ley de suelo* contempla els supòsits indemnitzatoris en matèria de llicències urbanístiques, denominades títols habilitants d'obres i activitats, en relació amb els quals es preveuen tres possibles supòsits indemnitzatoris, derivats bé de la seva anul·lació, bé de la demora injustificada en el seu atorgament, bé de la seva denegació improcedent, quedant exclosa en tot cas l'existència de dret a indemnització en aquells supòsits d'engany, culpa o negligència greus imputables al perjudicat.

La previsió establerta en aquest sentit a l'article 35.d) LS no es veu completada per cap previsió específica sobre els criteris valoratius per determinar l'abast de la indemnització en aquests supòsits. En conseqüència, la determinació del dret dels perjudicats a rescabalar-se dels danys i perjudicis causats s'haurà de determinar conforme a les normes que regulen amb caràcter general el règim de responsabilitat patrimonial de l'administració.

Així, pel que fa als supòsits d'anul·lació de llicència il·legal que puguin produirse degut a l'actuació administrativa o judicial en protecció de la legalitat urbanística, cal fer constar que en cap cas tals anul·lacions no poden identificar-se amb la revocació per motius d'oportunitat que es pot produir en els supòsits d'alteració de planejament. Es tracta aquí d'un supòsit clarament diferenciat, que es fonamenta en els vicis legals que en origen pugui presentar la llicència atorgada, i en el qual l'eventual existència de responsabilitat patrimonial es regirà pels principis generals d'aquesta institució, que inclourà tots els danys efectivament causats per l'anul·lació de la llicència il·legal, sempre que no s'acrediti l'existència d'engany,

culpa o negligència del sol·licitant en la generació de la infracció jurídica posteriorment causant de l'anul·lació. Qüestió totalment diferent és la disminució d'aprofitament urbanístic que es pugui produir per una alteració de planejament de forma paral·lela a l'anul·lació de llicència. Res té a veure aquesta modificació amb el procediment d'anul·lació i per a la determinació del possible sorgiment de drets indemnitzatoris per aquest concepte caldrà estar a la regulació general sobre tal qüestió, abans estudiada.

Quant als supòsits de responsabilitat derivats d'una demora injustificada en l'atorgament de la llicència sol·licitada, s'ha d'assenyalar, en primer lloc, la dificultat que presenta la identificació del concepte de demora injustificada en un règim com el de la concessió de llicències urbanístiques, en el què tradicionalment ha estat d'aplicació la figura del silenci positiu. Aquest règim actualment es troba regulat a l'article 43.2 LRJPAC, que atribueix efectes estimatoris a aquelles sol·licituds l'acceptació de les quals habilita al sol·licitant per a l'exercici de drets preexistents, supòsit en el què s'inclouen les llicències urbanístiques d'acord amb la tradicional concepció declarativa de les mateixes, tal i com confirma la regulació establerta a Catalunya en l'article 82 del Reglament d'obres, activitats i serveis (en endavant ROAS).

D'acord amb aquest règim, resulta certament difícil precisar els supòsits de demora injustificada en el seu atorgament, ja que tal demora és fàcilment evitable mitjançant una actuació positiva per part del particular afectat.

Cal referir-se, finalment, als supòsits de denegació improcedent de llicència d'obres. La qüestió en aquests supòsits no és excessivament complexa en els casos en què, una vegada declarada la denegació improcedent mitjançant la corresponent sentència judicial, no s'hagi produït alteració del planejament, ja que en tals casos la resolució judicial vindrà acompanyada de l'obligació de l'administració demandada de concedir la corresponent llicència[3], sens perjudici dels altres conceptes que puguin ser indemnitzables conforme als principis generals del sistema de responsabilitat administrativa, entre ells els danys i perjudicis derivats de la significativa demora que s'haurà produït en l'obtenció de la llicència.

Més complexa és, en canvi, la qüestió en aquells supòsits en què, en el moment de produir-se la resolució judicial que declari la improcedència de la denegació i es reobri per tant la possibilitat d'obtenir la corresponent llicència per part del particular recurrent, s'hagi produït una alteració del planejament que impedeixi la seva obtenció. Es planteja en tal cas una contradicció entre el principi constitucional de tutela judicial efectiva, que té la seva concreció en l'article 18.2 de la Llei Orgànica del Poder Judicial quan indica que les sentències s'executaran en els seus propis termes, i el principi de lliure

modificació del planejament i conseqüent revocabilitat de les llicències d'obres que es dedueix del supòsit abans examinat d'indemnització per alteració del planejament quan ja s'hagués atorgat la corresponent llicència d'obres conforme a la regulació urbanística vigent.

L'aplicabilitat d'aquesta previsió legal també a aquells supòsits de denegació improcedent de llicència dóna lloc a què ens trobem davant un supòsit d'impossibilitat legal d'execució de la sentència, en els termes previstos a l'article 105 de la Llei 29/1998 reguladora de la Jurisdicció contenciós administrativa. Sembla clar que, en aquests casos, la indemnització derivada de la impossibilitat de compliment de la sentència haurà d'incorporar necessàriament el valor corresponent a la pèrdua d'aprofitament urbanístic derivada de la impossibilitat d'obtenir novament tal llicència a causa de la indicada alteració del planejament, en aplicació de la regulació d'aquest concepte indemnitzatori abans estudiada.

5. La indemnització per l'ocupació directa

El Text refós 2/2008 ha introduït, en el seu article 35.e), una nova modalitat indemnitzatòria, no continguda en la Llei 8/2007, provinent per tant de la legislació de 1992, i que fa referència als danys i perjudicis indemnitzables com a conseqüència de la privació anticipada de la possessió del sòl pròpia dels procediments d'ocupació directa. La regulació d'aquest supòsit indemnitzatori s'efectua mitjançant la remissió instrumental a l'article 112 de la Llei d'Expropiació Forçosa per a la fixació de la corresponent

[3] Així ho declaren, entre altres, la STS de 3 de desembre de 1993 (Ar. 9538) o la STS de 28 de novembre de 1995 (Ar. 8556).

indemnització, sense que s'efectuï però cap referència als conceptes indemnitzables per tal ocupació temporal, tot i que lògicament s'han de considerar d'aplicació els previstos en la pròpia legislació d'expropiació forçosa, en els seus articles 115 i següents, per a les ocupacions temporals.

De fet, una regulació similar es conté en la Llei d'urbanisme, que en el seu article 150.3 i 5 reconeix també el dret dels propietaris afectats a ser rescabalats dels perjudicis causats per l'ocupació anticipada dels terrenys de llur propietat, rescabalament que, a la vista de la previsió de la LS, caldrà determinar d'acord amb el procediment i criteris valoratius propis de l'ocupació temporal, sens perjudici de l'aplicabilitat de les previsions procedimentals previstes per a l'ocupació directa en l'article 215 RLU.

Tant la legislació urbanística catalana (article 150.3), com el propi text refós estatal (incís final de l'article 35.e), preveuen el dret que assisteix als interessats a iniciar un expedient d'apreuament i expropiació forçosa de llurs finques quan hagin transcorregut 4 anys des de l'ocupació directa sense que hagin pogut materialitzar el seu aprofitament urbanístic mitjançant l'aprovació del corresponent instrument reparcel·latori. Cal plantejar-se, en aquesta hipòtesi, quins són els criteris valoratius aplicables a aquesta petició d'expropiació, ja que tant en sòl urbanitzat com, sobretot, en sòl en situació rural, els criteris valoratius de la legislació estatal poden quedar molt allunyats de l'aprofitament urbanístic reconegut en seu del procediment d'ocupació directa i que se suposa és el valor de referència a tenir en compte per a la fixació del preu just, en tant que aquest pretén compensar l'absència del corresponent instrument de reparcel·lació.

6.- La determinació de l'administració responsable

Després de la caracterització, fins aquí efectuada, dels supòsits de responsabilitat patrimonial més significatius en l'àmbit urbanístic, em referiré finalment als criteris per a la determinació de l'administració responsable que ha d'afrontar la indemnització sorgida en aplicació del sistema legal examinat. La determinació de l'administració responsable no és especialment complexa en aquells supòsits en què s'actua en una única instància administrativa, fet que en l'àmbit urbanístic succeeix normalment en matèria de llicència d'obres, en què serà ordinàriament l'administració local la que haurà de fer front a les possibles responsabilitats derivades dels seus acords d'anul·lació o denegació improcedent, així com els de demora injustificada.

La qüestió no és, en canvi, tan senzilla, quan els processos de presa de decisió urbanística es produeixen en el marc de competències concurrents propi de l'urbanisme. Així succeeix, amb caràcter general, en els supòsits d'alteració del planejament en el que concorren les decisions locals d'aprovació inicial i provisional i la decisió autonòmica d'aprovació definitiva, havent-se de tenir en compte, així mateix, aquelles ocasions en què l'alteració del planejament tingui el seu origen en l'aplicació d'altres normes sectorials, tals com les d'ordenació del territori, les de naturalesa mediambiental, les derivades de l'aplicació d'alguna legislació sectorial o les provinents de la promulgació de lleis singulars.

Es pot considerar inicialment que, en els supòsits ordinaris d'alteració de planejament i tramitació compartida entre administració local i autonòmica es produeix una concurrència causal entre les dues administracions i, per tant, ambdues han d'assumir la indemnització generada per l'adopció de noves determinacions urbanístiques. Aquest criteri de concurrència causal apareix també recollit en l'article 140.1 de la Llei 30/92 de Règim Jurídic de les Administracions Públiques, que estableix la responsabilitat solidària de les administracions que intervinguin mitjançant *fórmules conjuntes* d'actuació quan d'elles se'n derivi una responsabilitat patrimonial.

Tanmateix, el següent apartat segon del mateix article 140 determina que la imputació de la responsabilitat, en altres supòsits de concurrència de diverses administracions en la producció del dany, s'ha de fixar atenent a criteris de competència, interès públic tutelat i intensitat de la intervenció, establint com a criteri subsidiari el de la responsabilitat solidària quan no sigui possible la seva determinació sobre la base dels criteris referits.

Al meu parer, aquests són els criteris d'aplicació als supòsits indemnitzatoris per raons urbanístiques, i en la determinació de la seva operativitat ha de jugar un paper determinant quina és l'administració responsable de les determinacions urbanístiques generadores d'indemnització.

Així, s'haurà de considerar com a administració responsable a la Corporació Local que formuli el pla i acordi la seva aprovació inicial i provisional en aquells casos en què les determinacions proposades siguin aprovades sense modificació per part de l'administració competent per a l'aprovació definitiva, essent, en

canvi, l'Administració Autonòmica la responsable dels supòsits indemnitzatoris quan aquests sorgeixin precisament a conseqüència de les determinacions *ex novo* introduïdes en el tràmit d'aprovació definitiva.

Tal solució sembla la més coherent, especialment per fomentar l'exercici responsable de les competències de les diverses instàncies implicades. Així, si les propostes d'alteració del planejament provenen de la Corporació Local que promou la modificació o revisió, aquesta administració ha de ser plenament conscient del cost econòmic que les seves propostes poden generar, i el mateix succeeix en aquells casos en què, en l'àmbit del control d'oportunitat d'abast supralocal propi de l'aprovació definitiva, es decideixi introduir noves prescripcions per part dels òrgans urbanístics autonòmics. No obstant, el referit criteri d'imputació haurà de ser convenientment modulat, en aplicació dels criteris de competència, interès públic tutelat i intensitat de la intervenció, quan les determinacions generadores de responsabilitat provinguin de la prevalença de normes de caràcter sectorial, havent de ser la instància administrativa de la què provinguin aquestes normes la què hagi d'afrontar els efectes indemnitzatoris generats per la seva integració en el planejament urbanístic.

Un criteri similar és el contingut en la sentència de 23 de desembre de 2008, anteriorment comentada, per la qual es declara el dret a percebre una indemnització per imposició de vinculacions singulars derivades de les "limitacions" consistents en la confirmació de la catalogació d'un edifici i la previsió de l'ús de benzinera per al terreny contigu. El Tribunal Suprem considera, en aquest cas, que la indemnització derivada de la catalogació ha de ser assumida solidàriament per ambdues administracions, local i autonòmica, atès el seu caràcter reglat, mentre que la indemnització per la restricció d'aprofitament urbanístic derivada de la qualificació amb l'ús de benzinera haurà de ser assumida per l'Ajuntament, atès el seu caràcter discrecional.

JUR

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 23 diciembre 2008

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso de Casación núm. 5777/2004.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate.

—

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de diciembre de dos mil ocho.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituída por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 5777 de 2004, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Matilde Marín Pérez, en nombre y representación de DonEvaristo, contra la sentencia pronunciada, con fecha 12 de diciembre de 2003 (PROV 2004\59524), por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso contencioso-administrativo número 1437 de 2001, sostenido por la representación procesal de DonEvaristocontra las Ordenes de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias, de fecha 26 de diciembre de 2000, por la que se aprobó definitivamente la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Las Palmas de Gran Canaria, y de fecha 29 de enero de 2001, en la que se completa la publicación, se corrigen errores y se aclara en algunos aspectos la anterior Orden, y contra la desestimación presunta del recurso de reposición deducido frente a la anterior.

En este recurso de casación han comparecido, en calidad de recurridos, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, representado por el Procurador Don José Luís Pinto Marabatto, y la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada por la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, dictó, con fecha 12 de diciembre de 2003 (PROV 2004\59524), sentencia en el recurso contencioso- administrativo número 1437 de 2001, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLAMOS: PRIMERO Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D.Evaristocontra los actos administrativos a que se refiere el antecedente de hecho primero de la presente sentencia. SEGUNDO.- No procede hacer expreso pronunciamiento sobre las costas».

SEGUNDO Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico cuarto: «El recurso por tanto se contrae a las siguientes cuestiones : la catalogación del Edificio de la Casa Ford, propiedad de la parte actora y la calificación parcial de la parcela como Estación de Servicio, estimándose que no están justificadas y, por otra parte, que las determinaciones que recaen sobre su propiedad constituyen una limitación singular que tendría que ser indemnizada por la Administración. En cuanto a la disconformidad sobre la catalogación del edificio, hay que poner de manifiesto que la catalogación tiene lugar con el Plan General de Ordenación Urbana de 1989 y que la autoría del edificio corresponde a D.Hugo, reflejándose en la ficha "Valor Arquitectónico. Quizá el mejor ejemplo de racionalismo tardío" y reconociéndose como usos el Comercial y de Oficinas". En el presente supuesto el Plan impugnado se limita a acoger la catalogación del Plan anterior y ratifica así el alto valor del inmueble(" un edificio de cinco alturas con un valor arquitectónico doble: por un lado, por su volumetría pura y casi monumental con un tratamiento simétrico desdicho por la torre cuadrangular anuncio, que acompaña una serie de huecos alargados con balcón en el frente o en las franjas laterales partidas por los elementos estructurales y adaptadas a la curva de las esquinas; y por otro, por asumir un lenguaje racionalista tardío que ya anuncia trabajos internacionalistas posteriores del arquitecto". En palabras del perito procesal" la Casa Ford presenta todas las características arquitectónicas y constructivas propias de la arquitectura racionalista, así como aquellos elementos compositivos propios del autor, configurándose por el año en que se construyó como uno de los pocos ejemplos de esta arquitectura en este periodo, formando parte de la trayectoria del arquitecto D.Hugo, cuya obra está situada entre las mejores de la Arquitectura racionalista Española, considerando este perito su catalogación y protección..." El inmueble visitado por el referido perito está en uso, tiene un grado de protección C, en el que se permiten intervenciones (rehabilitación alta). Así resulta de la comparecencia del referido técnico para hacer aclaraciones a las partes. La prueba pericial pone de manifiesto, pues, la necesidad de conservación del edificio para futuras generaciones al tratarse de una de las obra mas emblemáticas del Arquitecto D.Hugo, uno de los máximos exponentes de la arquitectura racionalista y que la decisión está técnicamente justificada. Si el recurrente pretendió probar que la referida decisión era arbitraria no lo ha hecho y esto era lo que debía haber acreditado para que prosperase su pretensión. En cuanto a la estación de servicio se manifiesta que no se justifica la asignación del uso de Estación de Servicio, sin que la parte actora haya realizado actividad probatoria alguna respecto a la falta de justificación. Que no se debe perpetuar una actividad que obedeció a una situación transitoria es una manifestación subjetiva. Lo cierto es que, con independencia de los eventuales servicios que pudiera prestar al concesionario de automóviles, la gasolinera está abierta al público, por lo que la calificación no solo resulta coherente sino que además recoge la realidad fáctica. Se

recoge, en definitiva, la realidad de un uso. Y "eliminar gasolineras adosadas a hoteles turísticos Hotel los Bardinos" es una mención del Representante de la Dirección General de Infraestructuras Turísticas, que se recoge en la Ponencia Técnica de fecha 20 de noviembre de 2001 con relación a dicho Hotel, pero dicha intención o propuesta no se encuentra recogida en las Normas Urbanísticas del Plan».

TERCERO También se declara por la Sala de instancia en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida que: «Lo que para la parte actora resulta determinante, una vez se deja sentado lo anterior, es que se ha producido una pérdida del aprovechamiento como consecuencia de la catalogación tanto en lo que respecta al edificio como en lo que se refiere a la parcela, por ello estima que debe ser indemnizado y que como el monto de la indemnización sería muy alto, debía haberse hecho una previsión en el estudio económico financiero. Los argumentos de la actora giran en torno a la existencia de la restricción en el aprovechamiento urbanístico, a su vinculación singular, sin embargo tal restricción no se ha acreditado y por el contrario lo que resulta de lo actuado es que se mantiene en relación al Plan anterior, hay una continuidad tanto en régimen de intervención como de usos, salvo a en la innovación del uso de Estación de Servicio que es una calificación que recoge la realidad de un uso previo a la redacción del Plan. No obstante, en el suplico lo que se solicita es que se anulen las resoluciones impugnadas y que se reconozca el uso residencial sin restricción alguna dimanante de la catalogación o del uso de gasolinera. Por lo tanto hay que reconducir el objeto del recurso a lo realmente pedido, que no es una indemnización- tampoco solicitada en vía administrativa- ni la anulación del Plan por no contener previsión económica en el estudio económico financiero por la pérdida de edificabilidad. Si, como se ha dicho, lo que se pretende no es otra cosa que la declaración de que se declare el uso residencial sin restricciones dimanantes de su inclusión en el catálogo o asignación del uso restrictivo de estación de servicio, es manifiesto que al no haberse acreditado la invocada falta de justificación el recurso debe desestimarse».

CUARTO Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal del demandante presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a estaSala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia de 11 de mayo de 2004, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

QUINTO Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurridos, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, representado por el Procurador Don José Luís Pinto Marabotto, y la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada por la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, y, como recurrente, DonEvaristo, representado por la Procuradora Doña Matilde Marín Pérez, al mismo tiempo que ésta presentó escrito de interposición de recurso de casación, basándose en dos motivos, el primero al amparo delapartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción (RCL 1998\1741) y el segundoal del apartado d) del mismo precepto; el primero porque la sentencia recurrida afirma que no se ha realizado actividad probatoria alguna respecto a la invocada falta de justificación de la asignación del uso de gasolinera y pérdida de aprovechamiento, a pesar de que constan dos informes periciales relativos a la catalogación del edificio, a la pérdida del aprovechamiento urbanístico y la improcedencia del uso de la parcela como Estación de Servicio de carburante, de manera que la Sala sentenciadora ha incurrido en un defecto de motivación, al no recoger las conclusiones de la prueba pericial y, además, al valorar dicha prueba ha procedido de forma ilógica e irracional, lo que resulta revisable en casación, según ha declarado la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se citan; y el segundo por haberse inaplicado lo dispuesto en elartículo 43 de la Ley de Sueloy Valoraciones (RCL 1998\959), así como la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se citan, por cuanto la Sala sentenciadora no se pronuncia acerca del derecho a ser indemnizado el recurrente como consecuencia de la restricción del aprovechamiento urbanístico generada por la catalogación del inmueble litigioso y su afectación al uso como estación de servicio por entender que debería haberse reclamado en vía administrativa previa, a pesar de que aquellas determinaciones constituyen limitaciones singulares y la petición de indemnización no es sino el ejercicio del derecho al reconocimiento de una situación jurídica individualizada que conforma la pretensión principal de ilegalidad del acto impugnado en evitación de una nueva reclamación a la Administración, y, además, vulnera la sentencia recurrida los principios urbanísticos de racionalidad, proporcionalidad y realidad urbanística, que deben regir las determinaciones del planeamiento, cuando acepta que una parcela ubicada en un área residencial sea destinada por el planeamiento a una actividad peligrosa, cual es la de gasolinera, terminado con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se declare la procedencia de la demanda articulada en los términos interesados en la súplica de la misma.

SEXTO Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se dio traslado por copia a las representaciones procesales de las Administraciones comparecidas como recurridas para que, en el plazo de treinta días, formalizasen por escrito su oposición al expresado recurso de casación, lo que efectuó el representante procesal del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria con fecha 12 de junio de 2006, aduciendo que la sentencia recurrida está debidamente motivada y, después de analizar la prueba pericial practicada, llega a la conclusión de que la decisión del planificador está justificada sin que se haya demostrado que sea arbitraria, no permitiéndose en casación sustituir el criterio razonable del juzgador por el del recurrente al valorar la prueba pericial, y, respecto del segundo motivo de casación alegado, tampoco puede prosperar, pues tanto la catalogación del inmueble como el destino de la parcela colindante a uso de gasolinera venían ya establecidas con anterioridad a la revisión del planeamiento impugnada, sin que ni en la vía previa ni en la demanda se haya pedido indemnización alguna, mientras que razones de economía procesal no pueden justificar un pronunciamiento indemnizatorio al no haberse solicitado, terminando con la súplica de que se desestime el recurso de casación interpuesto y se confirme la sentencia recurrida con imposición de costas al recurrente.

SEPTIMO Formalizada la oposición al recurso de casación por el representante procesal del Ayuntamiento comparecido como recurrido sin que lo hiciese la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma , por lo que se declaró caducado dicho trámite para ésta, quedaron las actuaciones pendientes de

señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fín se fijó para votación y fallo el día 9 de diciembre de 2008, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se alega por la representación procesal del recurrente, como primer motivo de casación, esgrimido al amparo delapartado c) del artículo 88.1 de la Leyde esta Jurisdicción (RCL 1998\1741), la falta de motivación de la sentencia por carecer de valoración de la prueba pericial practicada, de la que se deduce que la catalogación del edificio implica una discriminación del aprovechamiento urbanístico respecto al del entorno y que el uso de la parcela colindante al suministro de carburantes es inadecuado por estar enclavada en una zona residencial de gran densidad de población, generándose para esta parcela también una gravísima pérdida de aprovechamiento.

Este motivo no puede prosperar porque la sentencia expresa claramente los argumentos por los que, en armonía con las conclusiones del perito procesal, el edificio merece la catalogación mantenida por el planeamiento revisado, que ya venía recogida en el anterior, así como las razones por las que no resulta arbitrario el destino de la parcela a suministro de carburantes, lo que constituye también una realidad muy anterior a la última revisión del planeamiento y no infrecuente en otras zonas residenciales de la ciudad, según informa el propio perito.

SEGUNDO En el segundo motivo se achaca a la Sala de instancia la conculcación de lo establecido en elartículo 43 de la Ley de Suelo y Valoraciones 6/1998 (RCL 1998\959), y de losartículos 31 y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1998\1741), pues, a pesar de reconocer que la catalogación del edificio y el destino de la parcela al uso de estación de servicio de gasolina suponen una considerable merma del aprovechamiento urbanístico respecto del entorno, se niega a pronunciarse acerca de la consiguiente indemnización, que dichas limitaciones comportan, con el argumento de no haberse pedido en vía previa ni en sede jurisdiccional, a pesar de que una de las cuestiones planteadas en los escritos de alegación por el demandante es que el mantenimiento de la catalogación del edificio y del uso de la parcela comportan una indemnización por la pérdida del aprovechamiento urbanístico respecto del suelo colindante, habiendo versado sobre ello la prueba pericial practicada.

Este motivo de casación, a diferencia del anterior, debe prosperar porque, aunque es cierto que en la súplica de la demanda no se formuló una concreta petición indemnizatoria para el supuesto de considerarse ajustada a derecho la catalogación del edificio y el uso de la parcela como gasolinera, no es menos cierto que esta cuestión aparece ampliamente planteada en los escritos de alegaciones del demandante y sobre ella versó la prueba pericial practicada en el proceso, sin que tampoco sea necesario que la petición indemnizatoria se hubiese formulado explícitamente en la vía previa, ya que en ella se suscitó la cuestión de la pérdida de aprovechamiento derivada de la catalogación del edificio y del destino a gasolinera de la parcela colindante, de manera que, al constituir lo uno y lo otro una limitación singular, contemplada en elartículo 43 de la Ley 6/1998, de 13 de abril (RCL 1998\959), sobre Régimen del Sueloy Valoraciones, tiene el demandante, según dispone este precepto, derecho a ser indemnizado por resultar gravado y perjudicado por ellas.

Ni la Sala de instancia ni la Administración municipal, al oponerse al recurso de casación, niegan que la catalogación y el uso exclusivo como gasolinera constituyan una vinculación o limitación singular prevista en el aludido precepto, sino que, tanto aquélla como ésta, afirman que no se pidió indemnización por ello ni en vía previa ni en sede jurisdiccional, pero, como hemos apuntado, es obvio que tal planteamiento se hizo patente a lo largo tanto del procedimiento administrativo como del proceso judicial hasta el extremo de que sobre la pérdida de aprovechamiento y su cóngrua indemnización versó la prueba pericial practicada en éste, razón por la que el segundo motivo de casación, según hemos indicado, debe ser estimado, lo que comporta que debamos resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según establece elartículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1998\1741).

TERCERO Al ser ajustadas a derecho la catalogación del edificio y la calificación de la parcela, el conflicto queda circunscrito a la indemnización que corresponde por esta vinculación singular, que ha supuesto una restricción considerable del aprovechamiento urbanístico reconocido a las demás parcelas del entorno, de manera que debemos analizar la prueba pericial practicada en el proceso, no sin antes declarar que, en contra de lo alegado por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma en la instancia, el demandante ejercitó su acción dentro de plazo, pues en ambas Ordenes impugnadas se concedía expresamente recurso potestativo de reposición, el que, usado por el interesado, no fue resuelto expresamente por la Administración autonómica.

En cuanto a la pérdida del aprovechamiento derivada de la catalogación del edificio, el perito procesal ha realizado un estudio de mercado con el fin de obtener valores de inmuebles próximos de iguales características que la edificación permitida por la ordenanza municipal, para proceder, mediante el método residual, a la realización de la valoración, y para la obtención de la pérdida del aprovechamiento calcula los posibles beneficios por venta del inmueble, partiendo del valor de mercado en la zona para edificaciones similares, el coste actual de la construcción, los gastos generales, teniendo en cuenta el uso, la situación, sus peculiaridades intrínsecas y grado de urbanización del suelo, la ordenanza urbanística y la máxima rentabilidad, y así halla los beneficios por venta para el caso de que no estuviera catalogado el edificio, aplicándole la ordenanza zonal M7 del Plan General, que refiere a tres supuestos distintos, el primero a una nueva edificación de siete plantas de altura destinadas seis a uso de viviendas y una para locales comerciales con dos plantas bajo rasante destinadas a garaje, el segundo para el caso de venta del solar y el tercero por ampliación en altura del edificio existente.

Mediante el empleo de esa metodología, para el supuesto de nueva edificación con demolición de la existente, el

perito obtiene una pérdida de aprovechamiento de 10.482.810,57 euros, para la segunda, es decir por la venta del solar en función del aprovechamiento de que sería susceptible conforme a los factores o datos antes expresados, el resultado de la prueba pericial, deducido el treinta por ciento de beneficio real de la promoción, sería de 7.336.566,83 euros, y, finalmente, para la ampliación de la altura del edificio existente, de no estar catalogado, hasta las siete plantas, que autoriza la Ordenanza M7 del Plan General, la pérdida de aprovechamiento para la propiedad ha sido de 1.780.720, 76 euros.

De estos tres métodos de calcular la pérdida del aprovechamiento urbanístico, derivada de la protección otorgada por el planeamiento al edificio, nos parece que la que mejor se ajusta a la realidad es la última, es decir aquélla que representa el perjuicio por no ser posible elevar el edificio dos plantas más, como autoriza la Ordenanza municipal aplicable.

La otras dos, es decir la demolición del edificio con la construcción de otro nuevo de siete plantas de altura o la venta del solar para que el adquirente pudiera proceder a derruirlo y a levantar otro de aquellas características de altura, resultan más costosas y, por consiguiente, de más difícil consecución, mientras que la elevación de dos plantas en un edificio, que por sus características lo permite, resulta más asequible económicamente y, por tanto, más factible, lo que, sin embargo, su propietario no puede llevar a cabo porque se lo impide la catalogación mantenida por el planeamiento revisado, de manera que es justo y acorde con el principio de equidistribución de beneficios y cargas, del que se hace eco el citadoartículo 43 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones 6/1998, de 13 de abril (RCL 1998\959), que el propietario sea indemnizado en esa suma de 1.780.720,76 euros.

CUARTO Por lo que respecta a la parcela destinada por el planeamiento a gasolinera con la consiguiente pérdida de aprovechamiento urbanístico, el perito procesal, siguiendo un método equivalente al utilizado para la edificación catalogada, deduce esa pérdida de aprovechamiento para su propietario calculando los beneficios por venta para el caso de que no estuviese destinada a tal fín por el planeamiento, para lo que contempla dos supuestos, el primero por la construcción de una edificación según la Ordenanza M 7 de siete plantas de altura, y el segundo por la venta del solar, de manera que para el primero el perito procesal fija la pérdida de aprovechamiento en 7.039.238,79 euros, y para el segundo, es decir, por la venta de solar en función del aprovechamiento otorgado en términos de uso y edificabilidad, lo cifra en 5.135.596,79 euros, cantidad esta última que consideramos una cóngrua compensación por la pérdida del aprovechamiento urbanístico derivada del uso asignado a la parcela, siempre que se reste de ese precio el valor que pudiera obtenerse por su venta con el destino a gasolinera.

Es justo que el propietario sea compensado por la vinculación que se impone en el planeamiento a su parcela con el uso exclusivo para estación de carburantes, pero también parece razonable que se descuente de la indemnización el precio que el propietario puede obtener en el mercado por la venta de su solar con ese destino.

QUINTO En definitiva, nuestra decisión, una vez anulada la sentencia recurrida, supone la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la aprobación definitiva de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Las Palmas de Gran Canaria, acordada por la Orden de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias, de 26 de diciembre de 2000, porque, si bien consideramos ajustada a derecho la catalogación del denominado "Edificio Ford" y el destino de la parcela a estación de servicio de carburantes o gasolinera, tales vinculaciones singulares, con la consiguiente pérdida de aprovechamiento, deben ser indemnizadas a su propietario el demandante con la cantidad de un millón setecientos ochenta mil setecientos veinte euros con setenta y seis céntimos (1.780.720,76 ?) por lo primero, y con cinco millones ciento treinta y cinco mil quinientos noventa y seis euros con setenta y nueve céntimos (5.135.596'79 ?) por lo segundo, deduciéndose de esta última cantidad el precio o valor en venta del solar o parcela con el destino exclusivo a gasolinera.

SEXTO Nos queda, sin embargo, por determinar la Administración urbanística que debe afrontar y pagar la indemnización al propietario perjudicado, para lo que debemos aplicar lo establecido en elartículo 140.2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246), en la redacción dada por laLey 4/1999 (RCL 1999\114, 329), según el cual en supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, de interés público tutelado e intensidad de la intervención, resultando solidaria la responsabilidad cuando no sea posible dicha determinación.

En este caso, tanto la Administración autonómica como el Ayuntamiento han participado en la elaboración y aprobación del planeamiento urbanístico, cuyas determinaciones son causa de las aludidas vinculaciones singulares y de las consiguientes limitaciones del aprovechamiento urbanístico, de modo que ambas podrían ser condenadas a pagar la indemnización al propietario, gravado con ellas, en forma solidaria, pero entendemos que resulta diferenciable o distinguible la vinculación consistente en la catalogación del inmueble, que ya venia dispuesta en el planeamiento anterior y tiene un carácter reglado, de la que deriva del destino de la parcela a gasolinera, de modo que en aquella catalogación la participación, de acuerdo a las competencias ejercitadas y al interés público tutelado, debe considerarse conjunta y, por tanto, solidaria la responsabilidad del Ayuntamiento y de la Administración de la Comunidad Autónoma, mientras que en la otra limitación, causada por la asignación de la parcela al uso de estación de servicio de combustible, al no estar ante una decisión reglada ni concernido un interés supramunicipal, la intervención del Ayuntamiento ha sido la determinante, según acertadamente lo adujo la Administración de la Comunidad Autónoma en su contestación a la demanda, de manera que es aquél quien deberá pagar la indemnización al propietario por tal concepto.

SEPTIMO La declaración de haber lugar al recurso de casación y la parcial estimación del recurso contencioso-administrativo y de la demanda no permiten hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación, al no apreciarse mala fe ni temeridad en la actuación de los

litigantes, según disponen concordadamente losartículos 68.2, 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1998\1741).

Vistos los preceptos citados y losartículos 67 a 72 y 86 a 95 de la vigente Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

Que, desestimando el primer motivo de casación alegado y con estimación del segundo, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por la Procuradora Doña Matilde Marín Pérez, en nombre y representación de DonEvaristo, contra lasentencia pronunciada, con fecha 12 de diciembre de 2003 (PROV 2004\59524), por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso contencioso-administrativo número 1437 de 2001, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, desestimando la causa de inadmisión alegada por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de DonEvaristocontra las Ordenes de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias de 26 de diciembre de 2000, por la que se aprobó definitivamente la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Las Palmas de Gran Canaria, y contra la Orden de la misma Consejería, de fecha 29 de enero de 2001, por la que se completó la publicación y se corrigieron errores de la anterior, debemos declarar y declaramos que tanto la catalogación del denominado Edificio Ford como el uso exclusivo de la parcela colindante a gasolinera son ajustados a derecho, si bien constituyen vinculaciones singulares determinantes de un perjuicio para su propietario, de manera que el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias deben indemnizar solidariamente a DonEvaristo, como consecuencia de la indicada catalogación del Edificio Ford, en la cantidad de un millón setecientos ochenta mil setecientos veinte euros con setenta y seis céntimos (1.780.720,76 ?), y el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria debe indemnizar a DonEvaristoen la cantidad que resulte de deducir el precio o valor en venta del solar o parcela con destino exclusivo a gasolinera de la cantidad de cinco millones ciento treinta y cinco mil quinientos noventa y seis euros con setenta y nueve céntimos (5.135.596,79 ?), operación aritmética que se realizará en ejecución de sentencia, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos , debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

apdcat

Agència Catalana de Protecció de Dades

El règim jurídic del tractament de dades personals mitjançant càmeres de videovigilància

Barcelona, 20 març 2009

Santiago Farré Tous
Cap de l'Assessoria Jurídica APDCAT

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

- **Avantatges**
  - Resposta a creixent demanda seguretat després 11-S
  - Avenços tecnològics
  - Reducció costos
  - Element psicològic
  - Aspectes provatoris
- **Riscos**
  - Dret a la intimitat (STC 98/00 o STJUE 28-1-03)
  - Llibertat de circul.lació (Dictamen 4/04 WP29)
  - Altres llibertats: religiosa, ideologia, vida sexual etc.
  - Dignitat humana (STEDH 4-3-08)
  - Dret vaga (STC 37/98)
  - Dret a l'autodeterminació informativa
  - Societat de la vigilància (cas de Londres)

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

A nivell Europeu

- Considerands 14 i 16 i arts. 2. a) i 33.2 Directiva 95/46/CE
- Documents Grup Treball art. 29 Directiva (WP29):
  - Dictamen 8/2001: tractament de dades a context laboral
  - Dictamen 4/04 videovigilància
  - Dictamen 4/2007 sobre concepte dada caràcter personal
  - Document treball 1/2008 protecció dades infants
- Consell d'Europa
  - Resolució Comité Europeu Cooperació legal maig 2003
  - Documents Comissió Venècia de 17 març 2007 i 2 juny 2007

• A nivell estatal

- LOPD i L.O. 4/1997
- Instruccions 1/1996, 1/2006 AEPD i 1/2007 APDCM
- Instrucció 1/2009 APDCAT
- Jurisprudència: STC 98/00, 186/00, SAN 24-1-03

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Règim aplicable

- **Règim general aplicable:**
  - Llei Orgànica 5/1999 (LOPD)
  - R. Decret 1720/2007 (RLOPD)
  - Instrucció 1/2009

- **Règim específic videovigilància policial**
  - Llei Orgànica 4/1997 (LOVFCS)
  - Decret 134/1999
  - Ordre de 29 de juny de 2001
  - Aplicació supletòria normativa protecció dades i Instrucció 1/2009

- **Altra normativa; seguretat privada:**
  - Llei 23/1992 (seguridad privada)
  - R.Decret 2364/94 (seguridad privada)

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Àmbit aplicació Instrucció 1/2009 (arts. 1 a 3)

- **Objecte: ús de càmeres per a vigilància per raó de:**
  - Seguretat pública o privada
  - Control laboral
  - Control funcionament serveis públics
  - Control hàbits, conducta o estat de les persones
  - Altres anàlogues
- **Àmbit subjectiu: àmbit actuació APDCAT** (art. 156 EAC)
- **Exclusions:**
  - Imatges que no permetin identificar persones
  - Videoporters
  - Captacions amb fins periodístics
  - Càmeres falses
  - Altres tractaments d'imatges per a fins que no siguin de videovigilància

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Legitimitat del tractament i principi de finalitat (arts. 5 i 6)

- **Legitimitat de la captació i tractament:**
  - Amb caràcter general: supòsits art. 6 LOPD
  - Per captació no-accessòria dades especialment protegides: art. 7 LOPD
  - Autorització LOVFCS
- **Prestació serveis instal.lació sistemes videovigilància:**
  - Empreses seguretat privada autoritzades
  - Cossos policials pels seus propis sistemes
- **Supòsits tractament il.legítim**
  - Gravacions a interior domicili (llevat consentiment o autorització judicial)
  - Captació imatges a la via pública, llevat captació per Forces i Cossos Seguretat
- **Legitimitat de la comunicació:**
  - Habilitació: 11, 21 i 22 LOPD
  - Prohibició 12.3 LOVFCS (llevat invest. policial o infr. greus o molt greus S.P.)
- **Principi finalitat** (STEDH 28-1-03 o 17-7-03)

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Principi de proporcionalitat (art. 7)

- **Principi d'intervenció mínima aplicable a:**
  - Finalitat
  - Tecnologia emprada
  - Lapses temporals de gravació
  - Període de conservació
  - Condicions d'accés a les imatges
- **Triple judici de proporcionalitat** (STC 186/00)
  - Necessarietat
  - Idoneïtat
  - Adequació cost-benefici (judici proporcionalitat en sentit estricte)
- **Caràcter restrictiu del tractament de la veu**
- **Supòsits problemàtics:**
  - Espais desenvolupament vida íntima (banys (STS 7-7-98), serveis, vestidors, sales de descans, habitacions d'hotels o hospitals (WP 29 4/04), cel.les (STEDH 4-3-08) etc.)
  - Àmbit laboral per al control del rendiment (STC 98/00, 186/00 o SAN 24-1-03)
  - Àmbit educatiu, per al control d'alumnes (WP 29 1/08)

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Conservació de les imatges (art. 8)

- **Caràcter subsidiari de l'emmagatzematge**

- **Període de conservació:**
  - Caràcter gral: temps necessari per assolir la finalitat
  - Termini màxim recomanable: 1 mes

- **Bloqueig de les imatges**
  - En tractaments digitals
  - En tractaments amb sistemes que no siguin digitals

- **Conservació imatges il.lícites → eliminació immediata**

- **Videovigilància policial : 30 dies** (llevat invest. policial o infr. greus o molt greus S.P.)

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Creació i inscripció fitxer (arts. 9 a 11)

- **Captació sense emmagatzematge:** no cal crear fitxer
- **Captació amb emmagatzematge**
  - Fitxers de titularitat pública
    - Elaboració memòria
    - Sol.licitud informe a APDCAT
      - Preceptiu a l'àmbit de la Generalitat
      - Potestatiu en el cas d'ens locals o altres entitats
    - Aprovació fitxer únic en funció de l'homogeneïtat de :
      - Finalitat
      - Característiques de la captació
      - Característiques del tractament
    - Inscripció a Registre Protecció Dades Catalunya
  - Fitxers de titularitat privada
    - Elaboració memòria
    - Possibilitat informe APDCAT
    - Inscripció a Registre Protecció Dades Catalunya
- **Videovigilància policial:** no cal crear fitxer (si per càmeres trànsit)

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Memòria (art. 10)

- **Finalitat:** reflexió sobre justificació finalitat i característiques del sistema
- **Contingut:**
  - Document de definició i justificació del sistema en relació amb:
    - Elements organitzatius (òrgan responsable, instal.ladors, operadors, encarregats del tractament...)
    - Finalitat de la videovigilància
    - Dades tractades
      - Imatge o imatge i veu
      - Previsibilitat de dades especialment protegides
    - Legitimació
    - Proporcionalitat
    - Ubicació de càmeres i cartells
    - Definició de característiques tècniques del sistema
    - Període de funcionament del sistema i període conservació imatges
    - Sistema per avaluar els resultats del seu funcionament
    - Mesures de seguretat exigibles i aplicades
  - Documentació gràfica

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Deure d'informació (art. 12)

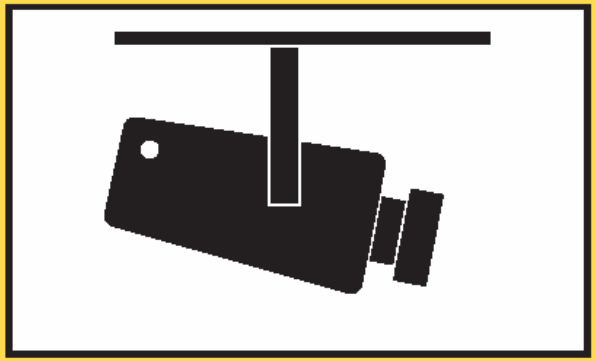
- **Deure d'informació:**
  - Cartells
    - Ubicació : clarament visibles abans gravació
    - Temps: instal.lació prèvia i fins finalització
    - Característiques: Annex (models a www.apd.cat)
  - Informació resta extrems art. 5.1 LOPD, excepte c) i d):
    - Impresos
    - Web
- **Mitjans complementaris** (megafonia, informació escrita individual, etc.)
- **Supòsits especials:**
  - Videovigilància policial: Ordre 29-6-01
  - Càmeres vigilància trànsit
  - Càmeres mòbils
  - Informació a través pantalles
  - Càmeres sense emmagatzematge: també cal informar

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

apdcat
Agència Catalana de Protecció de Dades

apdcat

ZONA VIDEOVIGILADA



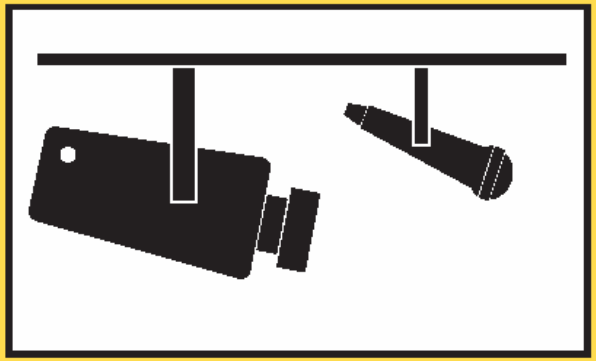
PROTECCIÓ DE DADES

POT EXERCIR ELS SEUS DRETS DAVANT:

PER A MÉS INFORMACIÓ:

apdcat

ZONA VIDEOVIGILADA



PROTECCIÓ DE DADES

POT EXERCIR ELS SEUS DRETS DAVANT:

PER A MÉS INFORMACIÓ:

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Drets d'habeas data (arts 13 a 16)

- **Dret accés**
  - Abast en matèria videovigilància
    - Contingut ordinari
      - Si la imatge ha estat captada i, si escau, gravada
      - Finalitat
      - Tractaments i comunicacions realitzats o previstos
      - Període de conservació
    - Contingut addicional quan es demani: accés a imatges i, si escau obtenció de còpia
  - Protecció drets terceres persones: dissociació
  - Limitació dret accés quan exigeixi esforços desproporcionats
- **Dret rectificació**
  - Abast limitat a imatges alterades
  - Obligació de conservar imatges originals
- **Dret cancel.lació**
- **Dret oposició**
- **Especialitats videovigilància policial**

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Procediment exercici drets (art. 17)

- **Sol.licitud**
  - Indicació lloc, data i franja horària (2 hores màxim) captació imatges
  - Cal adjuntar imatge
- **Especialitat gravació veu**
- **Esmena per manca prou definició a imatge aportada**
- **Obligació de resoldre** (fins i tot si no es disposa de les imatges)
- **Motius denegació**
  - Manca requisits exigibles
  - Nivell insuficient coincidència amb imatge aportada
  - No enregistrament
  - Imatges cancel.lades
- **Reclamació tutela drets davant APDCAT**

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Nivell seguretat (art. 20)

- **Aplicabilitat criteris RLOPD**

- **Regla general: dades identificatives → nivell bàsic**

- **Elevació nivell quan:**
  - Previsibilitat tractament no ocasional dades amb protecció superior
  - Supòsits específics:
    - Avaluació personalitat o conducta → nivell mitjà
    - Dades especialment protegides
    - Dades fins policials sense consentiment
    - Dades sobre actes violència gènere

    } Nivell alt

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

Mesures de seguretat (arts 19, 21 i 22)

apdcat
Agència Catalana de Protecció de Dades

- **Sistema de tractament**
- **Mesures exigibles segons RLOPD sens perjudici mesures addicionals** (fins i tot si no s'enregistra)
- **Mesures concretes més rellevants**
  - Informació a persones operadores sobre deure de secret
  - Formació de les persones operadores
  - Ubicació adequada equips visionat
  - Assegurament destrucció total en operacions d'esborrat
  - Còpies suport: només si període conservació és superior a 1 setmana
  - Incorporació sistema datació
  - Document de seguretat: concreció de persones operadores o perfils
  - En fitxers de nivell alt:
    - registre accessos (identificació usuari, perfil, data i hora, intents etc., com també identificació imatges visualitzades).
    - En fitxers no automatitzats el registre l'ha de portar una persona diferent a les persones operadores.

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

apdcat

Agència Catalana de Protecció de Dades

Moltes gràcies

Santiago Farré Tous

Cap de l'Assessoria Jurídica

© Agència Catalana de Protecció de Dades. Generalitat de Catalunya

LA REPARCEL·LACIÓ EN ELS PROCESSOS DE LEGALITZACIÓ DE LES URBANITZACIONS: ALGUNES QÜESTIONS MÉS CORRENTS EN LA PROBLEMÀTICA QUE PLANTEJA.

I.- ANTECEDENTS.

A Catalunya hi ha més de 2.300 urbanitzacions en les que hi viuen 625.000 persones. En la immensa majoria dels casos, es tracta d'urbanitzacions que es van construir entre 1956 i 1981, per a ser destinades a segones residències, si bé a l'actualitat són molt nombrosos els casos que s'utilitzen com a primera residència.

De fet, moltes urbanitzacions s'executaren al marge de la normativa vigent al seu moment i s'"urbanitzaren" de forma molt simple. En un primer moment, els ajuntaments, sistemàticament, es negaren a rebre-les. Després endegaren un procés de legalització a base a incloure-les en el seu planejament general, com a primer pas per a l'establiment dels serveis bàsics, el qual també, en moltes ocasions, ha quedat paralitzat pels elevats costos que dit establiment comporta.

La forma seguida per a realitzar la "legalització" ha estat múltiple. En uns cops s'han inserit directament al sòl urbà, consolidat o no consolidat, i en altres casos

han estat tractades com a sol urbanitzable, delimitat o no delimitat.

D’aquesta forma, la legalització de les urbanitzacions tant pot comportar la prèvia formulació i aprovació de determinats instruments de planejament, com la simple aprovació i execució d’un projecte d’urbanització i, si és el cas, l’aprovació al mateix temps d’un projecte de reparcel·lació.

Aquí, únicament es contemplarà aquest últim supòsit.

II.- EL PROJECTE DE REPARCEL·LACIÓ COM A INSTRUMENT PER A LA IMPUGNACIÓ INDIRECTA DEL PLANEJAMENT.

Normalment, el processos de legalització de les urbanitzacions comporta tractar amb un gran nombre de parcel·les. D’aquesta forma, pel motiu que sigui, tampoc és estrany que alguns parcel·listes impugnin les determinacions del projecte o les quotes urbanístiques que els hi són girades. Un argument que s’utilitza amb certa freqüència és la del desajust del Projecte a la legalitat, al·legant que el sòl en qüestió, per exemple, no li corresponia la classificació de sòl urbanitzable delimitat, sinó la de sòl urbà consolidat o no consolidat, la qual cosa s’instrumenta mitjançant una impugnació indirecta del propi planejament.

És conegut que, d’acord amb l’art. 26 D.L. 1/2005, de 16 d’octubre, en endavant DL05, perquè uns sòls tinguin la naturalesa de sòl urbà han de estar inclosos de manera expressa en aquesta classe de sòl, perquè havent estat sotmesos al procés d’integració en el teixit urbà, tenen

tots els serveis urbanístics bàsics o bé són compresos en àrees consolidades per l'edificació almenys en les dues terceres parts de llur superfície edificable.

El primer supòsit rarament pot donar-se a les urbanitzacions que han estat objecte de legalització, atès que una de les seves característiques és la del seu desordre urbanístic. No obstant això, no són rares les al·legacions en base a aquest supòsit, atenent, és diu, que de fet **algunes determinades parcel·les** compten amb tots els serveis bàsics. Doncs bé, fins i tot en aquests casos, perquè l'al·legació pugui ser admesa és precís que els referits serveis han de tenir unes característiques tals que siguin adequats per a suportar l'edificabilitat prevista en el nou planejament, recuperant així la norma establerta a l'antic art. 21.a) del Reglament de Planejament en aquest mateix sentit.

Així, en una sentència del TSJC de 30 d'octubre de 2008, recollint la doctrina establerta a la STS de 24.4.2007, deia:

> *"Asimismo queda probado que los servicios urbanísticos existentes en el vial denominado... no son suficientes o idóneos para los nuevos usos residenciales previstos en el planeamiento impugnado..."*.

Un segon supòsit per a classificar unes parcel·les com a sòl urbà és el de la inclusió en àrees consolidades per l'edificació en les seves dues parts. Fer aquest còmput en urbanitzacions de nombroses parcel·les no és senzill, atès que el seu recompte pot presentar certes dificultats. Així:

a).- És imprescindible, per a justificar el supòsit, fer el recompte parcel·la per parcel·la, per a determinar les que estan edificades i documentar-les detalladament, la qual cosa, tot essent fàcil de realitzar, són moltes les vegades que el planejament l'obvia i el projecte de reparcel·lació ja no hi entra. I, especialment, si en el període d'al·legacions s'han produït alguna al·legació en aquell sentit, el recompte a nivell de Projecte de reparcel·lació és imprescindible per a rebutjar-la, no bastant l'argument que en el planejament ha estat recollit el sòl en qüestió com a urbà.

b).- L'altra qüestió que es suscita és la de quan es pot donar com edificada una parcel·la. Prescindint si tenen o no llicència d'edificació –de la qual cosa és ja molt prescindir- caldria que s'examinés també cas per cas si l'edificació existent compte o podria comptar amb una cèdula d'habitabilitat. Tot el contrari consisteix deixar un front obert cara l'esmentada impugnació indirecta.

Tampoc es estrany que dita impugnació indirecta es pretengui fonamentar en la **incorrecta delimitació poligonal de l'àmbit a reparcel·lar**.

En aquest supòsit, la doctrina jurisprudencial és unànime, quan estableix que l'esmentada divisió, encara que estigui en un instrument de planejament, no és un acte de planejament, sinó de gestió i en contra els actes de gestió no hi cap la impugnació indirecta. Així, en sentència del TSJC de 14 de juny de 2007, s'assenyala que:

“... el recurso indirecto queda constreñido por el art. 26 de la Ley jurisdiccional a las disposiciones generales de cobertura y no se puede considerar que la delimitación de la Unidad de Actuación sea una resolución de naturaleza normativa o más precisamente, una disposición general cuando ésta delimitación no se realiza en el plan urbanístico, sino mediante un acto singular de gestión urbanística a tenor de lo dispuesto en el art.113 de la Ley 2/2002 de Urbanismo. Por otra parte nada impide que el Proyecto de reparcelación sea expresión directa del planeamiento como así prevé el art. 12.1 del Decreto 287/2003 que aprueba el Reglamento parcial de la Ley 2/2002 y también el art. 67 del Reglamento de Planeamiento urbanístico”.

I en igual sentit la STS de 8 de juny de 2001, quan diu:

“ Si aceptaremos, en cambio, el siguiente motivo de impugnación, a saber la imposibilidad de revisar las delimitaciones de unidades de actuación en virtud de recurso indirecto, y ello porque se trata de una figura urbanística sin naturaleza normativa o de disposición general, sino más bien de actuación de carácter singular ceñida a un espacio físico concreto y que se agota en sí misma, tal como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias entre otras de 22.11.94, 27.5.99 y 23.7.99. El hecho de que pueda estar la delimitación incorporada a un Plan General formando parte de su contenido no cambia en nada su carácter de instrumento de ejecución del planeamiento, tal como recoge en Cataluña el art. 167 del T.R. en materia de

Urbanismo, aprobado por Decret Legislatiu 1/1990...”.

III.- ELS DEURES I OBLIGACIONS DELS TITULARS DEL SÒL I LA SEVA REPERCUSSIÓ EN EL PROJECTE DE REPARCEL·LACIÓ.

És conegut el règim de cessions gratuïtes i obligatòries establert pels articles 42 i següent del DL05. Per tant no es farà referència als referits preceptes. No obstant això, si que cal assenyalar alguns supòsits que han tingut certa complexitat en la seva aplicació.

A).- **L’execució dels sistemes generals.**

L’art. 44.1.c) del DL05 estableix l’obligació de cedir a l’ajuntament, de manera obligatòria i gratuïta, el sòl necessari per a l’execució dels sistemes urbanístics generals que el planejament urbanístic general inclogui en l’àmbit de l’actuació urbanística en què siguin compresos els terrenys. Així mateix, el mateix art. 44.1.d) també estableix com una obligació de la propietat la de costejar i, si s’escau, executar la urbanització.

La qüestió radica en determinar si el deure de costejar la urbanització compren tant la dels sistemes generals, com la dels locals, atès que la norma quan es refereix a la cessió dels sòls es veu en l’obligació d’assenyalar que és obligatòria i gratuïta tant la cessió dels sòls qualificats com de sistemes generals adscrits a una unitat de gestió, com de locals, en tant que quan es refereix a l’execució de la urbanització solament menciona l’obligació d’executar la urbanització, sense cap més matís.

No obstant això, tot sembla portar a la conclusió que tots els sistemes generals adscrits en un polígon d'execució han de ser urbanitzats a càrrec de la propietat. Així:

a).- L'art. 127 RLUC, quan diu que els propietaris dels sòls compresos en un polígon han de fer-se càrrec de les obres d'urbanització compreses en el seu àmbit, de conformitat amb l'art. 114 de la LUC. Aquest precepte, apartat 1, a), estableix com a tal totes les obres d'urbanització determinades pel planejament urbanístic amb càrrec al sector de planejament.

b).- L'art. 122.1 RLUC, al preveure que quan l'execució de determinades infrastructures sigui necessària per al desenvolupament de diversos polígons d'actuació urbanística o diversos sectors o subsectors, sense que sigui possible la seva execució per fases a càrrec de cadascun dels àmbits d'actuació, el planejament urbanístic general pot delimitar un àmbit d'actuació urbanística comú als mers efectes de garantir llur participació en l'execució de la indicada infrastructura.

També, la jurisprudència es mostra partidària de la possibilitat que els sectors o polígons puguin assumir el cost d'execució dels sistemes generals.

Ara bé, en molts casos es qüestiona si tots els sistemes generals poden ser adscrits a un polígon o polígons d'actuació.

Davant d’aquest fet, no pot oblidar-se que la gestió urbanística està fonamentada en l’aplicació del principi de la justa distribució de beneficis i càrregues, la qual cosa comporta que en la distribució dels costos de la urbanització també s’ha de respectar el referit principi. Així, si un cop s’han distribuït els costos entre tots el particulars, arribessin a desaparèixer els “beneficis” derivats de la planificació, aquella obligació podria cedir i traspassar-se el corresponent excés de cost a l’Administració.

Hi ha un segon aspecte que tampoc pot ser passat per alt. En principi qualsevol obra pública porta amb ella un interès públic. Però també pot representar un benefici per a l’interès privat. Aquest benefici privat és el que justifica, entre altres aspectes, la distribució dels costos de la urbanització. Si el sistema general en qüestió no originés cap benefici privat o aquest fos insignificant, podria plantejar-se la improcedència d’adscriure l’execució del referit sistema a un polígon i ser executat a càrrec dels propietaris privats. Per això, abans de realitzar l’esmentada adscripció és imprescindible justificar i quantificar si pot ser quins són els beneficis que per a la propietat privada pot originar l’execució de l’esmentat sistema general i si existeixen com a tals és quan es pot preveure la seva adscripció..

Queda un últim aspecte a tractar. L’art. 45.1.b) de la LUC preveu, com una obligació dels propietaris de sòl urbanitzable delimitat, la de:

> *“Costejar i, si escau, executar les infrastructures de connexió amb els sistemes urbanístics generals*

exteriors a l'actuació urbanística i les obres per a l'ampliació o el reforçament d'aquests sistemes que siguin necessàries com a conseqüència de la magnitud de dita actuació, d'acord amb les determinacions del planejament urbanístic general, incloent-hi, d'acord amb el que estableix la legislació sectorial, l'obligació de participar en els costos d'implantació de les infrastructures de transport públic que siguin necessàries perquè la connectivitat del sector sigui l'adequada".

L'abast d'aquesta disposició, en contra de la interpretació que li dona l'administració autonòmica, és molt limitat. D'entrada, cal observar que l'obligació de costejar queda reduïda a les infrastructures de connexió i a les obres d'ampliació o reforçament que calguin realitzar al sistema a conseqüència de la magnitud de l'actuació urbanística. Així, en relació a aquestes últimes, la propietat únicament ve obligada al pagament del cost de les ampliacions o reforçaments necessaris derivades de l'actuació, mai a contribuir amb el cost de l'establiment originari o d'hipotètiques ampliacions a realitzar en el futur.

B).- **La cessió del 10% de l'aprofitament urbanístic.**

Una segona qüestió que pot plantejar-se és la de si la corresponent legalització de les urbanitzacions comporta l'obligatòria la cessió del 10% de l'aprofitament urbanístic.

D’entrada, aquesta cessió solament es pot presentar respecte al sòl urbà no consolidat i al sòl urbanitzable, no respecte al sòl urbà consolidat.

Així, la STC 164/2001 va declarar que, conforme a la Llei 6/1998, els propietaris del sòl urbà consolidat no suporten (a diferència dels propietaris del sòl urbà no consolidat) el deure de cessió d’aprofitament urbanístic, ni tan sols en solars o terrenys edificats però subjectes a obres de rehabilitació, la qual cosa implica l’exclusió de tota cessió obligatòria d’aprofitament urbanístic en el sòl urbà consolidat, sense que sigui possible cap tipus de modalització d’origen autonòmic, com determinaren les STC 54/2002 i 365/2006.

No obstant això, en les modificacions del planejament general sobre terrenys que tenen la condició de sòl urbà consolidat que prevegin actuacions de dotació, i que tenen per objecte l’ordenació i l’execució d’una actuació que, sense comportar una reordenació general de l’àmbit, dóna lloc a la transformació dels usos preexistents o a l’augment de l’edificabilitat o de la densitat de determinades parcel·les i a la correlativa exigència de majors reserves per a zones verdes, per a espais lliures i per equipaments, <u>els propietaris hauran de cedir el 10% de l’increment de l’aprofitament urbanístic que comporti l’actuació de dotació respecte a l’aprofitament urbanístic preexistent i efectivament materialitzat, segons la Dis.Add.16ª DL05</u>.

Pel contrari, no sempre el sòl urbà no consolidat està sotmès a la cessió de l’esmentat 10% de l’aprofitament mitjà. Aquesta obligació es reduirà a sectors o polígons d’actuació que tenen per objecte operacions urbanístiques

que comportin el desenvolupament del model urbanístic de l'àmbit o bé la seva reconversió quant a l'estructura fonamental, l'edificació existent o els usos principals –-art. 43.1.a)-. En el sòl urbanitzable la cessió sempre serà obligatòria –art. 45.1.a)-.

Respecte a aquestes cessions, igualment, s'ha presentat diverses qüestions. Així:

a).- L'art. 45.3 LUC preveu la possibilitat de substituir la cessió del 10% per l'equivalent del seu valor econòmic. A la STSJC de 15.03.07 es planteja la qüestió de si el referit equivalent podria ser utilitzat per l'administració actuant per a finançar la connexió de les xarxes exteriors a l'àmbit, resolent-se que l'administració havia d'haver exigit directament als propietaris del sector el seu pagament de conformitat amb la norma, per la qual cosa dita previsió continguda en un Projecte de reparcel·lació va ser anul·lada.

Cert és que l'esmentat art. 45.3 preveu que l'import del referit valor econòmic s'ha d'integrar al PMS. Ara bé, únicament en el cas que dit valor procedeixi d'actuacions residencials, a la vegada, quedarà afectat a la construcció d'habitatges de protecció oficial, però no en el cas que procedeixi d'altres usos, en el qual cas podria ser destinat aquell valor a alguna altra finalitat de les previstes per als esmentats PMSs. Dons bé, de conformitat amb dita sentència, l'esmentat valor mai podrà ser destinat a una finalitat del PMS, la qual pugui ser finançada amb les aportacions obligatòries de la propietat.

b).- Per altra banda, cal recordar que els aprofitaments derivats de la cessió del 10% s'han de lliurar urbanitzats –art. 46 LUC-. Ara bé, aquesta previsió serà exigible a tots els instruments de gestió aprovats inicialment amb posterioritat a l'1 de juliol de 2007. Pels anteriors, es continuarà aplicant el règim vigent derivat del DL 05, és a dir que l'administració assumirà els esmentats costos d'urbanització.

Aprovat un instrument de gestió amb anterioritat a l'01.07.07, pot deixar-se sense efecte, amb l'objecte d'acollir-se a les noves disposicions?

La resposta hauria de ser que això és possible si hi ha una justa causa, tal com un canvi de planejament, una causa de nul·litat o anul·labilitat en l'aprovació inicial de l'instrument de gestió... Del contrari s'estaria en un supòsit d'abús de dret o frau de llei segons els casos.

c).- Finalment, el PR haurà de fixar l'emplaçament del sòl de cessió, el qual es podrà repartir entre les diferents qualificacions urbanístiques per a assegurar la participació de la iniciativa privada en la construcció dels habitatges protegits.

IV.- REPARCEL·LACIÓ FÍSICA O REPARCEL·LACIÓ ECONÒMICA.

És molt freqüent la qüestió que es presenta al moment d'endegar un procés d'equidistribució, la de la necessitat de mantenir la parcel·lació existent, tal com la va realitzar el promotor i en atenció a la qual fer efectiva la reparcel·lació.

En definitiva, el que es pretén és substituir reparcel·lació física per una reparcel·lació econòmica.

L’art. 165 RLUC estableix que la reparcel·lació física pot ser substituïda per l’econòmica per raó de la consolidació de l’edificació conforme a planejament. En el cas que la consolidació sigui parcial, dita norma estableix que s’estarà al disposat a l’art. 138 del RLUC.

Aquesta última norma permet la confirmació de la titularitat de les corresponents parcel·les, en els següents casos:

- finques edificades d’acord amb el planejament.
- finques edificades no ajustades amb el planejament que no estiguin en situació de fora d’ordenació i s’ajustin a les especificacions de l’art. 138.2.b).
- finques no edificades, quan la diferència entre el seu efectiu aprofitament i el que correspon al seu titular no sigui superior al 15%.

Resulta d’interès respecte a aquesta qüestió l’esmentada STJC de 16.03.07, en un doble sentit.

En primer lloc fa referència a que si la reparcel·lació econòmica està prevista en el planejament, el PR l’ha d’aplicar forçosament a no ser que s’impugni indirectament aquella previsió del Pla. Per altra banda, matitza la interpretació que cal donar a aquell 15%, en el sentit que l’excés d’adjudicació per sobre el 15% a un propietari hauria de ser suficient per a una nova finca de resultat.

El més segur serà que, en la pràctica, majoria dels casos l'opció de la reparcel·lació haurà de ser l'econòmica, tot això sense perjudici de regulació de termenals quan sigui necessària i de les compensacions econòmiques que pertoquin. De no ser així, s'estarà en una reparcel·lació mixta, en la que part serà física i part econòmica.

Això comporta que de fet no és infreqüent que un propietari pugui aportar una important superfície a la reparcel·lació, per exemple una finca qualificada com d'espais lliures, i que no li pugui ser adjudicada cap parcel·la de resultat. Evidentment serà compensat per aquesta manca d'adjudicació però la compensació es materialitzarà mitjançant l'equivalent amb el seu valor econòmic.

V.- LA QÜESTIÓ DELS VIALS PREEXISTENTS.

En el processos reparcel·latoris de les legalitzacions de les urbanitzacions també és molt freqüent l'existència d'uns carrers preexistents. Normalment, dita vialitat, amb caràcter general, respon a dos supòsits bàsics: el primer, al de camí rural ja existent en els terrenys originaris quan encara no s'havia iniciat el seu procés de divisió; el segon, al d'aquells vials que han estat oberts com a conseqüència d'aquest procés continuat de divisió, per tal de donar accés a les noves parcel·les resultants.

El problema es suscita respecte al cas segon. Podria ser que existís un document de cessió més o menys formal, del que resultés la voluntat del promotor d'efectuar dita cessió, acceptada així mateix per l'administració. En

aquest cas, es tractaria de vials que estarien incorporats al domini públic i caldria que fossin tractats com a tal. Però també es pot donar el cas que no hi hagués tal document de cessió i l'ús per part dels parcel·listes de dits carrers fos de fet, però no de dret. En aquests casos, la línia jurisprudencial més freqüent és la d'analitzar si s'ha produït o no la usucapió a favor de l'Administració, en el ben entès que qui afirma la manca de la usucapió ho haurà de provar, essent un principi de prova la seva titularitat inscrita en el Registre de la Propietat.

En relació a aquest aspecte, cal citar la STSJC de 22.12.2006, en la que recollint les sentències del T.S. de 06.03.1997 i 30.09.2004, determina que, en tot cas, la prescripció adquisitiva per part de l'administració, es produeix pel transcurs de 30 anys en possessió d'un bé immoble sense necessitat de títol i de bona fe, si bé per a que aquesta possessió pugui aprofitar per a la usucapió de béns immobles ha de ser en concepte de propietari, pública, pacífica i no interrompuda.

Al respecte és important fer referència, igualment, a la STJC de 16.10.07, quan referint-se a una cessió unilateral d'uns terrenys afectats a carrer efectuada per un particular per a poder aconseguir una llicència d'obres formalitzada mitjançant una escriptura pública, la qual cessió unilateral no va ser acceptada formalment per part de l'administració, quan diu:

> *"Y es así que a los efectos de la debida cesión anticipada urbanística que en su momento operó debe significarse que este Tribunal entiende que, como posteriorirmente reconoció en el artículo 38.1 del*

Decreto 303/1997, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre medidas para facilitar la ejecución urbanística, fuera del caso de las cesiones procedentes en el halo de un proyecto de reparcelación o de compensación definitivamente aprobado, toda cesión urbanística que se refiera a terrenos calificados por el Plan de ordenación como viales, zonas verdes o superficies destinadas a la titularidad pública, en concepto de bienes de dominio público, tanto de uso como de servicio público, exigen para su validez la aceptación del Ayuntamiento".

VI.- LA TEMÀTICA DE LA TITULARITAT DE LES FINQUES APORTADES I DRETS COMPUTABLES.

A).- **La identificació de les finques aportades.**

El titular del dret de propietat és la persona que s'ha de prendre com a interessat en tot procés reparcel·latori. D'entrada, el titular segons el Registre de la Propietat és la persona que es considera propietària de les finques aportades. No obstant això, aquesta situació pot ser contradita mitjançant prova en contrari, en el qual cas s'haurà de seguir els procediments establert a la legislació del Registre de la Propietat per a acomodar la situació real a la registral.

No obstant això, és molt freqüent que la identificació de la finca registral sobre el terreny pot presentar certa problemàtica. En aquest casos, el Cadastre passa a ser una segona font per a efectuar la referenciada determinació. En aquest aspecte té una gran importància

l’art. 86.3 del RLUC, quan determina que entre els plànols d’informació que han de portar incorporats el planejament urbanístic és el plànol cadastral.

Ara bé, fetes les anteriors comprovacions i davant d’una oposició sobre la titularitat d’una finca per part de d’altre o altres propietaris, l’administració no té competència per a resoldre cap conflicte sobre dita titularitat. Així, produïda una reclamació al respecte dins del marc d’un procediment reparcel·latori, l’administració ha de donar compte a l’altra part interessada als efectes d’al·legacions i si aquesta última part manté la seva reinvindicació, el camí és el de declarar el bé litigiós i seguir el procediment sense més interrupció, i s’estarà al que resolguin els Tribunals respecte al corresponen títol de propietat.

B).- **Altres drets a prendre en consideració.**

A més a més dels propietaris, també participen en els processos reparcel·latoris els titulars d’altres drets que també participen a la equidistribució, especialment els arrendataris.

a).- **Els arrendaments.**

Les finques s’adjudiquen en les mateixes condicions que tenien en el moment en el que es va iniciar el procediment reparcel·latori. Així, si la finca de resultat està arrendada, s’adjudicarà amb el mateix arrendament.

Ara bé, podria ser que dit arrendament fos incompatible amb les previsions del planejament, perquè la finca està

afectada a sistemes, o s’ha enderrocar per poder atendre a qualsevol altra determinació del pla. En aquest cas, l’arrendament esdevé incompatible amb el planejament, el contracte s’ha d’extingir i el seu titular ha de ser indemnitzat.

L’import de la corresponent indemnització ha d’assolir la corresponent a l’extinció del contracte i l’import de les despeses de trasllat si l’activitat és traslladable o amb la corresponent a la cessació del negoci si dita activitat no ho podés ser. La qüestió de com es calcula la indemnització per extinció del contracte d’arrendament o pel concepte de trasllat o cessació del negoci no es contemplarà en aquest moment.

Ara bé, si que respecte a dites operacions es poden plantejar certes qüestions marginals a les que si que es farà referència.

a).- Els arrendaments vigents en el moment de l’aprovació definitiva del projecte de reparcel·lació.

En aquest cas s’ha de distingir entre si el contracte es de duració indefinida o si és de duració temporal. En el primer cas, la indemnització es calcularà per la diferència de rentes entre l’habitatge substituït i el de substitució multiplicada per 10.

Pel contrari, si es temporal, la diferència de rentes mensual caldrà multiplicar-la pel nombre de mesos que faltaven en el moment de l’aprovació del Projecte de reparcel·lació.

Una sentència d’un Jutjat Contenciós administratiu de 30 de juny de 2008 planteja una qüestió molt curiosa. Es tracte d’un contracte que finalitzava el dia 31.12.2004 i el Projecte va ser aprovat definitivament el dia 01.12.2004. És a dir que, en el moment de l’aprovació, restava de vigència un mes. Entre tant, l’anterior propietari de la finca havia plantejat un judici de desnonament, amb la qual cosa l’arrendatari no va desallotjar el local en base a l’esmentat plet. Resolt el contracte per sentència de 27.10.2005, l’esmentada sentència de 30.06.2008 diu:

> *“De lo anterior se desprende que no se produjo al titular arrendaticio ninguna lesión patrimonial que generase un derecho indemnizatorio a su favor. XX no tiene derecho a indemnización ni por finalización del contrato ni por traslado de actividad ya que el contrato se extinguió por sí mismo según sentencia de fecha 27 de octubre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia nº.42 de Barcelona, y el traslado se produjo en virtud y con posterioridad a la finalización del contrato (por el desahucio) y no antes por causas urbanísticas”.*

En íntima relació amb el cas anterior, es va suscitar davant el TSJC un recurs d’apel·lació envers a una sentencia d’instància, en la que es reconeixia que el contracte d’arrendament d’un local havia finalitzat amb anterioritat a l’aprovació inicial del Projecte de reparcel·lació, però que com que havia continuat en l’exercici de l’activitat desenvolupada en el local, considerava indemnitzables les despeses de trasllat de l’esmentada activitat, però no pel concepte d’extinció

del contracte. El TSJC, per sentència de 08.01.2009, va assenyalar que:

> *"... extinguido el contrato de arrendamiento ya con anterioridad a la aprobación inicial del proyecto de reparcelación, carecía la arrendataria, desde el mismo momento de su extinción, de derecho alguno a continuar ejercitando la actividad en el local de autos, teniendo la obligación jurídica de abandonarlo y ponerlo a disposición de la propiedad, sin que la eventual permanencia de hecho en el mismo, ilegal por carecer de título alguno, pueda tener así consecuencias indemnizatorias, en lo referido a gastos de traslado de la actividad, sobre un proyecto de reparcelación, tramitado y aprobado inicial y definitivamente con posterioridad a la extinción del contrato. Lo contrario supondría el reconocimiento en cualquier proyecto de reparcelación de derechos a favor de los meros ocupantes ilegales y de hecho de un inmueble, posibilidad sistemáticamente negada por esta Sala..."*.

Per últim, és molt interessat la sentència d'un Jutjat Contenciós administratiu de 07.09.2007, respecte a les dades que han de prendre's en consideració per a efectuar la valoració:

> *"Pues bien, en materia de valoración de indemnizaciones por extinción anticipada de arrendamientos ha de estarse a la fecha de aprobación inicial del Proyecto de reparcelación para la determinación del precio de los locales de negocio (todo ello, en aplicación del art. 20.b LRSV*

Ley 6/1998, de 13 de abril sobre régimen del suelo y valoraciones) y a la fecha de la aprobación definitiva para determinar el plazo de arriendo que restaba por cumplir a tenor de la normativa locativa, siendo por tanto del todo lógico y razonable que sea la fecha de la aprobación definitiva de la reparcelación la que produce el efecto de la extinción de los arrendamientos a tenor de los dispuesto en los arts. 121.E. LUC y 125 RGU".

b).- La possibilitat que el contracte d'arrendament fos vigent en el moment de l'aprovació inicial del Projecte de reparcel·lació i s'hagués extingit en el moment de l'aprovació definitiva.

Evidentment, en atenció a la jurisprudència anteriorment citada, si en el moment de l'aprovació definitiva s'ha extingit el contracte, la indemnització desapareixerà.

No obstant això, és aconsellable que en la memòria de la reparcel·lació es faci constar aquesta eventualitat als efectes de no donar eficàcia a la indemnització que s'hagi pogut fer constar en el corresponent Compte de liquidació provisional.

VII.- LA VALORACIÓ DE LES DIFERÈNCIES D'ADJUDICACIÓ.

Determina l'art. 120.1.e) de la LUC que "les diferències d'adjudicació han d'ésser objecte de compensació econòmica entre les persones interessades, el valor de la qual s'ha de fixar atenint-se al preu de les parcel·les resultants que els haurien correspost si l'adjudicació hagués estat possible".

Ara bé, la qüestió radica en com es determina el valor de les parcel·les, si l'adjudicació hagués estat possible.

L'art. 21 del R.D-L 2/2008, pel que s'aprovà el text refós de la Llei del Sòl, determina que les valoracions del sòl als efectes de verificació de les operacions del repartiment de beneficis i càrregues i altres precises per a l'execució de l'ordenació territorial i urbanística és regulen de conformitat amb el disposat en dita Llei.

L'esmentada norma estableix diferents criteris en funció de la valoració que es vol escometre. Així:

a).- L'art. 27 distingeix entre la valoració de les aportacions als efectes de distribuir els beneficis i càrregues i l'adjudicació de les noves parcel·les i la de les finques que per la seva escassa quantia no poden tenir dret a l'adjudicació d'una finca de resultat.

Així, en el primer cas, la finca de resultat s'ha de taxar "por el valor que le correspondería si estuviese terminada la actuación". En el segon cas, s'ha de taxar "por el valor que le correspondería si estuviese terminada la actuación, descontando los gastos de urbanización correspondientes, incrementados por la tasa libre de riesgo i la prima de riesgo".

b).- L'art. 24 estableix els criteris de valoració del sòl urbanitzable no edificat. Aquest criteri és el que caldria aplicar en el present cas, atès que, tal com diu l'art. 120 de la LUC, aquells defectes d'adjudicació s'han de valorar com si l'adjudicació hagués estat possible.

En conseqüència la valoració contemplarà:

- com aprofitament, l’aprofitament que no ha estat possible adjudicar.
- com a valor de repercussió, “el valor de repercusión del suelo según el uso correspondiente, determinado por el método residual estático”.
- De la quantitat resultant, s’haurà de descomptar l’import de les obres d’urbanització, però no la taxa lliure de risc i prima de risc, al no ser conceptes propis del mètode residual estàtic.

Barcelona, a març de 2009.

INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN LA FASE DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Héctor García Morago
Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo

EL CARÁCTER PRECEPTIVO O POTESTATIVO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA SANCIONES LOCALES DE CARÁCTER NO TRIBUTARIO. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 108 DE LA LEY BÁSICA DE RÉGIMEN LOCAL (LBRL) 2

SENTENCIA N° 337/2002 del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN QUINTA) , ROLLO DE APELACIÓN N° 74/2002..... 2

SENTENCIA: 00120/2007 de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA (SEC. UNICA),OVIEDO, APELACION Nº 257/06, SENTENCIA DE APELACIÓN Nº 120/07..... 3

SENTENCIA NUM. 149 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES 6

LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA INTERPOSICIÓN DE UN RECURSO DE REPOSICIÓN POTESTATIVO 7

SENTENCIA: 20495/2008 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SECCION QUINTA), RECURSO Nº: 1082/05 SECCION 5ª 7

LA AUSENCIA DE RESOLUCIÓN EXPRESA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN 10

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMOS Contencioso sección 5 del 15 de Diciembre de 2004, (ROJ: STS 8106/2004), Recurso: 97/2002 Ponente: RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE..... 10

Voto Particular 16

LA AUSENCIA DE RESOLUCIÓN EXPRESA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN 19

STS Contencioso sección 5 del 22 de Septiembre de 2008 (ROJ: STS 5152/2008) Recurso: 69/2005 Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS 19

LA PRESCRIPCIÓN DEBE SER APRECIADA PROCESALMENTE COMO UNA CUESTIÓN DE FONDO 23

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Contencioso sección 2 del 25 de Septiembre de 2001 (ROJ: STS 7164/2001), Recurso: 6789/2000 Ponente: JAIME ROUANET MOSCARDO..... 23

LA OBLIGADA APLICACIÓN RETROACTIVA DE NUEVOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN MÁS FAVORABLES PARA EL IMPUTADO, ATENDIDO EL CARÁCTER MATERIAL DEL INSTITUTO 23

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Contencioso sección 2 del 26 de Marzo de 2008 (ROJ: STS 927/2008), Recurso: 93/2004 Ponente: MANUEL VICENTE GARZON HERRERO 23

LOS EFECTOS INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN DE ACTOS INVALIDADOS POR LOS TRIBUNALES 25

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Contencioso sección 2 del 19 de Abril de 2006 (ROJ: STS 4904/2006), Recurso: 58/2004 Ponente: MANUEL VICENTE GARZON HERRERO 25

SENTENCA Nº 426/04 DEL TRINBUNAL SUPERIOR DE JUSTICICA DE CATALUÑA Contencioso sección 1 del 22 de Abril de 2004 (ROJ: STSJ CAT 5127/2004), Recurso: 331/2000, Ponente: EMILIO RODRIGO ARAGONES BELTRAN 26

LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN MEDIANTE LA REITERACIÓN DE PROVIDENCIAS DE APREMIO: UNA PRÁCTICA IRREGULAR 27

LA CARGA ADMINISTRATIVA DE AVERIGUAR EL DOMICILIO DEL PRESUNTO RESPONSABLE27

STC 128/2008, de 27 de octubre de 2008 27

STC 226/2007, de 22 de octubre de 2007 28

Se trata de ver –con la ayuda de las jurisprudencia- en qué medida la demora de la Administración en resolver los recursos de alzada o de reposición puede hacer renacer el cómputo de los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas. Y no sin examinar otras cuestiones previas o colaterales.

EL CARÁCTER PRECEPTIVO O POTESTATIVO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA SANCIONES LOCALES DE CARÁCTER NO TRIBUTARIO. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 108 DE LA LEY BÁSICA DE RÉGIMEN LOCAL (LBRL)

Existe algún pronunciamiento jurisdiccional en pro del carácter preceptivo del recurso de reposición:

SENTENCIA N° 337/2002 del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN QUINTA) , ROLLO DE APELACIÓN N° 74/2002

En la Ciudad de Barcelona, a diez de mayo de dos mil dos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(…)SEGUNDO.- La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, ha venido a modificar el contenido del artículo 108 de la Ley de Bases del Régimen Local, el cual dispone en la actualidad que, contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales, y de los restantes ingresos de Derecho público de las Entidades locales, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, se formulará el recurso de reposición específicamente previsto al efecto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

Como ya ha puesto de relieve la sentencia de la Sección 1ª de esta Sala de 16 de octubre de 2000, a la que acertadamente hace referencia la resolución apelada, la finalidad de esta reforma, íntimamente conectada con la del artículo 14 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, no era otra que la de ampliar el actual alcance de las normas generales de gestión, liquidación, inspección, recaudación y revisión de los tributos locales a los restantes ingresos de Derecho público de las Entidades locales, entre los que se incluyen expresamente las multas y sanciones. Igualmente se pretendía consolidar en el recurso de reposición obligatoria el régimen de impugnación en vía administrativa de los actos de gestión de los tributos y demás ingresos de Derecho público de las Entidades locales.

En consecuencia, a la vista de la finalidad de la reforma, debe concluirse que el artículo 108 de la Ley de Bases del Régimen Local, por excepción del régimen general contemplado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece el carácter preceptivo del recurso de reposición frente a las resoluciones de las Entidades locales que impongan multas y sanciones de carácter pecuniario, pues así lo establece dicho precepto de forma expresa y taxativa.

Por otra parte, no cabe considerar que la necesidad de dicho recurso se limite a la vía de apremio, puesto que el citado artículo 108 se refiere a la "aplicación y efectividad" de las multas y sanciones pecuniarias, lo cual incluye lógicamente la resolución sancionadora, al igual que, en el ámbito estrictamente tributario, se comprenden los actos de gestión y liquidación.

Por todo ello, al no haber formulado el actor el preceptivo recurso de reposición contra la resolución sancionadora, pese a que su necesidad se le advirtió expresamente al notificársele la misma, debe concluirse que el recurso contencioso-administrativo resulta efectivamente inadmisible, por lo que ha de confirmarse en sus propios términos la sentencia apelada.

TERCERO.- En otro orden de cosas, no cabe considerar que la falta de interposición de dicho recurso administrativo sea subsanable, no sólo porque el artículo 138 de la Ley Jurisdiccional se refiere exclusivamente a los actos procesales, a diferencia del anterior artículo 129.3 de la Ley de 1956, sino porque cuando se interpuso el recurso contencioso-administrativo ya había transcurrido con exceso el plazo de un mes previsto en el artículo 14.2.c) de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, y por ello no cabe interponer posteriormente el recurso de reposición, fuera del término legalmente establecido.

Pero también existen pronunciamientos en sentido opuesto:

SENTENCIA Nº 26/05 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA (SECCIÓN PRIMERA), ROLLO DE APELACIÓN Nº 214/03

En Murcia a treinta y uno de Enero de dos mil cinco.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

(…)CUARTO.- La sentencia apelada se hace eco de la novedad introducida por la Ley 4/99 en materia de recursos, recuperando el recurso de reposición (art. 116 y 117) como recurso ordinario pero con carácter potestativo. Por otro lado resalta la especialidad que la materia tributaria presenta en el orden local, de manera que el art. 108 LBRL suprimió la vía económico-administrativa, creando un recurso de reposición que pasó de ser potestativo a preceptivo, aplicable a tributos e ingresos públicos. Así las cosas era llamado para su aplicación el art. 14.4 de la LHL (Ley 39/88), pero este artículo ha sido reformado por la Ley 50/98 , suscitándose la duda de cual sea el ámbito de aplicación de este recurso de reposición, pues el art. 14.2 a) de la Ley 39/88 señala como objeto los actos locales en la gestión de sus tributos locales y restantes ingresos de derecho público, y el art. 108 de la LBRL también incluye entre los restantes ingresos de derecho público las prestaciones patrimoniales de carácter publico no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias. Pero este régimen, que parece contemplar el carácter preceptivo del recurso de reposición en materia tributaria y en los restantes ingresos públicos no tributarios (incluida las multas), es contradictorio con el nuevo establecido por la Ley 4/99 , porque en su disposición adicional quinta, dos, dispone que "la revisión de actos en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y disposiciones de desarrollo y aplicación de la misma". Este precepto hace concluir a la juzgadora de instancia, cuyo criterio comparte la Sección por considerarlo acertado, que la Ley 4/99 impide que se aplique el régimen singular del recurso de reposición más allá del ámbito estrictamente tributario, pues la normativa básica no admite más excepciones que las que de forma expresa se recogen en la disposición adicional citada. Concluye que en materia de multas no cabe aplicar el mencionado régimen tributario de recursos a las multas, y por tanto el recurso de reposición en esta materia es potestativo. La Sala confirma este criterio rechazando la inadmisibilidad alegada (…)

SENTENCIA: 00120/2007 de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA (SEC. UNICA),OVIEDO, APELACION Nº 257/06, SENTENCIA DE APELACIÓN Nº 120/07

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Cinco de los de Oviedo, de 19 de Septiembre de 2006 que acordaba declarar inadmisible el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la apelante contra la Resolución sancionadora del Ayuntamiento de Ribadeo, de 2 de Febrero de 2006, por una infracción de trafico, que le impuso una multa de 301,00 euros, por no identificar al conductor responsable de la infracción.

SEGUNDO.- La base jurídica utilizada en el Auto impugnado, para concluir en la inadmisibilidad del recurso jurisdiccional por falta de agotamiento de la vía administrativa, es el art. 108 de la Ley de Bases de Régimen Local , que al entender del Juzgador de instancia establece el recurso de reposición con carácter preceptivo, y en tal sentido el acto administrativo impugnado informa de la preceptividad de tal recurso de forma inequívoca, sin que constase acreditada su interposición.

(…)No obstante la apelación a la tutela judicial efectiva que cobra especial relevancia en los supuestos de declaraciones de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo que impiden al administrado obtener

una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión litigiosa, con posible afectación de tal derecho fundamental, obliga a la Sala a resolver sobre el tema central de esta apelación, es decir si el art. 108 de la Ley de Bases de Régimen Local , establece o no, un recurso preceptivo de reposición frente a las multas impuestas por los Ayuntamientos por infracciones de trafico, y en consecuencia si su no interposición ha de dar lugar a la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por falta de agotamiento de la vía administrativa, a tenor de lo dispuesto en el art. 51,1,d) en relación con el 25,1 de la Ley Jurisdiccional .

TERCERO.- El art. 108 de la Ley de Bases de Régimen Local en su actual redacción, tras la reforma operada por la Ley 50/1998, de 30 de Diciembre , establece lo siguiente : "Contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales, y de los restantes ingresos de Derecho Público de las entidades locales, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, se formulará el recurso de reposición específicamente previsto a tal efecto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales. Dicho recurso tendrá carácter potestativo en los municipios a que se refiere el título X de esta ley". El último inciso de este precepto legal fue añadido por la Ley 57/2003, de 16 de Diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno Local y no es de aplicación al caso que aquí se enjuicia.

Como recuerda la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sec.1ª) del TSJ de Cataluña, de 16 de Octubre de 2000 y reitera la del mismo Tribunal de 13 de Febrero de 2004,el texto legal (Ley 50/1998, art 21) procede de la enmienda núm. 322 del Congreso de los Diputados, justificada exclusivamente en coherencia con la enmienda que propició la reforma de hasta 35 preceptos de la LHL, por lo que es en esta enmienda (la núm. 288) donde hay que buscar las justificaciones a las modificaciones que se introducen:

1.- Ampliar el actual alcance de las normas generales de gestión, liquidación, inspección, recaudación y revisión de los tributos locales a los restantes ingresos de Derecho público de las Entidades locales tales como precios públicos y demás prestaciones patrimoniales de carácter público y multas y sanciones, en análogos términos que en la Administración del Estado.

2.- Consolidar en el recurso de reposición obligatoria el régimen de impugnación en vía administrativa de los actos de gestión de los tributos y demás ingresos de Derecho público de las Entidades Locales.

En realidad, la modificación del art. 108 de la Ley 7/1985 no fue sino consecuencia de la reforma del art. 14 LHL , donde, según la justificación de la misma enmienda, "se consolida el recurso de reposición como recurso obligatorio para la impugnación de los actos dictados en vía de gestión de los tributos y demás ingresos de Derecho público de las Entidades locales; además, se procede a la regulación íntegra de dicho recurso de reposición. Esta modificación lleva aparejada la consecuente del art. 108 de la Ley 7/1985. También se lleva a cabo la derogación expresa de los preceptos correspondientes del Real Decreto 803/1993 ".

Incluso con la redacción anterior del art. 108 de la Ley 7/1985 ("podrá formularse"), la jurisprudencia ya entendió que el recurso de reposición era preceptivo (SSTS de 4 de octubre de 1995 y de 9 de marzo de 1992). Actualmente, con la reforma por la Ley 50/1998 , al decirse que "se formulará" el recurso, se quiere insistir en el mismo carácter preceptivo de éste -"reposición obligatoria", "recurso obligatorio", según la justificación de la enmienda parlamentaria que ha propiciado la modificación"-, si bien el carácter preceptivo, como es obvio, lo es únicamente para acceder a la posterior impugnación jurisdiccional ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, referencia ésta al recurso Contencioso-Administrativo que desaparece del art. 108 .

Con la reforma, en consecuencia, se ha pretendido que se haya "consolidado en el recurso de reposición obligatoria el régimen de impugnación en vía administrativa". Por tanto, los efectos de la omisión del recurso de reposición, siempre que la notificación previa cumpla los requisitos legales, habrán de ser la inadmisibilidad del posterior recurso Contencioso-Administrativo, conforme a la letra c) del art. 69 de la Ley 29/1998, o en su caso, 51,1 , c), como aquí aconteció.

En efecto, según el citado art. 25.1 de la Ley 29/1998 , reguladora de esta Jurisdicción, el recurso Contencioso-Administrativo sólo es admisible en relación con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa. Los efectos de la omisión de la reposición preceptiva en materia de ingresos de derecho público de la entidades locales han de ser los mismos que los producidos en caso de no haberse agotado la vía administrativa o, en su caso, la económico-administrativa (cfr., entre otras muchas, la STS de 31 de enero de 1998).

Se ha superado así la confusión resultante, primero, de la supresión de la vía económico-administrativa en 1985-1986, y, posteriormente, de la supresión general del recurso de reposición en la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Procedimiento Administrativo Común , y de la redacción de la Disposición adicional quinta de la misma, que propició toda suerte de interpretaciones sobre la subsistencia o no del recurso de reposición entonces regulado en el art. 14.4 LHL , y, en su caso, sobre su carácter preceptivo como previo al recurso Contencioso-Administrativo.

La dificultad surgió porque la elección del llamado "recurso de reposición" como previo al recurso Contencioso-Administrativo no se vino entendiendo como la vía económica-administrativa previa propia de las Entidades locales y sustitutiva de la estatal suprimida en 1985-1986, sino como continuador de la clásica reposición, regulada en la Ley Jurisdiccional de 1956 y en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 .

Uno u otro entendimiento tiene consecuencias procesales bien diversas, porque de entenderse que se trata de una genuina reposición (presupuesto o diligencia preliminar de la impugnación jurisdiccional), sería de aplicación toda la normativa y jurisprudencia sobre las consecuencias de su omisión, incluso su carácter subsanable, como antes regulaba el art. 129.3 de la Ley Jurisdiccional de 1956 y ahora habría de entenderse comprendido dentro de los apartados 1 y 2 del art. 138 de la Ley 29/1998. Pero este criterio, aún entendiendo que se trata de una reposición preceptiva u obligatoria, conduciría, en la práctica, a una manifiesta desvalorización de la vía administrativa previa en materia de tributos locales, con notorias e injustificadas diferencias frente a la existente en los tributos estatales y autonómicos.

Debe concluirse, pues, que el llamado recurso de reposición constituye actualmente, no obstante su denominación, la vía administrativa o económico-administrativa previa en materia de tributos locales. Por tanto, el único acto impugnable ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativo será el que lo resuelva en cuanto que será el que "ponga fin a la vía administrativa" tal como exige el repetido art. 25.1 de la Ley 29/1998 como requisito de admisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo.

Las normas legales posteriores a la Ley 50/1999 no constituyen obstáculo para la anterior conclusión:

a) La Ley 4/1999, de 13 de enero , de reforma de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común , no incide en esta cuestión. Ciertamente, la reforma restablece en los arts. 107 y 116 a 117 el recurso de reposición con carácter potestativo, atendiendo sobre todo, según explica la Exposición de Motivos, a los problemas planteados en el ámbito de la Administración Local. Pero de acuerdo con la Disposición adicional quinta de la Ley 30/1992 -también afectada por la reforma-, los procedimientos tributarios, incluidos los de revisión en vía administrativa, mantienen íntegramente sus especialidades (cfr. la STS de 4 de diciembre de 1998).

b) Tampoco tiene incidencia en esta cuestión la Ley 11/1999, de 21 de abril , de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local , y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas. Su Exposición de Motivos indica que "también se modifica el art. 52.1 a fin de reflejar el recurso de reposición potestativo contra los actos de las Entidades locales, recurso que había sido suprimido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Con ello se pretende resolver los innumerables problemas que su desaparición había ocasionado en el ámbito de la administración local". Como consecuencia de ello, la nueva redacción del citado art. 52.1 es del siguiente tenor:

"Contra los actos y acuerdos de las Entidades locales que pongan fin a la vía administrativa, los interesados podrán ejercer las acciones que procedan ante la jurisdicción competente, pudiendo no obstante interponer con carácter previo y potestativo recurso de reposición". Pero sobre tal precepto ha de prevalecer, en materia de tributos locales, el tenor del art. 108 de la misma Ley 7/1985 y la regulación del recurso de reposición como preceptivo en el art. 14.2 LHL , por tratarse de normas especiales o más específicas que prevalecen sobre el régimen general del recurso potestativo de reposición en materia local.

CUARTO.- Pero hemos de resaltar que todo lo hasta aquí dicho se refiere a "los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales y de los restantes ingresos de Derecho Publico de las entidades locales" como las multas y las sanciones pecuniarias, y lo que hemos de discernir es si la Resolución que culminando un procedimiento sancionador de trafico impone una sanción, puede o no considerarse un acto de "aplicación y efectividad de un ingreso de derecho Publico local" cuya revisión jurisdiccional precisa del preceptivo recurso de reposición, o ,por el contrario, se trata de un acto típicamente sancionador que manifiesta la potestad punitiva de la Administración Local ,cuya finalidad principal es la retribución como consecuencia de la conculcación de la norma y no la de sostenimiento del gasto publico propia de los tributos y demás ingresos públicos, en cuyo caso el recurso de reposición seria meramente potestativo, según lo previsto en el art. 52 de la LBRL .

La Sala entiende que en el caso de las multas es preciso diferenciar, el procedimiento sancionador, cuyo acto definitivo es la Resolución que le pone fin, que podrá ser objeto del potestativo recurso de reposición o del correspondiente recurso contencioso- administrativo, y, el procedimiento de exacción de la multa impuesta en aquella resolución, cuyo régimen de recursos será el previsto en el art. 108 de la LBRL en relación con el 14 de la Ley de Reguladora de las Haciendas Locales.

En este sentido la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Baleares , de 29-2-2000 señala : "resulta evidente que de la lectura del art. 108 de la Ley 7/85, de 2 de abril , en su redacción dada por la Ley 50/98 ..., el acto administrativo impugnado no puede ser encajado dentro del concepto de ingreso de derecho pública, pues la multa que recoge el mismo viene determinado por la resolución sancionadora que pone fin al expediente administrativo, y que, al no haber sido consentida y ser recurrida, no convierte a aquélla en ejecutiva; es decir, que la resolución que versará sobre la aplicación y efectividad del ingreso únicamente se producirá una vez que haya alcanzado firmeza la sanción pecuniaria y no se produzca su pago en período voluntario y se abra la vía de apremio, pero no antes. A ello no se opone el que la Administración demandada, al notificar dicha resolución sancionadora, ofreciera dicho recurso de reposición con carácter preceptivo, pues como es sabido la indicación equivocada de un recurso no impide el ejercicio, en tiempo y forma, del recurso contencioso administrativo, tal y como ocurrió en el presente caso."

QUINTO.- En definitiva contra la resolución sancionadora el recurso de reposición es meramente potestativo, de conformidad con lo establecido en el art. 52 de la LBRL , y en consecuencia procede estimar el presente recurso de apelación y revocar el Auto impugnado, admitiendo a tramite el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la Resolución del Ayuntamiento de Ribadeo de 2 de Febrero de 2006.

SENTENCIA NUM. 149 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

Palma de Mallorca, a 29 de febrero de dos mil

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de la sentencia recurrida, que es la dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, de fecha 25 de septiembre de 1.999 , por la que se declaraba inadmisible el recurso interpuesto contra Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Manacor, en fecha 30 de marzo de 1.999, que, poniendo fin al expediente administrativo sancionador NUM000 , impuso al recurrente-apelante la sanción de multa de 50.000 pesetas, al imputarle una infracción de tráfico por conducir un vehículo con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0'4 miligramos por litro.

La inadmisibilidad es declarada por la sentencia recurrida en base a lo dispuesto en el art. 108 de la Ley 7/1985, de 2 de abril , en su redacción dada por la Ley 50/1998 de 30 de diciembre , estimando que, al no haber cumplido el actor con el trámite de haber interpuesto el preceptivo recurso de reposición, en aquél precepto ordenado, contra el acto impugnado no se había agotado la vía administrativa, y en definitiva, existía causa de inadmisibilidad del recurso conforme a lo establecido en el art. 69.c) de la Ley de esta Jurisdicción .

Frente a la anterior tesis sostenida por la sentencia recurrida, se alza, el hoy apelante, criticando la misma en el sentido de señalar que tanto el art. 108 de la Ley 7/1985 como el art. 2.2 de la Ley 39/1988 , regulan la interposición del recurso de reposición contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las Entidades Locales, y en el presente caso, al no estar en presencia de un acto administrativo de aplicación y efectividad de un ingreso de derecho público de una entidad local, sino ante una resolución de un expediente sancionador incoado con motivo de una presunta infracción de tráfico, no es exigible la interposición de recurso de reposición, y por tanto, el recurso contencioso administrativo interpuesto era perfectamente admisible al haberse agotado la vía administrativa.

SEGUNDO.- Planteada así la presente cuestión litigiosa, la misma debe resolverse en favor de la tesis mantenida por - el apelante, pues resulta evidente que de la lectura del art. 108 de la Ley 7/85, de 2 de abril , en su redacción dada por la Ley 50/98 "Contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales, y de los restantes ingresos de Derecho público de las Entidades locales, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, se

formulará el recurso de reposición específicamente previsto al efecto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales"- el acto administrativo impugnado no puede ser encajado dentro del concepto de ingreso de derecho pública, pues la multa que recoge el mismo viene determinado por la resolución sancionadora que pone fin al expediente administrativo, y que, al no haber sido consentida y ser recurrida, no convierte a aquélla en ejecutiva; es decir, que la resolución que versará sobre la .aplicación y efectividad del ingreso únicamente se producirá una vez que haya alcanzado firmeza la sanción pecuniaria y no se produzca su pago en período voluntario y se abra la vía de apremio, pero no antes. A ello no se opone el que la Administración demandada, al notificar dicha resolución sancionadora, ofreciera dicho recurso de reposición con carácter preceptivo, pues como es sabido la indicación equivocada de un recurso no impide el ejercicio, en tiempo y forma, del recurso contencioso administrativo, tal y como ocurrió en el presente caso.

En consecuencia procede la estimación del recurso de apelación con la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia, al rechazarse la causa de inadmisibilidad en que se fundamentaba la misma. Y ello, por aplicación de lo dispuesto en el nº 10 del artículo 85 de la Ley 29/1998 , de esta Jurisdicción, obliga a resolver al mismo tiempo sobre el fondo del asunto, que es lo que hacemos a continuación (…)

LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA INTERPOSICIÓN DE UN RECURSO DE REPOSICIÓN POTESTATIVO

La interposición de un recurso de reposición de carácter potestativo determinará, ello no obstante, que sea la resolución de este último la que ponga fin a la vía administrativa a los efectos de lo dispuesto en el art. 138.3 de la Ley básica 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC):

SENTENCIA: 20495/2008 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SECCION QUINTA), RECURSO Nº: 1082/05 SECCION 5ª

En la Villa de Madrid a veintiuno de julio de dos mil ocho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en esta litis la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid (TEARM) de 27-6- 05 por la que se desestima la reclamación económico-administrativa (REA) NUM000 , interpuesta contra Acuerdo de la AEAT de 10-7-03, desestimatorio de recurso de reposición suscitado contra providencia de apremio, sobre descubierto de liquidación por sanción gubernativa del INE, por importe de 360,61 euros.

Dicha desestimación deriva de que el TEARM no aprecia que exista falta de firmeza de la sanción de la que deriva la liquidación en apremio, cual alegaba el reclamante, a la vista de las actuaciones practicadas (la reposición seguida es potestativa), lo que lleva a confirmar la providencia impugnada.

SEGUNDO.- La impugnación actora insiste en considerar que la providencia de apremio incurre en nulidad, al haberse dictado sin ser firme la sanción administrativa de que trae causa, que fue recurrida en reposición administrativa, pasándose al apremio sin resolver tal recurso, citando jurisprudencia al efecto.

La Abogacía del Estado sustenta en autos la desestimación del recurso, dadas la actuación impugnada y el procedimiento seguido, no dándose ninguna de las causas legalmente tasadas de oposición a la providencia de apremio impugnada.

TERCERO.- Dispone el artº 138 LGT 63 lo que sigue:

"1. Contra la procedencia de la vía de apremio sólo serán admisibles los siguientes motivos de oposición:

a) Pago o extinción de la deuda.

b) Prescripción.

c) Aplazamiento.

d) Falta de notificación de la liquidación o anulación o suspensión de la misma.

2. La falta de notificación de la providencia de apremio será motivo de impugnación de los actos que se produzcan en el curso del procedimiento de apremio".

Pues bien, cual recoge, entre otras muchas, y a título de ejemplo, la sentencia de esta Sala, Sección 5ª, de 2-2-00 (EDJ 14527):

"CUARTO.- Para un correcto análisis de la cuestión que es objeto de enjuiciamiento en el presente recurso contencioso administrativo es preciso tener en cuenta que la resolución recurrida no es otra que la dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional referida exclusivamente a la procedencia de la vía de apremio, pues no es objeto de este recurso la resolución en la que se acuerda la imposición de la sanción, sino sólo la que abre la vía de apremio, por lo que sólo es posible entrar a valorar si concurren alguno de los motivos de oposición a la vía de apremio que se establecen en el art. 137 de la Ley General Tributaria , hoy art. 138 , sin que por la recurrente se alegue la presencia de ninguno de tales motivos, cuales son: pago, prescripción, aplazamiento, falta de notificación reglamentaria de la liquidación, defecto formal en la certificación o documento que inicie el procedimiento y omisión de la providencia de apremio. Al no alegar ni acreditar la recurrente ninguno de tales motivos, debe concluirse que es procedente la vía de apremio, y por tanto, declararse conforme a Derecho la resolución recurrida, debiendo tener en cuanta que las manifestaciones de la recurrente fundamentalmente van dirigidas a su oposición al acto administrativo de imposición de la sanción, y la resolución del recurso de alzada en la que se confirma, frente al que sí son oponibles y en cuya impugnación se puede discutir los efectos de la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal, pero, que, como se ha dicho, no es objeto del presente recurso que se limita a determinar la procedencia o no de la vía de apremio. En consecuencia procede la desestimación del recurso contencioso administrativo."

Doctrina inveterada esta que nos recuerda la reciente STS de 7-7-07 (EDJ 127552) señalando:

"CUARTO.- ....

Como ya tiene declarado esta Sala en otras ocasiones, un elemental principio de seguridad jurídica impide debatir indefinidamente las discrepancias que puedan suscitarse entre los sujetos de la relación jurídica tributaria y conlleva la lógica consecuencia de que, iniciada la actividad de ejecución en virtud del título adecuado --lo que no aparece cuestionado en ningún momento--, no puedan trasladarse a dicha fase las cuestiones que debieron solventarse en fase declarativa".

CUARTO.- Tal normativa y doctrina, dada la actuación impugnada en este recurso y el propio ámbito de la impugnación actora, impedirían en principio el éxito del recurso actor, cabiendo significar, cual señala el TEARM, respecto del recurso de reposición interpuesto contra la señalada sanción administrativa que:

Tiene carácter potestativo (artº 116.1 LRJ_PAC, a cuyo tenor: "1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo").

Las resoluciones sancionadoras son ejecutivas desde que ponen fin a la vía administrativa (artº 138.3 LRJ-PAC).

Ahora bien, frente a lo que antecede, esta Sala, Sección 9º, en sentencia de 16-11-06 (EDJ 438049), con apoyo jurisprudencial, ha sentado lo que sigue:

"PRIMERO.- La cuestión actualmente sometida a la decisión de esta Sala consiste en si la interposición del recurso de reposición contra una resolución administrativa sancionadora obsta a su ejecutividad.....

SEGUNDO.- La resolución del presente asunto requiere considerar determinadas circunstancias relevantes.

En primer lugar, el principio general de ejecutividad de los actos administrativos (art. 94, y también 57 y 111 de la LRJ-PAC) sufre una modificación sustancial cuando se trata de resoluciones sancionadoras, pues el mencionado art. 138.3 exige para su ejecución la firmeza en vía administrativa. La razón de esta salvedad se ha buscado en los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva. En el primero, proclamado en el Derecho sancionador por el art. 137 de la LRJ-PAC , a causa de la vigencia de tal presunción hasta que la declaración de culpabilidad haya adquirido firmeza, como ocurre en el proceso penal (art. 985 de la LECrim) cuyas garantías son extensibles a la esfera administrativa sancionadora. En el segundo, porque constituye el único modo de permitir la decisión de los Tribunales sobre la suspensión de la ejecución del acto administrativo, que sólo es impugnable en vía judicial cuando haya puesto fin a la vía administrativa (art. 25.1 de la LJCA). Sobre este último aspecto existe una copiosa doctrina constitucional que, tras reconocer la plena compatibilidad de la ejecutividad de las sanciones firmes en vía administrativa con el art. 24.1 de la Constitución, declaran que el derecho a la tutela judicial se satisface «facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la

información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión» (STC 66/1984, de 6-6, y en sentido semejante las SSTC 341/1993, de 18-11, 78/1996, de 20-5 , y las que éstas citan).

Segundo; el régimen legal en que se integra el art. 138.3 contiene otros preceptos relativos a la firmeza en vía administrativa, especialmente el 109 y el 116. El primero , en sus apartados c) y d), establece que ponen fin a la vía administrativa, entre otras, las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico y cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca, supuestos en que debe entrar en aplicación el anteriormente mencionado art. 53 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. El art. 116.1 permite el recurso de reposición contra los actos que pongan fin a la vía administrativa. Una interpretación literal de estas disposiciones es la que acoge la resolución actualmente impugnada y refleja alguna resolución judicial, como la STSJ de Galicia 733/2005, de 13-10 .

Ahora bien, esta normativa no puede analizarse sin tener en cuenta que, en la redacción originaria de la LRJ-PAC aprobada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , no existía el recurso de reposición, que fue reinstaurado en nuestro ordenamiento con la importante modificación producida por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Antes de la reforma, el denominado recurso ordinario constituía el único medio de impugnación en vía administrativa. A esta situación responde el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la actividad sancionadora aprobado en cumplimiento de la disposición adicional tercera de la Ley 30/1992 , por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. El art. 21 del Real Decreto establece: «1. Las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas y contra las mismas no podrá interponerse recurso administrativo ordinario. 2. Las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa no serán ejecutivas en tanto no haya recaído resolución del recurso ordinario que, en su caso, se haya interpuesto o haya transcurrido el plazo para su interposición sin que esta se haya producido». Así pues, en el sistema primitivo de la LRJ-PAC, al no ser admisible otro recurso que el ordinario, éste determinaba el fin de la vía administrativa y la ejecutividad de la sanción con arreglo al art. 138.3. Es posible que en la reforma de la Ley 14/1999 haya sido descuidado la transcendencia que tiene la instauración del recurso de reposición respecto del último precepto citado.

Además, parece presentarse otra incompatibilidad, apreciable entre la literalidad de la norma del art. 116.2 , redactada en dicha reforma, con el art. 25.1 de la LJCA. A tenor de éste, sólo son impugnables ante los Tribunales los actos que pongan fin a la vía administrativa, y, según aquél, la pendencia del recurso de reposición imposibilita la interposición del recurso contencioso- administrativo, a pesar de que, con arreglo a letra de los arts. 109 y 116.1 , la resolución de la reposición no es de los actos que ponen fin a la vía administrativa.

En tercer lugar, en materia tributaria existe una concepción de la firmeza en vía administrativa a efectos de la ejecución de las sanciones que comulga con la tesis sostenida por la parte actora. El actualmente derogado Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre 200 , por el que se desarrolla el Régimen Sancionador Tributario, establecía en el art. 37.1 : «La ejecución de las sanciones tributarias quedará automáticamente suspendida, sin necesidad de aportar garantía, por la presentación en tiempo y forma del recurso de reposición o reclamación económico- administrativa que contra aquéllas proceda y sin que puedan ejecutarse hasta que sean firmes en vía administrativa». En lo que ahora interesa, el precepto equipara la firmeza con la resolución del recurso de reposición. Esta misma solución es desarrollo del art. 35 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente, y se encuentra en el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, art. 63 bis, y en la vigente Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , en el art. 224.1 en relación con el 212.3 a). La jurisprudencia, p.e. en STS 20-4-2004 , ha conceptuado dicha solución normativa como una aplicación del principio contenido en el art. 138.3 de la LRJ-PAC .

TERCERO.- Ante estas premisas, la Sala considera adecuada la tesis defendida por la recurrente, de manera que, a los efectos de dicho art. 138.3 , por resolución firme en vía administrativa o que pone fin a la misma debe entenderse la resolutoria del recurso de reposición. Es difícil entender cómo, pendiente este recurso, la vía administrativa haya concluido, cuando de hecho no es así y además el interesado se ve impedido de acudir a los Tribunales.

Esta postura es más acorde con los derechos constitucionales ya aludidos. La presunción de inocencia puede verse vulnerada si la ejecución de la sanción se precipita sin aguardar a que la Administración se haya pronunciado definitivamente sobre la existencia de la infracción, dado que, pendiente de resolución el recurso, es obvio que la sanción inicialmente impuesta todavía puede ser anulada. La tutela judicial resultaría asimismo conculcada si la ejecución de la sanción no puede ser sometida a los Tribunales durante la sustanciación de la reposición, habida cuenta de la imposibilidad de ejercicio del recurso contencioso-

administrativo hasta la decisión de ese recurso administrativo. La STS de 23-3-2005 , analizando la firmeza a efectos de la aplicación de la circunstancia agravatoria de reincidencia, declara que la firmeza en vía administrativa concurre «cuando el acto administrativo no es susceptible de recurso ordinario administrativo alguno, incluido el de reposición», lo que se acomoda a la noción de resolución firme que es propia del Derecho tributario.

En aplicación de estos criterios interpretativos debe decaer el meramente literal basado en los arts. 109 y 116.1 de la misma Ley . Como se ha dicho, la redacción originaria de la LRJ-PAC era respetuosa con la exigencia de la plena firmeza en vía administrativa de la sanción para su ejecutividad, dado que no existía el recurso de reposición. No hay ninguna circunstancia por la que sospechar que el legislador pretendiera alterar esta situación mediante la Ley 4/1999 , que, según su exposición de motivos, en materia sancionadora se limitó a suprimir la prohibición de la delegación de su ejercicio, por lo que no es irrazonable atribuir a un defecto legislativo la falta de concordancia de aquellos artículos con la subsistencia de los términos del primer párrafo del 138.3 .

Procede, en consecuencia, estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad sancionada, dado que la inejecutividad de la sanción hasta la resolución del recurso de reposición impidió la apertura del período ejecutivo y, por ende, el nacimiento de la obligación de abonar el recargo en cuestión".

En aplicación de dicha razonada que compartimos, y en aras también a los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina, procede pues la estimación del recurso actor, al haberse pasado aquí a la vía de apremio sin resolver el recurso de reposición interpuesto en plazo por el actor contra tal resolución sancionadora administrativa.

LA AUSENCIA DE RESOLUCIÓN EXPRESA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN

Seguidamente vamos a ver transcrita la sentencia del TS que resolvió un recurso de casación en interés de Ley estableciendo, como doctrina vinculante, que la demora en la resolución y notificación de los recursos administrativos deducidos contra sanciones, en modo alguno puede reabrir el cómputo de prescripción de las correspondientes infracciones.

En buena medida, la sentencia –siquiera de forma implícita- viene a considerar una carga del sancionado (y no un derecho) la posibilidad de reaccionar en sede judicial contra la “desestimación presunta” del recurso administrativo. Amén de sostener que éste último se sustancia en un estadio ajeno al ejercicio de la potestad sancionadora, al que, por añadidura, no le sería de aplicación el régimen de prescripción de los delitos asociado a la demora en la resolución de los correspondientes recursos jurisdiccionales en el orden penal.

En cualquier caso, se trata de una sentencia que cuenta con un voto particular que, por las razones que veremos plasmadas en el siguiente epígrafe, tiene todos los visos de hallarse en trance de devenir nueva doctrina sobre el particular.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMOS Contencioso sección 5 del 15 de Diciembre de 2004, (ROJ: STS 8106/2004), Recurso: 97/2002 Ponente: RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE

En la Villa de Madrid, a quince de Diciembre de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Quinta, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación en interés de la Ley que con el número 97/2002, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Letrado de la Generalidad de Cataluña en nombre y representación de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Dos de Gerona, de fecha 8 de abril de 2002, en recurso número 294/2000 . Siendo parte recurrida DON Juan Alberto , representado por la Procuradora Doña Raquel Niego Bolaño y asistido de Letrado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por el Abogado de la Generalidad de Cataluña Recurso de Casación en interés de ley 97/2002 , al amparo del artículo 100 LRJCA , por cuanto, según se expresa en el escrito de interposición del mismo, el fallo estimatorio contenido en la sentencia dictada, en fecha de 8 de abril de 2002, por el

Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Gerona (Procedimiento Abreviado 294/2000), deriva de la errónea interpretación y aplicación del artículo 81 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo , por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículo de Motor y Seguridad Vial (TALTSV) siendo errónea la sentencia que se recurre así como gravemente dañosa para el interés general.

SEGUNDO.- En síntesis, se considera por la Comunidad Autónoma recurrente que la incorrecta interpretación del artículo 81 TALTSV (en relación con la Ley Orgánica 6/1997, de 15 de septiembre , de Transferencia de Competencias Ejecutivas en Materia de Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor a la Comunidad Autónoma de Cataluña y jurisprudencia que cita de este Tribunal: SSTS de 21 de mayo de 1991, 27 de mayo de 1992, 12 de abril de 1994, 23 de octubre de 1996, 23 de junio de 1997 ó 22 de junio de 1998) es contraria a la doctrina jurisprudencial, establecida con carácter general para el ámbito sancionador de la Administración, según la cual "el límite para la posibilidad de prescripción de las infracciones administrativas se sitúa en el efectivo ejercicio de la acción para sancionar, y éste tiene lugar con la imposición de la sanción mediante el dictado de la resolución que finaliza y culmina el expediente sancionador". En consecuencia "no cabe aceptar ... que el plazo prescriptivo pueda trasladarse a la posterior vía de recurso, pues el trámite de recurso no es una prolongación del expediente administrativo, sino que debe ser visto como un plazo supraordenado al expediente conducente a la revisión de los actos que pusieran fin al mismo". Por ello, se concluye, "dictada la resolución sancionadora que pone final al expediente, no cabe ya la posibilidad de prescripción de la infracción", pues, "la mayor o menor tardanza en la resolución del recurso administrativo que se interponga encuentra su solución en la ficción del silencio negativo o desestimatorio, que permitirá la impugnación jurisdiccional del acto presunto".

TERCERO.- La sentencia de instancia, cuya doctrina se impugna por incorrecta, parte de una peculiar distribución competencial entre el Estado y la Generalidad de Cataluña en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de tráfico.

1. Tal peculiar distribución competencial constituye el primer argumento de la sentencia en la cual se expresa que implica "una circunstancia novedosa, no contemplada por la citada doctrina" del Tribunal Supremo contenida en las SSTS de precedente cita.

En concreto, se expone que el procedimiento sancionar termina con una resolución en la que se resuelven todas las cuestiones planteadas. Por ello, como quiera que a la Generalidad le corresponde la declaración de los hechos y la imposición de la sanción de multa, y, al Estado, en su caso, la sanción de privación del permiso de conducir, en realidad, la resolución sancionadora se produce en dos partes y en dos momentos procesales distintos. De conformidad con la LO 6/1997, de 15 de diciembre, de Transferencia de competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos de motor, a la Generalidad le corresponde la instrucción y resolución de los expedientes sancionadores incoados en relación con la expresada materia; y, una vez firme la resolución autonómica el expediente es remitido a la Administración del Estado, en concreto a la Jefatura Provincial de Tráfico que, previa audiencia del sancionado, formula propuesta al Delegado de Gobierno en la Comunidad Autónoma, quien decide sobre la privación del permiso de conducir.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional (ATC de 26 de febrero de 2002) resolviendo cuestión de inconstitucionalidad formulada por el propio juzgado, con tal sistema:

a) No se vulnera el principio "non bis in idem" por doble sanción.

b) No existe un doble procedimiento sancionador.

c) La Administración del Estado no puede revisar los hechos declarados probados ni su calificación jurídica, siendo imposible pronunciamientos contradictorios.

d) Se trata, pues, de un único procedimiento en el que, en la forma expresada, se articula el reparto competencial ejecutivo sobre la materia de tráfico.

2. Pues bien, partiendo de tal sistema la sentencia impugnada entiende que "no hay sanción hasta que ésta no adquiere firmeza por la confirmación expresa de la resolución recurrida en vía de recurso". En consecuencia, se expone, la Administración del Estado no puede "ejercer la parte de la acción que se le atribuye" hasta que la sanción impuesta por la Generalidad alcance firmeza. Por ello, se señala, el ejercicio de la potestad sancionadora solo tiene lugar con el dictado de una resolución firme en vía administrativa, la cual se identifica con la que resulta de resolver el recurso de alzada que se interponga contra la resolución sancionadora; esto es, que hasta el momento en que se produzca esta resolución (resolviendo expresamente el recurso de alzada), puede producirse la prescripción de la infracción.

En concreto, se expresa en la sentencia cuya doctrina se discute que "no hay sanción hasta que ésta no es firme, y no lo es hasta que no se confirma en vía de recurso", añadiéndose que "sólo a partir de ese momento, la sanción existe ..."; que "la Administración sólo sanciona si confirma la resolución sancionadora, luego también ejerce su potestad sancionadora en el recurso"; y, que, "por tanto, en el recurso administrativo también se ejercita la acción, persiguiendo la infracción"; "por lo que, en todo caso, el plazo de prescripción también debe interrumpirse en el recurso administrativo".

3. Tal interpretación es la que corresponde a las exigencias del artículo 3.1 del Código Civil , esto es, según se expresa, la más acorde con el espíritu y finalidad de la Ley, y que somete a un plazo de prescripción tanto la acción para sancionar como la acción para ejecutar la sanción, intentando un equilibrio con el principio de seguridad jurídica (9.3 CE), debiendo este principio jugar en la vía del recurso administrativo, sin que exista razón alguna para suprimir el principio en la vía del recurso "dejando al administrado a expensas de lo que decida la Administración sin sujeción a plazo". Y concluye este argumento rechazando, dado el carácter constitucional del citado principio de seguridad jurídica, la vía de la resolución presunta mediante el silencio administrativo, el cual se "establece para proteger al administrado del incumplimiento de la Administración, no para liberarla a esta de su obligación de resolver en plazo y motivadamente".

4. Por último también se apela, de conformidad con el artículo 9.3 CE al principio de la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, destacando la ausencia de diferencia sustancial entre una infracción administrativa y una falta penal, y prescribiendo la acción penal por una inactividad procesal de más de seis meses.

5. Por todo ello termina señalando que "una interpretación sistemática, finalista y constitucional de la Ley obliga a concluir que la actuación de la Administración en el recurso administrativo contra las resoluciones sancionadoras también está sujeta al plazo de prescripción de la acción para sancionar"

CUARTO.- Tal conclusión no puede ser aceptada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala que se cita como infringida, y, en consecuencia, el recurso en interés de ley ha de ser estimado.

Dejando breve constancia del sustrato fáctico del que se deriva el litigio planteado, hemos de decir:

a) Que los hechos (conducción de vehículo de motor con una tasa de alcohol en aire expirado superior a la permitida) tuvieron lugar el día 25 de julio de 1999, fecha en la que se produce la notificación de la denuncia y queda incoado el procedimiento sancionador (STS 19 de diciembre de 2000). b) Que, sin formularse alegaciones por el denunciado (para lo cual se le concedió un plazo de 15 días hábiles desde la anterior fecha de notificación), la resolución sancionadora fue dictada, por el Servicio Territorial de Tráfico de Gerona, en fecha 13 de septiembre de 1999, notificándose a la esposa del denunciado el día 20 de septiembre de 1999.

c) Que, en fecha de 11 de octubre de 1999, la notificada (sin que conste poder alguno) presentó escrito, que calificado como recurso de alzada, fue resuelto mediante resolución de fecha 9 de mayo de 2000, y del que no consta fecha de su notificación.

d) Con fecha de 1 de septiembre de 2000 fue interpuesto el RCA 294/00 que se tramitó ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Gerona que dictó la sentencia de fecha de 8 de abril de 2002, habiendo estado las actuaciones suspendidas entre el 23 de enero de 2001 y el 15 de marzo de 2002 , debido al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad que resultó inadmitida por ATC de 26 de febrero de 2002 .

En síntesis, se entiende producida la prescripción al haber transcurrido más de tres meses desde la interposición del recurso de alzada (11 de octubre de 1999) hasta el momento de la notificación de la resolución desestimatoria del mismo (que, aunque no consta, debe, obviamente, entenderse posterior a la fecha de la resolución: 5 de mayo de 2000).

QUINTO.- Debemos, también, rechazar que la peculiar distribución o disociación de las competencias ejecutivas en materia de tráfico tenga alcance o influencia alguna en el supuesto de autos. Baste con señalar que todo lo actuado se ha producido en el ámbito competencial autonómico y que la prescripción que se decreta surge de la extemporaneidad de la resolución del recurso de alzada. Sólo una vez firme esta resolución (que sólo ha agotado la vía administrativa), serían remitidas las actuaciones a la Administración estatal; mas, tal firmeza sólo vendría determinada bien por el transcurso del plazo de dos meses (desde su notificación), sin la interposición del recurso jurisdiccional, bien por la desestimación definitiva del mismo en esta vía.

SEXTO.- También debemos dejar constancia, en la materia concreta en la que nos encontramos, de la diferencia entre la prescripción de la infracción, que es lo declarado en la sentencia de instancia, y la caducidad del procedimiento seguido.

Cuando los hechos tuvieron lugar (25 de julio de 1999) el artículo 81.1 de TALTSV (dedicado a la "prescripción") determinaba que "la acción para sancionar las infracciones prescribe a los tres meses contados a partir del día en que los hechos se hubieran cometido"; la redacción original, establecida en el RDL 339/1990, de 2 de marzo, fue modificada por el artículo Único H) de la Ley 5/1997, de 24 de marzo, de reforma del TALTSV (en la versión inicial el plazo de prescripción para todas las infracciones era de sólo dos meses).

Con posterioridad a los hechos, el artículo 37 de la Ley 19/2001, de 19 de diciembre , ampliaría tales plazos para las infracciones graves (a seis meses) y las muy graves (al año), continuando el de tres meses para las leves. También introdujo en el precepto un plazo de caducidad de un año.

Desde la perspectiva procedimental dejamos también constancia de que se había producido la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPA , por la Ley 4/1999, de 13 de enero, LMRJPA . Por otra parte, continuaba en vigor el Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial (RPST) aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero , luego modificado -tras los hechos- por el Real Decreto 137/2000, de 4 de febrero , que establecería (de conformidad con la caducidad contemplada para los procedimientos sancionadores en el artículo 44.2 LRJPA tras su modificación por la LMRJPA) un plazo de caducidad de seis meses que, como antes señalamos, la Ley 19/2001, de 19 de diciembre , ampliaría a un año.

En consecuencia durante la tramitación del procedimiento sancionador seguido en autos no podemos contemplar:

a) Ni caducidad, porque iniciado el procedimiento el día 25 de julio de 1999, con la notificación personal de la denuncia, concluye el mismo el 20 de septiembre del citado año. Esto es, antes de los seis meses previstos en el artículo 42.4 LRJPA (tras su modificación por la LMRJPA). Plazo que se mantendría en el Real Decreto 137/2000, de 4 de febrero y que la Ley 19/2001, de 19 de diciembre , elevaría a un año.

b) Ni prescripción, porque el procedimiento comienza (25 de julio de 1999) el mismo día de los hechos (esto es, no transcurre el plazo de tres meses antes de la incoación con notificación) ni en el curso del mismo, y hasta la notificación sancionadora (20 de septiembre), se produce una paralización de la actuación administrativa, de un mes, por causa no imputable al presunto responsable, que hubiera determinado, nuevamente, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de tres meses (artículo 132.2 LRJPA). Esto es, no ha existido una paralización de tres meses desde el momento de la incoación del procedimiento y el de su conclusión mediante la notificación de la resolución sancionadora.

SÉPTIMO.- La cuestión, pues, queda centrada, desde la perspectiva de la sentencia que se impugna, en comprobar si esta última circunstancia se ha producido tras la resolución sancionadora (y su notificación, 20 de septiembre), esto es en vía de recurso, y, lo que es el fondo de la cuestión, si, en su caso, ello es jurídicamente aceptable.

Pues bien, formulado el recurso de alzada en fecha de 11 de octubre de 1999, un mes después, dada la paralización, comenzaría a correr, de nuevo, el plazo de tres meses necesario para la prescripción, la cual se entendería producida el 11 de febrero de 2000. Aunque también se podría entender que dichos plazos (de un mes más tres meses) sólo podrían computarse a partir de la conclusión del plazo para resolver el recurso (también tres meses, 115.2 LRJPA), esto es, desde el 11 de enero de 2000. Como quiera que al mes (11 de febrero) se iniciaría el plazo de prescripción de tres meses, nos quedaría la duda -pues el dato no consta en autos- de si la resolución resolviendo la alzada, de fecha 9 de mayo de 2000, habría sido notificada antes del día 11 siguiente, pues ello habría evitado la consumación del citado plazo de tres meses determinante de la prescripción.

Mas no es, dadas las características del recurso, el caso concreto lo que aquí nos concierne, sino la doctrina fijada por la sentencia.

OCTAVO.- Debemos ratificar la doctrina mantenida por este Tribunal en anteriores y reiterados pronunciamientos.

Así en la STS de 21 de mayo de 1991 se señaló que "la parte apelante expresa que la tardanza de la resolución del recurso de alzada, resulta gravemente atentatoria contra principios de derecho, garantes de la seguridad jurídica, alegación que carece de toda justificación jurídica, puesto que no obstante el deber de

la Administración de dictar una resolución expresa, aun en el caso de denegación presunta --- art. 38.2 de la Ley Jurisdiccional --- según el artículo 125 de la L. P. A ., transcurridos tres meses desde la interposición del recurso de alzada sin que se notifique su resolución, se entenderá desestimado y quedará expedita la vía jurisdiccional contencioso- administrativa, momento, por tanto en que la parte apelante pudo interponer el presente recurso, siendo por tanto su propia inactividad en ejercitar tal facultad sin esperar a la resolución expresa -- independientemente de la tardanza de ésta-- la causante de la alegada dilación en acceder a esta vía jurisdiccional, sin que pueda hablarse por ello de principio atentatorio de la seguridad jurídica". La sentencia de instancia apelada había, por su parte, señalado que "Interpuesto recurso de alzada, el actor tenía la facultad de recurrir frente a la desestimación por silencio (por el mero transcurso de un plazo de tres meses) o esperar (como hizo) a la resolución expresa de aquél. Pero el ejercicio de esta facultad nada tiene que ver, como resulta palmario, con el instituto de la prescripción, que opera en la tramitación de los expedientes y no en la vía de recurso frente a los actos que los ultiman".

Por su parte, en la STS de 27 de mayo de 1992 , aun tratándose de un supuesto de caducidad y no de prescripción, como el presente, se señaló que no cabe "entender aplicable este instituto a la vía administrativa de recurso, es decir, en los casos en que la Administración ya ha culminado el procedimiento sancionador mediante la imposición de la medida coercitiva correspondiente, pues la vía de recurso no cabe configurarla como una prolongación del expediente administrativo, sino como un plano supraordenado al expediente encaminado a la revisión de los actos que pusieron fin al mismo".

En la STS de 28 de octubre de 1996 se expresó, tras señalar que con la resolución sancionadora se puso fin al expediente sancionador, que "en este momento se produce la interrupción de la prescripción, abriéndose la vía impugnatoria, en la que ya no opera este instituto sino el del silencio negativo, como se ha dicho por esta Sala en SSTS de 21 de mayo de 1991 y 27 de mayo de 1992 ".

Por su parte, en las SSTS de 23 de junio de 1997 y 22 de junio de 1998 se añadió que "se dijo entonces, y se reitera ahora, que no cabe trasladar el plazo prescriptivo a la vía administrativa de recursos. Si la Administración ha perseguido oportunamente la infracción y la ha sancionado, sin incurrir en inactividad por plazo superior al de prescripción, lo acontecido después, en cuanto a la tardanza en resolver los recursos en sede administrativa, en nada afecta a la prescripción de la infracción sino, simplemente, a determinar si el Órgano autor de la resolución originaria actuó con arreglo al Ordenamiento jurídico. La demora en la resolución expresa de los recursos dará lugar a la ficción del silencio negativo o desestimatorio que permita la impugnación jurisdiccional del acto presunto, pero no dará lugar a una prescripción de la infracción cuando esta no se ha producido en su ámbito propio, es decir, en el expediente sancionador que finaliza y culmina con la resolución que impone la sanción. No cabe, por tanto, configurar la vía de recurso como una prolongación del expediente administrativo, sino como un plano supraordenado al expediente conducente a la revisión de los actos que pusieron fin al mismo".

NOVENO.- El ejercicio de la potestad sancionadora --y, en consecuencia, la prescripción de la misma derivada de la inacción o paralización administrativa-- solo se produce en el ámbito del procedimiento establecido, materializado en un expediente sancionador, y que concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación. Con tal determinación concluye el ejercicio de la potestad sancionadora para la que la Administración se encuentra legalmente habilitada, debiendo la misma desarrollarse, con arreglo a unos determinados principios y garantías, y en un período de tiempo determinado cuyo incumplimiento puede dar lugar a la caducidad del procedimiento o a la prescripción de las infracciones perseguidas.

Por ello no resulta trasladable a la posterior vía de recurso, cuando el ejercicio de la potestad sancionadora ya ha concluido y se ha consumado, los parámetros temporales que en la vía sancionadora hubieran determinado la prescripción de la infracción. En la posterior vía de recurso se ejercita por la Administración una potestad administrativa diferente, cual es la relativa a la revisión de la previa actuación administrativa y que se orienta no a persecución de la infracción ---propio de la potestad sancionadora--- sino a la comprobación de si el órgano inferior se ajustó ---formal y materialmente--- al ordenamiento jurídico en el ejercicio ---entonces, si--- de la potestad sancionadora.

Por ello, el ámbito propio de la prescripción es el del expediente sancionador que finaliza, culmina y se acaba con la resolución (y consiguiente notificación) sancionadora (de resultar la misma procedente), momento en el que se agota por parte de la Administración actuante el ejercicio de la potestad sancionadora. En consecuencia, la demora en la resolución expresa del recurso administrativo ---al margen de la posible exigencia de responsabilidades--- solo da lugar al silencio administrativo negativo o desestimatorio que habilita y permite la posterior revisión jurisdiccional, de conformidad con el artículo 115.2 LRJPA, en relación con el actual 43.2 in fine, que, a diferencia del antiguo (antes de la LMRJPA de 1999) 43.3.b , que se refería a los "recursos administrativos", ahora menciona, para excluirlos del silencio positivo,

a los "procedimientos de impugnación de actos y disposiciones". No cabe, pues, duda acerca de la distinta naturaleza y finalidad de ambos procedimientos (sancionador y de impugnación de actos y disposiciones), y de la diferente potestad administrativa que en cada uno de ellos se ejercita.

La interposición del recurso administrativo da lugar a un verdadero y distinto procedimiento administrativo, con autonomía y sustantividad propia que puede terminar de una forma normal (esto es, mediante una resolución expresa dictada por el órgano competente para resolverlo debidamente motivada) o de una forma ficticia, mediante el silencio administrativo, que cuenta (artículo 43.3.2º LRJPA) con "los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente". Este, pues, es el único efecto de la extemporaneidad en la resolución del recurso, sin que el legislador contemplara efecto alguno prescriptivo derivado de tal circunstancia.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional en su STC 91/2003, de 19 de mayo , al señalar (FJ 4º) que "esto es precisamente lo que sucede en el presente asunto en el que las fechas manejadas por la entidad recurrente son posteriores a la fecha de la imposición de la sanción y, por tanto, en nada servían para examinar la prescripción de la infracción ... . Por esta razón ... ese lapso temporal sólo podría tener relevancia respecto de la prescripción de la sanción ...".

DECIMO.- Debe también rechazarse, con el Tribunal Constitucional, la apelación que en la sentencia se realiza, con apoyo en el artículo 3.1 del Código Civil , al principio de seguridad jurídica. Así la STC de 147/1986, de 25 de noviembre señala que "Como es sabido, la prescripción, forma de extinción de las acciones para la defensa de un derecho cuyo origen está en lo que la doctrina ha llamado `silencio de la relación jurídica´ es una figura estrechamente conectada con la idea de seguridad jurídica, porque, para garantizarla, puede llegar a permitir la consolidación de situaciones que, en su origen, eran contrarias a la Ley cuando el titular de una pretensión no la ejercita en un plazo de tiempo que pueda considerarse razonable desde la perspectiva de la buena fe. Como la doctrina ya ha observado, en el seno de la institución de la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material que a veces ha de ceder para dar paso a aquélla y permitir un adecuado desenvolvimiento del tráfico jurídico.

Ahora bien, aunque la finalidad que mediante la institución de plazos de prescripción se pretende conseguir sea perfectamente legítima desde el punto de vista de la Constitución, lo anterior no quiere decir que en términos generales la fijación de un plazo de prescripción de acciones sea una exigencia que debe ser respetada en todo caso para que la propia Constitución pueda entenderse respetada, porque la Constitución, que ha consagrado el principio de seguridad jurídica, no ha hecho lo propio con la prescripción. Si se han de declarar prescriptibles o no las acciones, ello es algo que en principio debe decidirlo el legislador, valorando las circunstancias concurrentes en cada caso. Pueden existir casos en que se den circunstancias muy determinadas, en los que no establecer un plazo de prescripción ---cualquiera que sea--- puede vulnerar la Constitución, por implicar un excesivo sacrificio del principio de seguridad jurídica en beneficio del valor-justicia; es lógico que, si ese sacrificio excesivo se produce, este Tribunal pueda comprobarlo y por ello determinar que se ha desconocido ese principio porque esto último pertenece a la competencia de la jurisdicción constitucional, aunque no lo sea la valoración de los criterios de oportunidad que haya podido manejar el legislador".

Y esta misma jurisprudencia constitucional nos sirve de apoyo para rechazar la equiparación que se pretende, en este punto, entre las vías penal y administrativo sancionadora, queriendo aplicar a esta la prescripción que en aquella se proclama en vía de recurso jurisdiccional. Desde el principio el Tribunal Constitucional señaló (STC 18/1981, de 8 de junio) que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25 , principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (SS 29 septiembre, 4 y 10 noviembre 1980, Sala 4ª , entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales". Añadiendo que "las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y a la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE en materia de procedimiento han de ser aplicados a la potestad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 CE . No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional".

No resulta, pues, de recibo la equiparación que se pretende entre la alzada administrativa y los recursos penales de apelación o casación, pretendiendo extrapolar a aquella la prescripción para estos prevista. La

diferencia entre el recurso administrativo y el recurso jurisdiccional es palmaria y no necesita muchas demostraciones dada su elementalidad: el recurso administrativo se interpone ante y se resuelve por la Administración Pública, que actúa, asumiendo la posición bifronte de juez y parte. A pesar de la procesalización que puede observar en los recursos administrativos, estos, sin embargo, difieren con los recursos jurisdiccionales, y, en concreto, con el contencioso- administrativo, que se interpone ante órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, integrado en el Poder Judicial (artículos 9.4 y 24 de la Ley Orgánica 6/1985, de 7 de julio , del poder Judicial), participando como tal de todas las notas definitorias del mismo establecidas en el Título VI de la Constitución . En consecuencia, ni por su fundamento, ni por su naturaleza ni por los órganos ante los cuales se interponen, ni, en fin, por los efectos de su resolución, los recursos administrativos son equiparables a los jurisdiccionales, siendo claras y evidentes la diferencias de calificación, de competencia y de procedimiento. El recurso es, pues, un procedimiento administrativo propiamente tal, sujeto por ello a las mismas limitaciones que todos los de su género y al juego de toda una serie de principios que introducen forzosamente múltiples modulaciones en el esquema del proceso judicial tomado como modelo para su regulación positiva.

DECIMO PRIMERO.- En definitiva, y con arreglo a lo expuesto, procede estimar el presente recurso de casación en interés de Ley, así como declarar que"El límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía de recurso" como así no ha sucedido en estos autos, sin haber lugar a declaración alguna sobre costas.

FALLAMOS

Que con respeto de la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, declaramos haber lugar y estimamos el recurso de casación interpuesto en interés de Ley contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Gerona de 8 de abril de 2002 dictada en el procedimiento abreviado 294/2000 de ese Juzgado, fijándose aquí la siguiente doctrina legal: "El límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía de recurso".

Sin declaración sobre costas.

Esta sentencia se publicará en el Boletín Oficial del Estado, vinculando, a partir de esta inserción a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de esta orden jurisdiccional.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR, que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesús Ernesto Peces Morate, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. Don Pedro José Yagüe Gil, por disentir de la decisión adoptada por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia pronunciada el 15 de diciembre de 2004 en el recurso de casación en interés de la Ley número 97 de 2002:

PRIMERO.- Mi total discrepancia con la tesis mantenida en la sentencia pronunciada por esta Sala, declarando haber lugar al recurso de casación en interés de la Ley contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Gerona, sostenido por la representación procesal de la Generalidad de Cataluña, se basa en el significado jurídico de la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas y en los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración y el procedimiento administrativo sancionador, que son los que inspiran todo el ordenamiento punitivo del Estado, dado que en esta materia de la prescripción de las infracciones no existe razón alguna para apartarse de lo que constituye la más común e inveterada práctica de la jurisdicción penal, en relación con la prescripción de los delitos y faltas, recogida por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a lo que más adelante aludiré.

Por ello comparto plenamente el criterio y la decisión del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Gerona y estoy en completo desacuerdo con el parecer de mis colegas de Sala, que, anclado en una doctrina jurisprudencial basada en un superado concepto del silencio administrativo negativo y en la ejecutividad de las resoluciones administrativas, se aparta, al enjuiciar la prescripción de las infracciones, de la regulación legal de aquél, contenida en el artículo 43.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre , modificada por Ley 4/1999 , según el cual «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», lo que, evidentemente, no hace inoperante el inexcusable deber que la Administración tiene de resolver, como establece categóricamente el artículo 42.1 de la misma Ley , ni menos lo dispuesto en su artículo 138.3 para el procedimiento administrativo sancionador, en el que «la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa», de manera que, mientras no finaliza dicha vía con la decisión expresa del recurso administrativo interpuesto, la resolución carece de ejecutividad, y, por consiguiente, no hay sanción definitiva y firme en vía administrativa de la infracción cometida, razón por la que, si durante la tramitación del recurso administrativo transcurriese el plazo de prescripción de la infracción, habrá que considerarla prescrita conforme a lo ordenado en el artículo 132 de la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Al haberlo entendido así, razonándolo con absoluta coherencia y claridad, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, su criterio me parece acertado y debe respetarse.

SEGUNDO.- La prescripción, institución consagrada en todos ordenamientos jurídicos punitivos, tiene la finalidad de salvaguardia de la seguridad jurídica, como principio general del derecho, recogido expresamente en el artículo 9.3 de nuestra Constitución .

Cuando una conducta sancionable se deja de perseguir durante el tiempo señalado por la ley, como plazo de prescripción, decae la potestad del Estado para castigarla, tanto en el ámbito administrativo como en el penal.

Lo mismo sucede con la sanción o la pena inejecutadas en el plazo legalmente establecido para la prescripción de aquéllas.

Tales plazos pueden, ciertamente, interrumpirse, pero en este caso el procedimiento sancionador se paralizó en vía de recurso administrativo durante más de un mes por causa no imputable al interesado.

No cabe, además, confundir la prescripción de la infracción o de la sanción con la caducidad del procedimiento, a la que innecesariamente se alude en la sentencia de la que discrepo.

El procedimiento caducado no impide a la Administración incoar otro, siempre que la infracción o la sanción no hubiesen prescrito, de manera que no son parangonables el instituto de la prescripción y el de la caducidad del procedimiento, aunque ambos sean manifestaciones del principio de seguridad jurídica.

TERCERO.- Los preceptos, que seguidamente paso a transcribir, deben interpretarse y aplicarse concordadamente, y de ellos se deduce la conclusión jurídica plasmada en la sentencia recurrida, es decir que la infracción, al haberse paralizado el procedimiento sancionador en vía de recurso administrativo por más tiempo que el fijado en la ley para su prescripción, hace decaer la potestad de la Administración para sancionarla.

Entre los principios de la potestad sancionadora de la Administración, el artículo 132.1 de la Ley 30/1992 , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contempla el de la prescripción de las infracciones en el plazo que la ley establezca, fijando el propio precepto, con carácter supletorio, determinados plazos de prescripción según se trate de muy graves, graves o leves.

En el apartado segundo del mismo precepto, se dispone que el plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiese cometido, señalándose en el segundo párrafo de este mismo apartado que «interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviese paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable».

En cuanto a los principios del procedimiento sancionador, el artículo 138.3 dispone que «la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa», de manera que no existe decisión sancionadora eficaz hasta tanto no se dicta la resolución que pone fin a la vía administrativa, que, en el caso enjuiciado, lo fue al resolverse el recurso de alzada, que oportunamente dedujo el interesado contra la resolución sancionadora del Delegado Territorial en Gerona del Gobierno de la Generalidad de Cataluña.

Mientras no se pronunció por el Director del Servicio Catalán de Tráfico la resolución expresa desestimatoria del recurso de alzada, la decisión sancionatoria no fue ejecutiva, y, por consiguiente, no era posible ejecutar la multa impuesta, aunque, desde la interposición del recurso de alzada, hubiese transcurrido el plazo para

entenderlo desestimado (artículo 115.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) y tuviese el interesado la posibilidad de deducir el correspondiente recurso en sede jurisdiccional.

Así, pues, la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada no confirió a la resolución sancionadora carácter ejecutivo, sino que facultó al interesado para deducir el oportuno recurso contencioso-administrativo, sin que ello, no obstante, exonerase al Director de Servicio Catalán de Tráfico de dictar resolución expresa, como establece el artículo 42.1 de la Ley 30/1992 , modificada por Ley 4/1999 , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero, además, la sanción de multa, impuesta por del Delegado Territorial en Gerona del Gobierno de la Generalidad de Cataluña, no era ejecutiva, de manera que la persecución de la infracción, presuntamente cometida, estaba sujeta al plazo de prescripción legalmente establecido, pues el procedimiento se había detenido en vía de recurso administrativo, por causa no imputable al presunto responsable, durante un plazo superior al fijado por la Ley para la prescripción de la infracción perseguida en el procedimiento.

La tesis sostenida por mis colegas de Sala conduce a un resultado incompatible, a mi parecer, con el instituto de la prescripción y con el principio de seguridad jurídica, ya que, durante un tiempo indefinido (el de la sustanciación del recurso administrativo), no resultaría aplicable la prescripción de la infracción ni la prescripción de la sanción, la primera porque se habría sancionado con una multa, sin haberse puesto fín a la vía administrativa, y la segunda porque dicha sanción es inejecutable, y, por consiguiente, no puede comenzar el cómputo de la prescripción de ésta conforme al artículo 132.3 de la repetida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , según el cual el plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

De esta manera el ciudadano o administrado se encuentra sumido en una insostenible inseguridad jurídica porque no puede transcurrir en su favor el plazo de prescripción de la infracción ni el de prescripción de la sanción, debido a que la Administración incumple su deber de resolver expresamente el recurso de alzada.

CUARTO.- El criterio del juzgador de instancia, compartido en este voto particular, es el mantenido inequívocamente por la jurisdicción y jurisprudencia penales en relación con la prescripción de los delitos y faltas, como se refleja en la reciente Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 22 de noviembre de 2004 (recurso de casación 2443/2002), que paso brevemente a exponer porque rotunda es la doctrina en ella expuesta, recogiendo lo que el propio Ministerio Fiscal entiende como un supuesto evidente de prescripción.

La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid había dictado sentencia, con fecha 28 de junio de 2002 , condenando a los acusados, en lugar de por el delito de falsedad que les imputaba el Ministerio Público, por una falta de estafa, cuya sentencia fue impugnada en casación por aquéllos.

Las actuaciones se pasaron al Ministerio Fiscal para instrucción el día 27 de enero de 2003, quien evacuó dicho traslado el día 21 de octubre de 2003, suscitando, con carácter previo, la cuestión relativa a la prescripción de la falta por la que fueron condenado los acusados, dado que la causa experimentó una paralización por más de seis meses durante el trámite posterior a la sentencia, es decir, una vez que, dictada la sentencia en la instancia, había sido interpuesto recurso de casación.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo declara inequívocamente que «es evidente que se ha producido un vacío absoluto de trámite durante un periodo que ciertamente supera con exceso la previsión del artículo 132 del Código Penal para la prescripción de las faltas, por lo que debe considerarse prescrita la de esta causa y en ese sentido y por esta razón casarse la sentencia», declarando prescrita la falta, objeto del proceso, por lo que ambos acusados resultaron definitivamente absueltos.

QUINTO.- Se recuerda en la sentencia, de la que disiento, que el Tribunal Constitucional ha declarado que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, para llegar a la conclusión de que en esta materia de la prescripción de las infracciones no pueden equipararse los recursos administrativos a los jurisdiccionales en el orden penal.

Admitiendo lo primero, no estamos, sin embargo, de acuerdo con la conclusión, porque las únicas razones para que así fuese, y en ello se basaba la jurisprudencia contencioso-administrativa que en la sentencia mayoritaria se cita, eran, de una parte, la inmediata ejecutividad de los actos de la Administración (artículos 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), sin que existiese precepto específico alguno que la suprimiese para el procedimiento administrativo sancionador, a diferencia de lo que sucede a partir de la entrada en vigor del artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, de otra, la concepción legal y jurisprudencial del silencio administrativo negativo (artículos 1.3, 94, 125.1 y 141.3 de la Ley de Procedimientos Administrativo de 17 de julio de 1958), incompatible con la consagrada legalmente a partir de la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero , al artículo 43.3, segundo párrafo, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, que anteriormente hemos transcrito.

El que, como señalan mis colegas en la sentencia (último párrafo del fundamento jurídico décimo), la Administración sea juez y parte en el recurso administrativo, a diferencia del jurisdiccional, que se interpone ante los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, no es argumento para dejar de aplicar los principios relativos a la prescripción de las faltas penales a las infracciones administrativas cuando el interés o derecho, que se trata de amparar, es el de la seguridad jurídica de las personas en el marco del ordenamiento punitivo del Estado, por lo que no existe razón para hacer de peor condición al presunto responsable de una infracción administrativa que al que lo sea de un hecho punible ante la jurisdicción penal.

La sanción administrativa no se puede ejecutar hasta que la resolución administrativa sea firme en vía administrativa o se haya puesto fin a dicha vía, lo que sucede con la decisión expresa del recurso administrativo, al igual que la pena no es ejecutiva hasta que la sentencia penal deviene firme con la resolución del correspondiente recurso jurisdiccional, por lo que, si el procedimiento administrativo o el proceso penal se detienen en vía de recuso por un plazo superior al señalado por la ley para la prescripción de la infracción o de la falta, éstas habrán prescrito en uno y otro caso, impidiendo castigar al presunto responsable, de manera que la identidad no puede ser más absoluta.

Por todo lo expuesto, considero que se debe declarar que no ha lugar al recurso de casación interpuesto en interés de la Ley por el representante procesal de la Generalidad de Cataluña por ser correcta la doctrina recogida en la sentencia dictada con fecha 8 de abril de 2002 por el Juzgado número 2 de lo Contencioso-Administrativo de Gerona , con imposición a la Administración recurrente de las costas procesales causadas.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia juntamente con el voto particular, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

LA AUSENCIA DE RESOLUCIÓN EXPRESA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN

En esta sentencia en interés de Ley, la misma Sala y Sección del TS ha rechazado que la demora en la resolución del recurso administrativo pueda activar el plazo de prescripción de la “sanción”. Pero, consciente, el Tribunal, de que lo que no es posible es que no prescriba nada de nada, en su fundamento quinto (la sentencia) contiene lo que no es sino una implícita declaración de clausura de la doctrina fijada por la resolución reproducida en el epígrafe precedente.

STS Contencioso sección 5 del 22 de Septiembre de 2008 (ROJ: STS 5152/2008) Recurso: 69/2005 Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS

En la Villa de Madrid, a veintidós de Septiembre de dos mil ocho.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación en interés de la ley nº 69/2005 interpuesto por la GENERALIDAD DE CATALUÑA, representada y asistida por el Letrado de sus servicios jurídicos, contra la sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de septiembre de 2005 (recurso contencioso-administrativo 736/2001). Han sido parte en las presentes actuaciones la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y el MINISTERIO FISCAL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación en interés de la ley lo interpone la Generalidad de Cataluña contra la sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia de Cataluña de 22 de septiembre de 2005 (recurso contencioso-administrativo 736/2001) que estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad FIBRACOLOR, S.A. contra la resolución de 18 de junio de 2001 del Conseller de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya que se desestimó el recurso de alzada formulado contra la Resolución del Gerent de la Junta de Sanejament de 10 de enero de 2000 por la que se impuso una sanción de multa de 248.590 pesetas (1.494,06 euros) y una indemnización de 124.295 pesetas (747,03 euros) por la comisión de una infracción de carácter leve por el vertido de aguas residuales en condiciones inadecuadas en el río Tordera, en el término municipal de Tordera. La sentencia anula los actos impugnados en lo que se refiere a la sanción impuesta, que se declara prescrita, desestimando en cambio el recurso en lo relativo a la indemnización establecida por la Administración, que se mantiene.

Esta decisión de apreciar la prescripción en cuanto a la sanción, no así respecto de la indemnización, se justifica en la sentencia (fundamento jurídico segundo) del modo siguiente:

<< (...) 2.- En cambio, sí que asiste la razón a la parte actora en materia de prescripción de la sanción, que no en la materia de prescripción de la indemnización de daños y perjuicios establecida en los actos impugnados.

En la primera vertiente deberá notarse que por aplicación del artículo 327 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril , por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico , que desarrolla los Títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas , en la redacción dada por el Real Decreto 1771/1994, de 5 de agosto , de adaptación a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de determinados Procedimientos Administrativos en materia de aguas, costas y medio ambiente, aplicable al caso por razones temporales, debe estarse a lo dispuesto en materia de prescripción en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en su artículo 132 que establece que la prescripción en sanciones leves es de un año.

Siendo ello así y constando que la presentación del recurso de alzada contra la resolución sancionadora lo fue a 9 de febrero de 2000, una vez transcurrido el plazo de tres meses para entenderlo desestimado y por tanto ejecutiva la sanción impuesta - artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero -, sin atisbo de ejecución de la sanción impuesta, transcurrido un año a partir de esos tres meses prescribió la sanción de tal suerte que cuando posteriormente se resuelve el recurso de alzada a 18 de junio de 2001, más cuando se notifica, sólo cabe estimar la producción de efectos de esa prescripción por lo que a la sanción impuesta hace referencia.

En cambio no cabe estimar la prescripción defendida por la parte actora en los particulares relativos a la indemnización de daños producida ya que por aplicación del mismo precepto reglamentario - artículo 327.1, último inciso del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril - y como resulta obvio el plazo de 15 años no se ha agotado en su discurso.

Por todo ello procede estimar parcialmente la demanda articulada en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la Generalidad de Cataluña interpone recurso de casación en interés de la ley en el que manifiesta que la doctrina contenida en la sentencia impugnada es errónea y gravemente dañosa para el interés general y termina solicitando que se declare como doctrina legal la siguiente: << Que interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción>>.

Tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal se muestran coincidentes con las razones aducidas por la Administración recurrente y postulan que se fije la doctrina solicitada.

La Generalidad señala en su escrito que la conclusión alcanzada por la Sala del Tribunal de Cataluña es errónea porque ignora el cambio sustancial que introdujo la Ley 4/1999, de 13 de enero , en la ordenación del silencio negativo contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Así , frente a lo que se desprende de la sentencia, en la ordenación legal vigente el transcurso del plazo establecido para la resolución del recurso de alzada no determina la firmeza de la sanción, pues pervive el deber de la Administración de resolver de manera expresa que podrá ser estimatoria o desestimatoria pues no está vinculada por el sentido negativo del silencio (artículo 44.4.b de la Ley 30/1992), de manera que aquella desestimación

presunta del recurso de alzada tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso que resulte procedente (artículo 43.3, párrafo segundo, de la Ley 30/1992 según redacción dada por la Ley 4/1999). Siendo ello así, y, puesto que las resoluciones sancionadoras no son ejecutivas hasta que no sean firmes (artículo 138.3 de la Ley 30/1992), no cabe apreciar la prescripción de la sanción mientras que el recurso de alzada esté pendiente de resolución. Para que operase la prescripción sería necesario que la Administración pudiese ejecutar la sanción; pero no cabe el cómputo de la prescripción respecto de una acción o potestad que no puede ejercitarse. En apoyo de su planteamiento la Generalidad cita las sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2004 (Sección 5ª , casación en interés de ley 97/2002) y 17 de mayo de 2005 (Sección 5ª, casación 53/2004).

Añade la Generalidad que la sentencia recurrida, además de albergar una doctrina errónea, resulta gravemente dañosa para el interés general dado que la interpretación que en ella se mantiene puede llegar a consolidarse a través de previsibles pronunciamientos iguales en litigios en los que se suscite la misma cuestión. Por ello termina solicitante que se fije la doctrina legal que antes hemos dejado reseñada.

La Abogacía del Estado comparte el planteamiento de la Generalidad y también invoca la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2004 (casación en interés de ley 97/2002). Del mismo parecer es el Ministerio Fiscal que transcribe en su escrito varios apartados de la sentencia del Tribunal Constitucional STC 243/2006, de 24 de julio , en la que se declara que el transcurso de los plazos establecidos para la resolución de un recurso administrativo sin que éste haya sido resuelto de forma expresa - también allí se trataba de un recurso de alzada- no permite afirmar que la resolución sancionadora sea firme. Por ello el Ministerio Fiscal, lo mismo que antes la Abogacía del Estado, termina solicitando la estimación del recurso y que se fije como doctrina la que propugna la Generalidad de Cataluña en el escrito de interposición del recurso.

TERCERO.- En reiteradas ocasiones hemos señalado que el recurso extraordinario de casación en interés de la Ley que se regula en el artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso -administrativa está dirigido exclusivamente a fijar doctrina legal -de ahí que no pueda afectar a la situación particular derivada de la sentencia recurrida- cuando quien está legitimado para su interposición estime gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada. Pueden verse en este sentido las sentencias de esta Sección 5ª de 17 de julio de 2008 (casación en interés de ley 31/2005) y de la Sección 2ª de 22 de enero de 2005 (casación en interés de ley nº 19/2003) así como las que en esta última se citan de 22 de enero, 12 de febrero, 10, 12 y 27 de diciembre de 1997, 28 de abril y 23 de junio de 2003, entre otras.

Se trata, por tanto, de un remedio excepcional y subsidiario, sólo viable cuando la sentencia impugnada tenga carácter de firme por no caber contra ella recurso de casación ordinario ni para unificación de doctrina, y cuya única finalidad es la corrección de la doctrina errónea contenida en la sentencia recurrida mediante la formación de una "doctrina legal" que para el futuro evite que se incida en el error jurídico corregido. Siendo ello así, además de la observancia de los requisitos formales y procesales exigidos en el artículo 100.1 y 3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción -legitimación e interposición dentro de plazo acompañada de la certificación de la sentencia que se impugna-, el recurso de casación en interés de la Ley requiere ineludiblemente que la doctrina sentada por la sentencia de instancia sea gravemente dañosa para el interés general, en cuanto interpreta o aplica incorrectamente la normativa legal de carácter estatal, y que se proponga con la necesaria claridad y exactitud la doctrina legal que se postule -sentencias de la Sección 7ª de esta Sala de 12 de febrero y 28 de mayo de 2007 (recursos de casación en interés de ley 1/2005 y 10/2006).

En fin, como se declara en sentencia de la misma Sección 7ª de 8 de junio de 2005 (casación en interés de ley nº 21/2004), y luego se reitera en sentencia de 21 de diciembre de 2006 (casación e interés de ley 8/2005), a través del recurso de casación en interés de la ley no se revisa la sentencia del Tribunal "a quo" sustituyéndola por otro pronunciamiento más ajustado a derecho, incidiendo sobre la situación jurídica debatida, pues lo que se hace es delimitar para el futuro la correcta interpretación de normas jurídicas, cuando esa interpretación ha sido erróneamente realizada y de ella se derivan o pueden derivar daños para el interés general.

Pues bien, trasladando al caso que nos ocupa esa concepción del recurso de casación en interés de la ley, desde ahora dejamos anticipado que el presente recurso ha de prosperar pues la interpretación contenida en la sentencia recurrida es errónea y dañosa para el interés general; y ello por las razones que seguidamente pasamos a explicar.

CUARTO.- Tiene razón la representación de la Generalidad de Cataluña -a la que se han adherido, como hemos visto, tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal- cuando señala que la doctrina contenida en la sentencia recurrida es errónea.

Frente a lo que parece entender la Sala de instancia -aunque la sentencia no lo afirma de manera explícita- el transcurso del plazo legalmente previsto para la resolución del recurso de alzada no determina la firmeza del acto administrativo sancionador sino que únicamente habilita al interesado para interponer recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de ese alzada. En efecto, en la normativa procedimental aplicable al caso "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" (artículo 43.3 de la Ley 30/1992 redactado por Ley 4/1999), subsistiendo en todo caso el deber que el artículo 42.1 de la misma ley impone a la Administración de resolver expresamente y sin que esa ulterior resolución expresa quede predeterminada por el sentido negativo del silencio (artículo 44.4.b/ de la Ley 30/1992 , redactado también por la Ley 4/1999). De otra parte, el artículo 138.3 de la misma Ley 30/1992 establece que "la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa", lo que significa que la resolución sancionadora carece de ejecutividad mientras no se resuelva el recurso administrativo dirigido contra ella; y durante este período no cabe apreciar la prescripción de la sanción pues según el artículo 132.3 de la propia Ley 30/1992 el plazo de prescripción de las sanciones no comienza a computarse hasta que no adquiera firmeza la resolución que impuso la sanción.

Así las cosas, la tardanza de la Administración en la resolución del recurso de alzada, aparte de permitir que el interesado formule impugnación en vía jurisdiccional contra la desestimación presunta, podrá tener diversas consecuencias, como pueden ser la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente o la responsabilidad patrimonial de la Administración incumplidora, pero en ningún caso esa tardanza determinará la firmeza ni, por tanto, la ejecutividad de la resolución sancionadora; y sin ello no podrá iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.

Una vez establecido que la doctrina contenida en la sentencia es errónea, debe también ser considerada gravemente dañosa por su potencial traslación a todos los ámbitos de la actividad administrativa sancionadora.

QUINTO.- En la sentencia ya citada de 15 de diciembre de 2004 (casación en interés de ley 97/2002) esta misma Sala y Sección 5ª ha declarado que el límite para el ejercicio de la potestad sancionadora y para la prescripción de las infracciones concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, por lo que no cabe apreciar la prescripción de la infracción por la demora de la Administración en la resolución del recurso de alzada. No ignoramos que de la conjunción de esa doctrina con la que ahora formulamos pueden derivarse consecuencias indeseables, como sería la pervivencia indefinida de una resolución sancionadora que estuviese pendiente de recurso de alzada y de la que no pudiese predicarse la prescripción de la infracción ni la de la sanción. No se descarta por ello que la cuestión abordada en la sentencia de 15 de diciembre de 2004 pueda ser objeto de un nuevo examen cuando haya ocasión para ello; pero no es ahora momento de hacerlo pues en el caso que nos ocupa ningún debate se ha suscitado en torno a la prescripción de la infracción y sí únicamente en lo que se refiere a la sanción.

SEXTO.- En atención a lo expuesto en los apartados anteriores procede, con estimación del recurso de casación en interés de la ley, declarar como doctrina legal que interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede imponer las costas de este recurso extraordinario a ninguno a ninguna de las partes personadas.

FALLAMOS

Que, respetando la situación jurídica derivada de la sentencia recurrida, declaramos haber lugar al recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la GENERALIDAD DE CATALUÑA contra la sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de septiembre de 2005 (recurso contencioso- administrativo 736/2001), fijándose aquí como doctrina legal que interpuesto **recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.**

LA PRESCRIPCIÓN DEBE SER APRECIADA PROCESALMENTE COMO UNA CUESTIÓN DE FONDO

La prescripción (en este caso invocada con motivo de una liquidación tributaria), no constituye excusa con la que intentar enervar en el orden procesal la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. Y ello, por tratarse de una cuestión "de fondo".

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Contencioso sección 2 del 25 de Septiembre de 2001 (ROJ: STS 7164/2001), Recurso: 6789/2000 Ponente: JAIME ROUANET MOSCARDO

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil uno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(…)CUARTO.- (…) En primer lugar, y en contra de lo aducido en el último párrafo del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida, se da la circunstancia, en el caso que se examina, de que, si el recurso de alzada ante el TEAC ha sido inadmitido por extemporáneo, y tal solución no aparece formalmente desvirtuada por la sentencia de instancia, resulta inviable, ya, argumentar, ahora, que, como la prescripción se aplica de oficio, sin necesidad de excitación por parte de los interesados, el problema que la misma implica goza de prevalencia y ha de ser examinado, en la sentencia, con carácter previo y prioritario al enjuiciamiento de los demás motivos objeto de controversia, incluído el de la posible extemporaneidad del mencionado recurso de alzada.

Y es inviable tal criterio, porque la falta o ausencia de un presupuesto procesal, como es la interposición fuera de plazo del recurso de alzada ante el TEAC, impide entrar en el análisis de una cuestión, como la de la consumación o no de la prescripción, que no deja de ser de fondo y, por tanto, sólo susceptible de ser examinada en el supuesto de que carezca de predicamento el presupuesto procesal a que se ha venido haciendo referencia (cosa que aquí no acontece, pues es un hecho incontrovertible que el recurso de alzada económico administrativo fue extemporáneo) (…)

LA OBLIGADA APLICACIÓN RETROACTIVA DE NUEVOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN MÁS FAVORABLES PARA EL IMPUTADO, ATENDIDO EL CARÁCTER MATERIAL DEL INSTITUTO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Contencioso sección 2 del 26 de Marzo de 2008 (ROJ: STS 927/2008), Recurso: 93/2004 Ponente: MANUEL VICENTE GARZON HERRERO

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil ocho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna, mediante este Recurso de Casación en Unificación de Doctrina, interpuesto por la Administración General del Estado, representada y dirigida por el Abogado del Estado, la sentencia de 27 de Noviembre de 2003, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la que se estimó el recurso contencioso- administrativo número 1145/01 de los que se encontraban pendientes ante dicho órgano jurisdiccional.

El citado recurso había sido iniciado por Petrabax, Operadora Europea contra la resolución de fecha 11 de Octubre de 2001, dictada por el Tribunal Económico Administrativo Central, que confirma en alzada el Acuerdo de fecha 9 de Junio de 1998, del TEAR de Madrid, relativo a liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Retenciones, ejercicios 1989 y 1990, en los que se impone a la sociedad recurrente la sanción por el concepto de incumplimiento de la obligación de retener en pagos realizados a determinados profesionales, al amparo de lo previsto en el artículo 77 de la Ley General Tributaria ; sanción que ha sido atemperada a los criterios establecidos en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 25/95 .

La sentencia de instancia estimó el recurso y no conforme con ella el Abogado del Estado interpone el Recurso de Casación en Unificación de Doctrina que decidimos por entender que el plazo de prescripción de cuatro años apreciado por la Sala no es procedente, invocando al efecto las sentencias del Tribunal

Superior de Justicia de Canarias, Sala de Santa Cruz de Tenerife, que sostiene que el plazo de prescripción es de cinco años.

SEGUNDO.- Sobre el punto controvertido esta Sala viene afirmando que a las sanciones les es aplicable el plazo de prescripción de cuatro años, aunque los hechos sanciones fueran anteriores a 1999, por lo que en mérito al principio de unidad de doctrina habrá de ratificarse en lo ya declarado.

En las sentencias de 21 de Junio y 20 de Febrero de 2007 , por ejemplo, se afirma: "Esta Sala tiene declarado, con base en el artículo 25 de la Constitución, que el precepto aplicable a una infracción administrativa es la ley que está vigente en el momento de la comisión de infracción, habiéndose positivizado este criterio, para todas las infracciones administrativas en el nivel de la legislación ordinaria, por el artículo 128.1 de la Ley 30/1992 , según el cual será de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyen infracción administrativa.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, razonando a sensu contrario, a partir de la prohibición de las disposiciones sancionadoras no favorables, plasmada en el artículo 9.3 de la Constitución, ha elaborado el principio de la retroactividad de las leyes sancionadoras posteriores más favorables, criterio hoy asumido, a nivel general por el artículo 128.2 de la Ley 30/1992 , según el cual las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor.

A su vez, el artículo 4.3 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente, reiterando en cierto modo el principio establecido en el citado 128.2 de la Ley Procedimental, dispone que <<las normas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias, así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado>>.

La cuestión clave que ha de resolverse es la relativa a si las normas que regulan la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias pueden o no entenderse incluidas entre aquellas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias.

La respuesta viene condicionada por el carácter sustantivo o simplemente procedimental que se asigne a la prescripción.

Si tiene carácter sustantivo la aplicación de la retroactividad de la prescripción será preceptiva en aquellos casos en que resulte favorable.

Por el contrario, si solo se le reconoce carácter procedimental regirá la norma de aplicación temporal del derecho, sin posibilidad alguna de retrotraer su eficacia a resoluciones adoptadas con anterioridad.

Pues bien, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han afirmado la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo . Así el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 83/1989, de 10 de Mayo, 157/1990, de 18 de Octubre, 12/1991, de 28 de Enero, 62/2001, de 17 de Marzo y 63/2005 de 14 de Marzo mantiene que la prescripción de los delitos y faltas por paralización del procedimiento puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material

También así lo viene constantemente declarando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que basta citar las de 10 de Marzo de 1993, 12 de Febrero de 2002, 19 de Noviembre de 2003 y 30 de Marzo de 2004 .

Por otra parte, esta Sala, en sentencia de 22 de enero de 1991 , de modo expreso declara que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no sólo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior.

Ante esta valoración de alcance de la prescripción hay que concluir que la retroactividad establecida en el artículo 4,3 de la Ley 1/1998 es aplicable a la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias al integrarse en las normas sancionadoras sustantivas.

Frente a la anterior no cabe alegar que las normas sobre prescripción suponen una plasmación concreta del principio general de seguridad jurídica y que afectan a cualesquiera relaciones y situaciones jurídicas entre el contribuyente y la Administración, pues todo ello no es óbice para que en relación con el derecho sancionador se apliquen los principios propios de esta materia.

Tampoco cabe invocar que la Ley 1/1998 entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, esto es, el 19 de Marzo de 1998, y que el apartado 2 de su disposición final 7ª estableció que el nuevo plazo de cuatro años entraba en vigor el 1 de enero de 1999 , porque lo único que podría pretenderse con la posposición del momento de entrada en vigor del nuevo plazo de prescripción era otorgar unos meses a la Administración para que pudiese ultimar actuaciones en curso en relación a la cuota e intereses, aunque se

hubieran iniciado con posterioridad a los cuatro años, pero sin que ello pudiera afectar a la materia sancionadora, ya que el nuevo plazo de prescripción, por la naturaleza de esta institución, obligaba a revisar las sanciones impuestas, cuando las actuaciones inspectoras se hubieran iniciado con posterioridad a los cuatro años o tales actuaciones se hubieran paralizado por más de seis meses dando lugar a que se completase el citado plazo de cuatro años desde el dies a quo.

En el presente caso, resulta patente que el acta de inspección se levanta con posterioridad a los cuatro años desde la fecha de finalización del plazo para la presentación de la declaración, por lo que procede aplicar la prescripción en cuanto a la sanción.".

LOS EFECTOS INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN DE ACTOS INVALIDADOS POR LOS TRIBUNALES

La jurisprudencia recaída en materia tributaria puede servirnos, “mutatis mutandis”, para concluir que la prescripción en sede de infracciones y sanciones, podrá verse interrumpida por actos administrativos, aunque posteriormente éstos sean invalidados por su condición de anulables. En cambio, no podrá decirse lo mismo de los actos interruptivos que con posterioridad sean declarados nulos de pleno derecho.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Contencioso sección 2 del 19 de Abril de 2006 (ROJ: STS 4904/2006), Recurso: 58/2004 Ponente: MANUEL VICENTE GARZON HERRERO

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Abril de dos mil seis.

VISTO por la Sección Segunda de la Sala Tercera de este Tribunal, integrada por los Excmos. Señores Magistrados anotados al margen, el Recurso de Casación en Interés de Ley interpuesto por la Administración General del Estado, representada y dirigida por el Abogado del Estado, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valencia, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 22 de Abril de 2004, dictada en el recurso de contencioso-administrativo seguido ante la misma bajo el núm. 37/2003 , en materia de IRPF, en cuya casación aparecen, como partes recurridas, D. Jose Ignacio y Dª. Verónica , representadas por el Procurador D. Jorge Deleito García, bajo la dirección de Letrado. Habiendo intervenido el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna, mediante este Recurso de Casación en Interés de Ley, interpuesto por el Abogado del Estado, la sentencia de 22 de Abril de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valencia, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por la que se estimó el recurso contencioso número 37/03 de los que se encontraban pendientes ante dicho órgano jurisdiccional.

Sirven de fundamento al fallo estimatorio los siguientes razonamientos: "…, sin que las actuaciones que dieron lugar a la resolución estimatoria del TEAR de 30 de Abril de 1997 posean eficacia interruptiva de la prescripción, pues cualquiera que fuera el grado de invalidez que afectase a un acto administrativo, sea la nulidad de pleno derecho, o simplemente la anulabilidad, ese acto inválido e ineficaz, no puede producir efecto alguno, y en razón de esa ineficacia no puede serle concedida virtualidad interruptiva de la prescripción, y afirmar lo contrario sería ir contra la naturaleza de las cosas, pues un acto contrario a derecho produciría efectos, concretamente el de interrumpir la prescripción, es decir, produciría efectos precisamente frente a quien no es el responsable del vicio de que adolece el acto que se anula.".

El Abogado del Estado, por su parte, solicita que se declare la siguiente doctrina legal: "1º.- La anulación de una liquidación tributaria por causa de anulabilidad no deja sin efecto la interrupción del plazo de prescripción producida anteriormente por consecuencia de las actuaciones realizadas ante los Tribunales Económicos Administrativos, manteniéndose dicha interrupción con plenitud de efectos. 2º.- Subsidiariamente: La interrupción del plazo de prescripción tributaria producida al interponer y tramitar la reclamación económico administrativa se mantendrá aunque se anule el acto impugnado por causa de anulabilidad. 3º.- Subsidiariamente: La resolución dictada en el procedimiento económico administrativo por la que se anula la liquidación impugnada por causa de anulabilidad no deja sin efecto la interrupción del plazo de prescripción producida por el procedimiento inspector anterior del que trae causa aquella liquidación y por las sucesivas actuaciones realizadas ante los Tribunales Económicos Administrativos.".

(…)TERCERO.- La doctrina afirmada en la sentencia de instancia, en el sentido de que es irrelevante el que la anulación de los actos de la Administración sea por causa de anulabilidad, o, por razón de nulidad, es claramente inasumible. En primer término, porque contradice la doctrina de esta Sala sentada, entre otras, en su sentencia de 19 de Junio de 2004 , sentencia en la que claramente se distinguen los actos anulables y los nulos a efectos de apreciar la interrupción de prescripción que de ellos pueda derivarse; en segundo lugar, porque tal distinción no es irrelevante para el ordenamiento jurídico que considera no convalidables los actos nulos, siendo imprescriptible (en principio) la acción para exigir su anulación. Por el contrario, los actos anulables son convalidables y son susceptibles de impugnación en los plazos (breves) legalmente establecidos.

Pudiera argüirse que aunque sean ciertas esas diferencias las mismas se vuelven irrelevantes cuando de la prescripción se trata. Pero esta tesis carece de fundamento legal si se tiene presente que el artículo 66.1 a) al regular la interrupción de la prescripción se refiere a "cualquier acción administrativa" expresión que pone de relieve que lo trascendente, a efectos de interrumpir la prescripción, es el silencio de la relación jurídica, lo que no se puede afirmar cuando el acto de la Administración es meramente anulable, como es el caso.

No es ocioso recordar que este tratamiento jurídico no es diferente al que consagra el artículo 1973 del Código Civil a efectos de interrupción de la prescripción y que establece la capacidad interruptiva de la prescripción en términos claramente genéricos, llegando también a utilizar la expresión "cualquier", como el precepto citado de la L.G.T., por lo que el efecto interruptivo no se supedita al éxito de la reclamación sino a la ausencia de silencio en la relación jurídica que prescribe.

SENTENCA Nº 426/04 DEL TRINBUNAL SUPERIOR DE JUSTICICA DE CATALUÑA Contencioso sección 1 del 22 de Abril de 2004 (ROJ: STSJ CAT 5127/2004), Recurso: 331/2000, Ponente: EMILIO RODRIGO ARAGONES BELTRAN

En la ciudad de Barcelona, a veintidós de abril de dos mil cuatro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE CATALUÑA (TEARC) de fecha 15 de septiembre de 1999, estimatoria en parte de la reclamación económico-administrativa núm. 2759/1998 interpuesta contra acuerdo dictado por la Delegación Territorial de Barcelona del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalitat de Catalunya, por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y cuantía de 615.160 pesetas.

SEGUNDO: Pese a que la relación jurídico-tributaria por la transmisión de autos ha dado lugar a las diversas controversias que se reflejan en los "Hechos" de la resolución impugnada, la cual estima en parte la reclamación en cuanto al cálculo de intereses, la única cuestión que nos toca resolver en la presente sentencia es la relativa a la prescripción de la deuda tributaria, a la que se contrae la demanda articulada en la presente litis.

Se combate en dicha demanda lo argumentado por el TEARC en los fundamentos 3.º a 5.º de la resolución impugnada, según los cuales, en síntesis:

a) La cuestión radica en decidir si el 3 de marzo de 1998, fecha de notificación de la liquidación impugnada había prescrito el derecho a liquidar el impuesto por la escritura de compraventa presentada el día 5 de junio de 1989 y declarada provisionalmente exenta por tratarse de una casa destinada, previo derribo, a la construcción de viviendas de protección oficial.

b) Conforme a la doctrina del TEAC que se cita, el plazo de prescripción de 5 años ha de contarse en estos casos desde el día cuando la Administración tiene derecho a liquidar el hecho imponible declarado provisionalmente exento (arts. 1.969 del Código civil y 40 de la Ley General Presupuestaria), y puesto que en el caso la caducidad de la exención provisional tuvo lugar a los tres años de su reconocimiento (art. 48.I.B.16 del Texto Refundido de 1981), es decir el 5 de junio de 1992, la Administración estaba en plazo cuando el 23 de febrero de 1996 notificó la liquidación entonces impugnada.

c) En fecha 2 de marzo de 1998 la Administración estaba en plazo para practicar la liquidación ahorra recurrida y sustitutiva de la mencionada de 1996, no desvirtuando lo anterior que esta liquidación fuera anulada por el propio TEARC tras la presentación de la reclamación pertinente, pues no fue declarada nula

de pleno derecho, sino que se anuló con retroacción de actuaciones al momento en que se produjo la causa de nulidad, dado que la anulación no deja sin efecto todas las actuaciones de la Administración o del administrado, como la presentación de recursos o las resoluciones que anularon el acto impugnado.

TERCERO: Tales fundamentos de la resolución impugnada no son combatidos en la demanda en cuanto a las consideraciones de orden fáctico que contienen, sino que, exclusivamente, se impugnan en cuanto a las conclusiones jurídicas que contienen. Se invoca al respecto que las liquidaciones de 1994 y 1996 fueron declaradas nulas, lo que comporta que ningún tipo de efecto se puede derivar de las mismas, incluso a efectos de interrumpir la prescripción y en virtud del principio de seguridad jurídica.

Por tanto, la cuestión litigiosa se ciñe a determinar si las liquidaciones anteriores y sus impugnaciones, estimadas en parte por el TEARC, con retroacción de actuaciones, producen o no efectos interruptivos de la prescripción.

Y la respuesta ha de ser positiva, de acuerdo con lo argumentado en la resolución impugnada (en su fundamento 5.º, único en realidad al que se ciñe la controversia), no desvirtuado en la demanda, y con la jurisprudencia que se cita en la contestación a la demanda de la Comunidad Autónoma codemandada. De todo ello resulta que el pretendido efecto no interruptivo sólo se produciría en los casos de anulación de pleno derecho, pero no, como es el caso, cuando se produce una simple anulación del procedimiento, con retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo la causa de nulidad, en que las actuaciones administrativa, la presentación de recursos y las resoluciones parcialmente anulatorias producen efectos interruptivos de la repetida prescripción aquí invocada, que no se ha producido por ello en el caso enjuiciado.

LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN MEDIANTE LA REITERACIÓN DE PROVIDENCIAS DE APREMIO: UNA PRÁCTICA IRREGULAR

Se trata de una práctica irregular, tal como pusiera de relieve el Síndic de Greuges de Catalunya en su informe de 2004 (ver página 37 de la versión en castellano/ PDF)

LA CARGA ADMINISTRATIVA DE AVERIGUAR EL DOMICILIO DEL PRESUNTO RESPONSABLE

Para nadie puede pasar desapercibida la importancia que tiene la correcta notificación de los actos administrativos recaídos en el procedimiento sancionador; sobre todo en lo que respecta a la eficaz interrupción de la prescripción. Pues bien, una reciente pero ya consolidada doctrina del TC, ha venido a pulverizar la línea exegética fijada en su momento por el Tribunal Supremo, conforme a la cual la Administración no estaba obligada a indagar el domicilio correcto o actual del interesado, si éste previamente había incumplido la carga legal de mantener actualizados los datos domiciliarios preceptivamente incorporados a determinados registros especiales (por ejemplo, el de vehículos y conductores, o los existentes en el ámbito fiscal).

En realidad, la nueva doctrina fijada por el TC va más allá, toda vez que de la misma se desprende una obligación general de la Administración, consistente en agotar las posibilidades de averiguación que racionalmente se hallen a su alcance, antes de recurrir a la notificación edictal.

STC 128/2008, DE 27 DE OCTUBRE DE 2008

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este recurso de amparo es determinar si se ha vulnerado el derecho a la defensa y a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE) del recurrente, por la notificación edictal realizada en el expediente sancionador y, en su caso, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por los defectos de motivación en que habría incurrido la resolución judicial impugnada, al no dar respuesta a determinadas cuestiones planteadas y no haber incluido un relato de hechos probados en que se sustenten los fundamentos jurídicos.

2. El análisis de las cuestiones planteadas debe comenzar por la invocación del art. 24.2 CE, dirigida ex art. 43 LOTC contra la resolución administrativa, por resultar previo ese tratamiento en los términos expuestos en la STC 5/2008, de 21 de enero, FJ 3. Sobre este particular, debe recordarse que este Tribunal ha reiterado que entre las garantías del art. 24 CE que son de aplicación al procedimiento administrativo

sancionador están los derechos de defensa y a ser informado de la acusación, cuyo ejercicio presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga (STC 226/2007, de 22 de octubre, FJ 3). A esos efectos, siendo de aplicación directa lo afirmado en relación con los procedimientos judiciales, este Tribunal ha destacado la exigencia de procurar el emplazamiento o citación personal de los interesados, siempre que sea factible, por lo que el emplazamiento edictal constituye un remedio último de carácter supletorio y excepcional, que requiere el agotamiento previo de las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales, de manera que la decisión de notificación mediante edictos debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o al menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación (por todas, STC 158/2007, de 2 de julio, FJ 2).

Más en concreto, por lo que se refiere a supuestos de notificación edictal en procedimientos sancionadores en materia de tráfico este Tribunal ya ha puesto de manifiesto que, incluso en los casos en que resulte frustrada la posibilidad de notificación personal en el domicilio que figure en el Registro de vehículos, corresponde a la diligencia mínima exigible a la Administración sancionadora, antes de acudir a la vía edictal, el intentar la notificación en el domicilio que aparezca en otros registros públicos y al que, con la mayor normalidad, se dirigen después las actuaciones en vía ejecutiva administrativa (por todas, STC 32/2008, de 25 de febrero, FJ 2).

3. En el presente caso, como ha quedado acreditado en las actuaciones y se ha expuesto con más detalle en los antecedentes, el recurrente fue objeto de un procedimiento administrativo sancionador en materia de tráfico cuya incoación y resolución sancionadora fueron notificadas por edictos. Estas notificaciones edictales se produjeron tras intentarse sin resultado las notificaciones personales en un domicilio que, aun siendo el que figuraba en el Registro de vehículos, en un caso fue indicado por el servicio de correos que no existía dicho número en esa calle y, en otros, que el destinatario era desconocido. Por el contrario, la notificación de la providencia de apremio se practicó con absoluta normalidad en un domicilio distinto en que el recurrente tomó conocimiento de que se había tramitado contra él un procedimiento sancionador, primer acto administrativo del que tuvo conocimiento el recurrente.

En atención a lo expuesto hay que concluir, conforme también interesa el Ministerio Fiscal, que se ha vulnerado al recurrente su derecho a la defensa y a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE). En efecto, si bien el Ayuntamiento de Granada procedió a realizar las diversas notificaciones dentro del procedimiento sancionador en el domicilio del recurrente que figuraba en el Registro de vehículos, sin embargo, más allá de ello, una vez frustradas las posibilidades de notificación personal, la Administración sancionadora no podía limitarse a proceder a la notificación edictal sin desplegar una mínima actividad indagatoria en oficinas y registros públicos para intentar determinar un domicilio de notificaciones alternativo en que pudiera ser notificada personalmente. Ello le hubiera llevado, sin mayor esfuerzo, a una correcta determinación del domicilio del recurrente, tal como se verifica con la aparente normalidad con la que en vía de ejecución se accedió a dichos datos para la notificación da la providencia de apremio.

Para el restablecimiento de los derechos vulnerados resulta necesaria la anulación de la resolución administrativa sancionadora, de la dictada en vía ejecutiva para hacer efectiva la liquidación de la multa y de la resolución judicial impugnada, sin que, por tanto, resulte necesario pronunciarse sobre las vulneraciones imputadas a la Sentencia impugnada.

STC 226/2007, DE 22 DE OCTUBRE DE 2007

II. Fundamentos jurídicos

1. La recurrente dirige su demanda de amparo formalmente contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid, de 22 de diciembre de 2004, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Concejal de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, de 19 de abril de 2004, que le impuso una sanción de multa de 301 euros en el expediente sancionador núm. 10860355.6, por incumplimiento de la obligación de identificar en tiempo y forma al conductor responsable de una infracción de tráfico (…)

2. En la demanda de amparo se aduce que se han vulnerado en el procedimiento sancionador los derechos de la actora a ser informada de la acusación y a la defensa (art. 24.2 CE), al no haber sido emplazada personalmente sino mediante edictos, a pesar de que su domicilio social figurara inscrito en el Registro Mercantil y de que había puesto en conocimiento del Ayuntamiento de Madrid dicho domicilio. Afirma que la actuación administrativa le ha ocasionado una evidente situación de indefensión al impedirle cumplir la obligación legal de identificar al conductor del vehículo infractor, conocer el expediente sancionador instruido como consecuencia del incumplimiento de la mencionada obligación y formular alegaciones y proponer prueba en el mismo.

También ha interesado el otorgamiento del amparo el Ministerio Fiscal, por entender que se han vulnerado los derechos de la actora a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a ser informada de la acusación.

Por su parte, la Letrada del Ayuntamiento de Madrid se ha opuesto al otorgamiento del amparo, por considerar que la Administración actuó correctamente intentado efectuar la notificación en el domicilio que le era conocido, ya que la recurrente incumplió la obligación impuesta legalmente de comunicar el cambio de domicilio, de suerte que la indefensión que se le hubiera podido ocasionar sería debida a su propia falta de diligencia.

3. El supuesto que nos ocupa es prácticamente idéntico al resuelto en las SSTC 54/2003, de 24 de marzo, 145/2004, de 23 de septiembre, y 157/2007, de 2 de julio, de modo que, para dar adecuada respuesta a las quejas de la actora, debemos partir, al igual que hicimos en dichos pronunciamientos, de la reiterada doctrina sentada por este Tribunal, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 2), que ha declarado la aplicabilidad a las sanciones administrativas no sólo de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, sino también de las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE; aplicación que ha de hacerse no de forma literal, sino con ciertas modulaciones, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador.

Así, entre las garantías del art. 24 CE que han de atenderse en el procedimiento administrativo sancionador, nos referimos en la STC 54/2003 a los derechos de defensa y a ser informado de la acusación, cuyo ejercicio presupone "que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga. En este sentido, el Pleno de este Tribunal en la STC 291/2000, de 30 de abril, ha declarado, con base en la referida doctrina constitucional sobre la extensión de las garantías del art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador, que los posibles defectos en la notificación o emplazamiento administrativo, cuando se trate, como en este supuesto acontece, de un acto administrativo sancionador, revisten relevancia constitucional desde la perspectiva del art. 24 CE (FJ 4). Y la citada Sentencia, en relación con un acto administrativo carente de carácter sancionador, resultando dicha doctrina aplicable a los actos administrativos sancionadores, se ha referido a la necesidad de que la Administración emplace a todos los interesados siempre que ello sea factible, por ser conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan u obren en el expediente administrativo, debiendo concurrir los siguientes requisitos para que revista relevancia constitucional la falta de emplazamiento personal: en primer lugar, que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; en segundo lugar, que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente; y, por último, que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente (FFJJ 5 y 13)" (FJ 3).

4. La aplicación de la doctrina constitucional expuesta ha de conducir en este caso, como sostiene el Ministerio Fiscal, y al igual que aconteciera en los supuestos objeto de las SSTC 54/2003, 145/2004 y 157/2007, al otorgamiento del amparo solicitado.

Es evidente que se cumplen los requisitos a los que nos hemos referido para considerar que la falta de emplazamiento personal de la entidad demandante de amparo tiene relevancia constitucional. Así, en primer término, resulta indiscutible que la resolución recaída en el procedimiento administrativo sancionador afecta a sus derechos e intereses legítimos; y, por otra parte, no cabe apreciar en la recurrente en amparo una falta de diligencia determinante de la situación de indefensión padecida, pues ningún dato existe en las actuaciones que permita afirmar que tuvo conocimiento del procedimiento administrativo sancionador antes de que hubiera concluido, al serle notificada la resolución sancionadora en su domicilio social. Por el contrario, según consta en las actuaciones, puso en conocimiento de la Administración su nuevo domicilio

social para que pudieran serle comunicadas en él las denuncias cuya notificación hubiera resultado infructuosa en el anterior domicilio.

El tercero de los requisitos aludidos, también debe entenderse cumplido. En efecto, el examen de las actuaciones permite constatar que la recurrente había acordado el cambio de domicilio social casi un año antes del primer intento de notificación del requerimiento para identificar al conductor infractor del vehículo propiedad de la demandante de amparo, y que dicho cambio de domicilio había sido inscrito en el Registro Mercantil. Pues bien, a pesar de la constancia registral del nuevo domicilio social, el Ayuntamiento de Madrid dirigió la notificación del requerimiento para identificar al conductor del vehículo al anterior domicilio social de la actora, procediendo a continuación a su notificación mediante edictos publicados en el "Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid" y expuestos en el tablón de anuncios del propio Ayuntamiento, siendo así que la inscripción en el Registro Mercantil del cambio de domicilio le hubiera permitido, sin un esfuerzo excesivo, localizar el domicilio real de la actora.

Esta conclusión resulta aún más evidente en las actuaciones posteriores. Y es que el Ayuntamiento de Madrid incoó con fecha 5 de enero de 2004 expediente sancionador por falta de identificación del conductor, intentando notificar la incoación, sin éxito, en el antiguo domicilio social los días 15 y 19 de enero de 2004. Al mismo tiempo, la actora presentó escrito el 15 de enero de 2004 en la Dirección del Servicio de Gestión de Multas de Circulación (Concejalía de Gobierno, de Seguridad y de Servicios a la Comunidad), designando el nuevo domicilio social, al haber tenido noticia de que se estaban intentando notificar infructuosamente denuncias por infracciones cometidas por personas que conducían vehículos de su propiedad. Esto es, además de que tenía medios para conocerlo desde antes, el Ayuntamiento de Madrid, desde el 15 de enero de 2004, tenía perfecta constancia del nuevo domicilio social de la recurrente, y en lugar de notificar en él la incoación del procedimiento sancionador (a pesar de que todavía se encontraba en trámite de realización la notificación de la misma que, al final, resultó fallida), continuó intentando la notificación en el anterior domicilio social y, finalmente, acudió a la notificación edictal, que se produjo en el "Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid" de 8 de marzo de 2004, para continuar el procedimiento sin intervención de la demandante de amparo, hasta concluirlo en virtud de resolución sancionadora de 19 de abril de 2004. Es significativo que la notificación de ésta sí se dirigiera al nuevo domicilio social, momento a partir del cual la demandante de amparo tuvo conocimiento del expediente administrativo sancionador que se había tramitado contra ella y, sin embargo, no se hiciera lo propio con la notificación de la incoación del procedimiento, a pesar de que el Ayuntamiento de Madrid, al menos desde el 15 de enero de 2004, tenía constancia del auténtico domicilio de la actora, y de que el segundo intento de notificación se realizó cuatro días más tarde, es decir, el 19 de enero de 2004.

Ha de concluirse, pues, que la Administración, al no emplazar personalmente a la demandante de amparo en el procedimiento administrativo sancionador pese a tener conocimiento o, al menos, evidente posibilidad de adquirirlo, del verdadero domicilio de aquélla, no ha actuado con la diligencia que le era exigible y ha generado a la recurrente en amparo una situación de indefensión constitucionalmente relevante, al impedirle ejercer su derecho de defensa. En suma, al igual que en el recurso resuelto por la STC 54/2003, la sanción se ha impuesto de plano a la actora, sin respetar procedimiento contradictorio alguno y, por tanto, privándole de toda posibilidad de defensa durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador. Y, como recordábamos en aquélla (y en las SSTC 145/2004 y 157/2007), este Tribunal declaró en la STC 18/1981, de 8 de junio, que los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24 CE "no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración ... pueda incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión", pues "la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculpado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga" (FJ 3).

En definitiva, al haberse impuesto a la entidad demandante de amparo una sanción sin procedimiento contradictorio alguno, la Administración ha vulnerado el art. 24 CE, por no respetar su derecho fundamental a no ser sancionada si no es a través del correspondiente procedimiento en el que, con las modulaciones que procedan, se respeten las garantías que se deducen del mencionado precepto constitucional (STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 12).

Como quiera que dicha lesión no ha sido reparada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, en cuya Sentencia se ha desestimado la pretensión de la recurrente, el restablecimiento de ésta en sus derechos fundamentales ha de conducir a extender también la declaración de nulidad a la referida Sentencia.

7a sessió

17/04/09

Els habitatges protegits. Les modalitats catalanes d'habitatge concertat.
Domènec Sibina Tomàs, professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

Expropiació i valoracions urbanístiques al Reial Decret Legislatiu 2/2008 del sòl.
Francisco García Gómez de Mercado, advocat.

Aspectes pràctics i criteris judicials en matèria de responsabilitat patrimonial de les entitats locals.
Susana Martínez Novella, cap del Servei d'Assistència Jurídica Local de la Diputació de Barcelona.

ELS HABITATGES PROTEGITS: LES MODALITATS CATALANES D'HABITATGE CONCERTAT[1]

Domènec Sibina Tomàs
Professor titular (EU) de Dret administratiu
Universitat de Barcelona

Sumari

1.- Plantejament 1

2.-Definició i règim jurídic dels habitatges protegits 3

2.1. El regim jurídic del habitatges amb protecció pública previst a la LDHCat i desenvolupat pels plans d'habitatge de Catalunya i el Decret 152/2008 3
2.2.- El regim jurídic del habitatges amb protecció pública previst en el plans estatals d'habitatge 7
2.2.1- Els règim jurídic actual dels habitatges protegits en els actuals plans d'habitatge estatals, té el seu origen en les normes reguladores de 1978 8
2.2.2.- La STC 152/1988 9
2.2.3.- La evolució del sistema. 13
2.3.- Les conseqüències del doble bloc normatiu, estatal i autonòmic, regulador dels habitatges protegits: les modalitats d'habitatge protegit, i en especial del seu règim jurídic, son conseqüència fins ara del pactes entre l'Estat i les CCAA (pacte, crec, en espera de futurs conflictes) 14

3 .- Recapitulació de les modalitats d'habitatge protegit 19

3.1 Les modalitats d'habitatge protegit en el pla d'habitatge 2004-2008 20
3.2 Les modalitats previstes en el Decret 152/2008 23
3.3.-Les modalitats previstes en Reial decret 2066/2008, regulador del pla d'habitatge estatal 2009-2012 27
3.4. Una valoració final.- 28

4.- Les modalitats d'habitatge protegit des de la perspectiva de la legislació del sòl i la legislació urbanística 29

5.- Conclusions 34

Annex 1 37

Annex 2 38

1.- PLANTEJAMENT

La definició del títol d'aquesta intervenció és va realitzar immediatament després de l'aprovació del Decret 152/2008 , pel qual es regulen l'habitatge concertat i l'habitatge de lloguer amb opció de compra, i quan feia un any de la signatura del Pacte nacional per l'Habitatge (el 8 d'octubre de 2007).

[1] Una part substantiva d'aquesta intervenció es fonamenta en SIBINA TOMÀS, D., "Régimen jurídico de la vivienda con protección pública (I). Régimen general y calificación de las viviendas de protección pública" "Planes de vivienda y actuaciones susceptibles de ser protegidas" i " La vivienda en el planeamiento urbanístico", epígrafs publicats, entre d'altres, d'aquest autor, a l'obra conjunta dirigida per SIBINA TOMÀS, D. i PONCE SOLE, J., "El Derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional" Marcial Pons 2008.

En aquest pacte s'afirma que hi dues línies d'actuació bàsiques: les polítiques de sòl i urbanístiques i els ajuts directes a les llars (i en el si d'aquests es destaquen els ajuts directes als propietaris i llogaters per incrementar el nombre d'habitatges en lloguer i el ajuts a la rehabilitació directes als propietaris o en àrees de rehabilitació integral o de renovació urbana).

Les polítiques de sòl són de fet les úniques que poden possibilitat la construcció de nous habitatges assequibles[2] i es pot afirmar, per tant, que el Pacte nacional preveu una doble via d'actuació: una projectada sobre el patrimoni immobiliari residencial existent (en la que es vol potenciar la rehabilitació i la renovació urbana i incrementar el nombre d'habitatges en lloguer) i l'altra dirigida a fer possible la construcció d'habitatges assequibles nous.

En aquest darrer aspecte cal incloure el" Repte 1 del pacte . Millorar l'accés a l'habitatge, especialment dels joves" i "L'Objectiu 1.2. Construir 160.000 habitatges amb protecció oficial, dels quals 50.000 en 4 anys". És en aquest punt on conflueixen el règim jurídic dels habitatges protegits i les polítiques de sòl i urbanístiques, qüestió que s'acredita quan en l'objectiu indicat de construir 160.000 habitatges amb protecció oficial, el Pacte nacional n'estableix els criteris i la distribució següent

a) com a mínim un 40%, de lloguer: de curta durada: a 10 anys i de llarga durada, 25 anys o més
b) com a màxim un 60% seran de compra: en règim especial, en règim general, de preu concertat, de preu concertat de Catalunya i de lloguer amb opció de compra.
c) els de lloguer inclouran:habitatges d'urgència, de curta durada;habitatges dotacionals, de durada intermèdia i habitatges universitaris.

En una primera aproximació, i assenyalat pel pla nacional que "les fortes pujades dels preus dels habitatges han envaït el mercat del sòl, de manera que s'ha arribat a una situació en què és pràcticament impossible obtenir sòls en el mercat privat lliure a un cost de repercussió que encaixi amb els preus màxims de venda dels habitatges amb protecció oficial"; se'n desprèn que la construcció d'habitatges assequibles exigeix:

a) que el planejament qualifiqui una part del sòl com a habitatge sotmès a algun règim de protecció pública, i
b) que les AAPP públiques que rebin sòl en compliment del deure de cessió gratuïta d'aprofitament amb aquesta qualificació i que els propietaris privats de sòl amb aquesta qualificació, els construeixin i, finalment, s'ofereixin els 160.000 habitatges assequibles que es pretén impulsar.

En aquest marc, l'enunciat de la intervenció d'avui, ens crida a concretar quines són les modalitats catalanes d'habitatge sotmès a algun règim de protecció i quina finalitat específica acompleixen.

Bé, aquesta primera aproximació i donar resposta a l'enunciat de la intervenció, ens obra la porta a un seguit de qüestions i problemes d'enorme complexitat, a les que en hi haurem d'aproximar-nos malgrat que perdérem claredat i senzillesa en l'explicació del nus central del discurs. En el rerefons de l'encàrrec, no es pot oblidar tampoc, que hi bategava la inquietud de saber si és possible una política d'habitatge catalana pròpia, en un àmbit material- l'habitatge- que constitucionalment i estatutària es de competència exclusiva de la Generalitat.

Tot plegat farà que examinen al llar de l'exposició el següent:

- Quins són jurídicament els habitatges protegits , es a dir, quina és la seva definició, modalitats i règim jurídic. -Si la definició i gestió dels habitatges protegits és la conseqüència o no d'una competència exclusiva d ela Generalitat i com ho condiciona tot plegat la competència que s'ha atribuït l'Estat i la seva actuació mitjançant l'aportació de recursos financers en el plans estatals d'habitatge.

- La relació entre el règim jurídic de l'habitatge protegit i les reserves de sòl establertes pel planejament urbanístic per a habitatge protegit

[2] En el pacte nacional per l'habitatge es pot llegir que entre l'any 1997 i l'any 2006 "(…) la política de promoció de l'habitatge amb protecció oficial, que ha estat la fórmula tradicional d'atenció de les necessitats d'habitatge de la població amb ingressos mitjans o baixos (per sota de 5,5 vegades el salari mínim) i exclosa del mercat lliure, en els darrers anys ha experimentat una davallada històrica, que l'ha convertit en un recurs pràcticament inexistent. Les fortes pujades dels preus dels habitatges han envaït el mercat del sòl, de manera que s'ha arribat a una situació en què és pràcticament impossible obtenir sòls en el mercat privat lliure a un cost de repercussió que encaixi amb els preus màxims de venda dels habitatges amb protecció oficial. La forta dinàmica del mercat de l'habitatge lliure, juntament amb les dificultats per disposar de sòl per a habitatges amb protecció oficial, ha fet decantar els promotors privats cap a la promoció lliure, i ha deixat la promoció protegida en mans exclusives dels promotors públics, i les promotores sense ànim de lucre com les cooperatives amb aquesta consideració, les fundacions i altres entitats de caire social que operen fonamentalment sobre sòls públics."

Finalment, explicarem la finalitat i funció de les modalitats catalanes d'habitatge sotmès a algun règim de protecció.

2.-DEFINICIÓ I RÈGIM JURÍDIC DELS HABITATGES PROTEGITS

Els habitatges protegits tenen diverses denominacions (habitatges protegits, de protecció oficial, amb protecció oficial i sotmesos a algun règim de protecció pública). Aquesta diversitat és una de les conseqüències del fet que la definició i règim jurídic del que anomenem en el títol d'aquesta intervenció habitatges protegits, resta establert per tres blocs normatius diferenciats.

El primer bloc normatiu ve constituït per les normes autonòmiques dictades a l'empara de la competències exclusives en matèria d'habitatge (a Catalunya atribuïdes pels articles 137[3] EAC i concretades en la LDHCat i les normes que la despleguen). El segon per les normes reglamentàries estatals dictades formalment a l'empara de l'article 149.1.13 CE[4] (bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica), que acompanyen l'aprovació dels successius plans d'habitatge (les darreres el Real decret 801/2005, modificat pel 14/2008, que regula el pla estatal d'habitatge 2005-2008 i el Real decret 2066/2008, que regula el pla estatal d'habitatge i rehabilitació 20092012).

Aquest dos blocs normatius, que no disposen de *cap norma amb rang legal* de capçalera comuna que els interrelacioni, pel fet que les bases de la planificació general de l'activitat econòmica en el sector de la promoció i construcció d'habitatges -títol competencial en el que s'empara l'Estat-, es concreten en les successives normes reglamentàries que acompanyen els plans quadriennals estatals d'habitatge, permeten donar contingut material el tercer bloc normatiu que cal tenir present; el conformat pel preceptes de la legislació estatal del sòl i de la legislació urbanística que preveuen reserves obligatòries de sòl residencial subjecte a algun règim de protecció pública i el destí dels béns que integren els patrimonis públics de sòl, prioritàriament a polítiques públiques d'habitatge assequible.

2.1. El regim jurídic del habitatges amb protecció pública previst a la LDHCat i desenvolupat pels plans d'habitatge de Catalunya i el Decret 152/2008

A Catalunya la definició i el règim jurídic comú dels habitatges amb protecció oficial resta establert a la LDHCat.

L'article 77.1 LDVCat defineix l'habitatge de protecció oficial, d'acord amb els criteris següents: a) Que compleixi les característiques i condicions establertes per la present llei, els reglaments que la desenvolupin i els plans d'habitatge. b) Que un acte administratiu dictat pel departament competent en matèria d'habitatge qualifiqui com a tal d'acord amb el procediment específic establert per reglament[5].

---

[3] Article 137. Habitatge 1.-Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria d'habitatge, que inclou en tot cas: a) La planificació, l'ordenació, la gestió, la inspecció i el control de l'habitatge d'acord amb les necessitats socials i d'equilibri territorial. b) L'establiment de prioritats i objectius de l'activitat de foment de les administracions públiques de Catalunya en matèria d'habitatge i l'adopció de les mesures necessàries per a assolir-los, tant amb relació al sector públic com al privat. c) La promoció pública d'habitatges. d) La regulació administrativa del comerç referit a habitatges i l'establiment de mesures de protecció i disciplinàries en aquest àmbit. e) Les normes tècniques, la inspecció i el control sobre la qualitat de la construcció. f) Les normes sobre l'habitabilitat dels habitatges. g) La innovació tecnològica i la sostenibilitat aplicable als habitatges. h) La normativa sobre conservació i manteniment dels habitatges i la seva aplicació. 2.-Correspon a la Generalitat la competència sobre les condicions dels edificis per a la instal·lació d'infraestructures comunes de telecomunicacions, radiodifusió, telefonia bàsica i altres serveis per cable, respectant la legislació de l'Estat en matèria de telecomunicacions.

[4] La Disposició Final primera Reial decret 2066/2008, de 12 desembre que regula el Pla Estatal d'Habitatge i Rehabilitació 2009-2012, estableix que el Reial decret s'aprova a l'empara del que disposa l'article 149.1.13ª de la Constitució Espanyola , que atribueix a l'Estat competència exclusiva en matèria de bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica, excepte l'article 7 i la disposició addicional quarta, que es dicten a l'empara del disposat en l'article 149.1.8ª de la Constitució, que atribueix a l'Estat la competència exclusiva d'ordenació dels registres i instruments públics

[5] L'article 77 LDVCat mereix una primera consideració. Del seu tenor es desprèn que els requisits dels habitatges de protecció pública, siguin els objectius, els subjectius o els financers, s'estableixen en la Llei, els reglaments que la desenvolupen i els plans d'habitatge (en concret, les normes reglamentàries que els aproven i regulen). Hem d'advertir que la modulació del principi de reserva de llei en matèria de foment no permet que determinades limitacions al dret a un habitatge digne i adequada i al dret de propietat (com el termini de qualificació durant noranta anys, el sistema d'adjudicació o determinats requisits subjectius per a accedir a un habitatge) puguin establir-se sense cap habilitació legal en normes reglamentàries. Les limitacions a aquests drets que imposen determinats requisits objectius i subjectius dels habitatges de protecció oficial no poden considerar-se, només, com la contrapartida de les mesures de foment que

Cal diferenciar entre l'habitatge amb protecció pública (el definit en l'article 77 LDVCat i sotmès plenament al règim jurídic dels articles 78 i següents) i l'habitatge protegit (o taxat), que és aquell que, sense estar qualificat com de protecció oficial, ha rebut finançament i ajuts públiques i que està subjecta al règim jurídic previst en la seva qualificació i en la norma reglamentària que va aprovar el corresponent pla d'habitatge, del que va obtenir aquests ajuts i finançament. Així, els habitatges de segona ma l'adquisició dels quals en segona o posteriors transmissions es protegeix mitjançant la concessió d'ajuts, se sotmeten a limitacions de disposició, però no tenen la consideració d'habitatge amb protecció oficial[6].

L'article 77.2 LDVCat estableix els criteris per determinar les diferents modalitats d'habitatge amb protecció pública que hauran de precisar-se reglamentàriament i en els plans d'habitatge: a) Els habitatges de protecció oficial poden destinar-se a la venda, al lloguer o a altres formes de cessió d'ús. b) Els habitatges de protecció oficial destinades a la venda es diferencien pels preus màxims de venda i pels ingressos dels destinataris. c) Els habitatges de protecció oficial destinades al lloguer o a altres formes de cessió d'ús es diferencien pel període de vinculació al règim de cessió i pels ingressos dels sol·licitants. d) Les diferències de preu i període de vinculació donen lloc a les diverses modalitats d'habitatge de protecció oficial, que han de concretar-se en els corresponents plans i programes.

Els habitatges amb protecció oficial, per tant, han de complir una sèrie de requisits per a ser qualificats com de protecció oficial i, una vegada qualificats definitivament, se sotmeten a un règim jurídic específic quant a la transmissió, ús, conservació i aprofitament durant el termini de qualificació.

Existeixen, per tant, requisits per a la qualificació i el règim jurídic aplicable durant la vigència de la qualificació.

Els requisits objectius per a qualificar un habitatge de protecció oficial es refereixen a la superfície de l'habitatge i a les característiques dels elements que li estan vinculats, al preu màxim de venda o a la renda màxima en arrendament i a les formes taxades de transmissió del domini o del dret de superfície i de la cessió de l'ús.

Els requisits subjectius es projecten sobre promotors i els adjudicataris, titulars i usuaris. Aquests darrers, les persones físiques que ostenten un títol legítim sobre un habitatge de protecció, sigui la propietat, el dret real de superfície, l'autorització o la concessió i les quals tenen la condició d'inquilins o ocupants per un títol legítim distint als anteriors (que només excepcionalment poden ser persones jurídiques[7]), han de destinar-les a habitatge habitual i permanent, han de tenir necessitat d'habitatge i tenir un determinat nivell màxim i mínim d'ingressos i, si escau, concretes circumstàncies personals, físiques o de perill d'exclusió social. Els promotors d'habitatges de protecció pública poden ser públics i privats, i entre els privats es diferencia el règim dels promotors socials, els autopromotors i les cooperatives d'habitatges, que tindran cadascun d'ells drets i deures distints.

Els aspectes financers dels habitatges de protecció oficial, encara que no puguin definirse pròpiament com a requisits, es refereixen a als ajuts financeres i no financeres que poden rebre la promoció d'habitatges per ésser de protecció pública, a partir de la qualificació provisional fins a la definitiva, que depenen de múltiples factors establerts en els plans d'habitatge que instrumenten els ajuts.

---

s'arbitren per a la promoció i construcció d'habitatges protegits. Per això, és un notable avanç tècnic, i dota de seguretat jurídica al sistema, una regulació dels elements que estructuren aquests requisits i condicions en la LDVCat (que, a través de la disposició addicional setzena, dóna cobertura al règim jurídic dels habitatges qualificats a partir de l'entrada en vigor del Decret 454/2004).

[6] L'article 5.2 del Reial decret 801/2005 estableix que l'ajuda per a l'adquisició protegida dels habitatges de segona ma dels habitatges lliures de nova construcció, adquirits quan hagi transcorregut un termini d'un any com a mínim entre l'expedició de la llicència de primera ocupació, el certificat final d'obra o la cèdula d'habitabilitat, segons procedeixi, i la data del contracte d'opció de compra o de compravenda, implicarà que els preus de venda en les següents transmissions d'aquelles estaran limitats als preus màxims determinats conforme a allò establert en el Reial decret, durant el període que estableixin les comunitats autònomes, que no podrà ser inferior a 15 anys des de la data d'adquisició. Al seu torn, l'article 31.7 del Decret 244/2005 estableix que el preu màxim de venda en posteriors transmissions dels habitatges que obtinguin aquestes ajudes es mantindrà limitat durant un període de 15 anys des de la data de reconeixement del dret a les ajudes, i es calcularà d'acord amb el que disposa l'article 17, que regula les transmissions d'habitatges amb protecció oficial.

[7] L'article 78.3 LDHCat estableix que " Els habitatges amb protecció oficial no es poden rellogar o llogar parcialment, llevat que siguin propietat d'administracions públiques, de llurs ens instrumentals o d'entitats sense ànim de lucre l'objecte de les quals sigui l'allotjament de col·lectius vulnerables que necessiten una tutela especial" i l'article 81.2, que "Els llogaters i els ocupants per un títol legítim diferent dels títols als quals fa referència l'apartat 1 han d'ésser persones físiques, llevat del cas d'administracions públiques o entitats públiques o privades sense ànim de lucre dedicades a l'allotjament de col·lectius vulnerables que necessiten una tutela especial".

El règim jurídic que segueix a la qualificació definitiva dels habitatges durant tota la seva vigència té com primer element el termini de qualificació i la possibilitat o no de desqualificació voluntària. La LDVCat estableix diferents terminis de qualificació[8] i la prohibició de desqualificació voluntària.

Durant el període de qualificació la LDHCt estableix un règim jurídic dels habitatges de protecció oficial, que s'estructura pel aspectes següents :

- Els deures d'ús i utilització es configuren a l'entorn de l'obligació de mantenir-les com habitatge habitual i permanent i en correctes condicions de manteniment.
- Excepcionalment, pot autoritzar-se als propietaris d'habitatges de protecció oficial posar l'habitatge en lloguer o a cedir el seu ús d'altra forma.
- Regeix la prohibició que els propietaris d'habitatges de protecció oficial puguin adquirir altres habitatges, encara que no les destinin a residència habitual o permanent9.
- S'estableixen les concretes formes reglades de transmissió i de cessió d'ús dels habitatges de protecció oficial (dependrà si la qualificació definitiva ho és amb protecció oficial de compra, de lloguer ,de lloguer amb opció de compra o d'altres modalitats) .
- Es preveu la possibilitat, en les modalitats de protecció oficial en lloguer, que els propietaris i superficiaris d'habitatges de protecció oficial en règim de lloguer poden transmetre els seus drets sobre els habitatges, per promocions completes i sense cap tipus de limitació en el preu, en qualsevol moment del període de vinculació al règim de lloguer, a societats que incloguin en el seu objecte social l'arrendament d'habitatges, inclosos els fons d'inversió immobiliària, sempre que els adquirents se subroguin en els drets i obligacions dels venedors.
- S'estableix un preu, renda o cànons màxims en la transmissió o cessió d'ús d'habitatges de protecció oficial per qualsevol títol, i l'obligació de complir les normes de selecció dels adquirents, no

---

[8] L'article 79.1 LDVCat estableix directrius al titular de la potestat reglamentària i a l'òrgan que aprova els plans d'habitatge, perquè estableixi, en els marges que la Llei permet, el termini de qualificació i les possibilitats de desqualificació atenent a la importància i el tipus de les ajudes percebudes i que els terrenys o immobles hagin estat reservats o no pel planejament urbanístic per a ser destinats a habitatge de protecció oficial. En els apartats 2, 3 i 4 del precepte es desenvolupen els dos criteris. En l'apartat 2 es regulen els terminis de qualificació que poden ser establerts per als habitatges de protecció oficial construïdes en sòl públic i en sòl qualificat per a ser destinades a protecció oficial. La Llei, en aquest cas, estableix que "no poden ser inferiors a trenta anys" i faculta a cada norma de desenvolupament dels plans d'habitatge de que es tracti perquè ho "ajusti". Cal advertir que serà difícil justificar en successius plans d'habitatge que només per haver-se produït noves circumstàncies vinculades amb el pla i amb el període programat, calgui alterar aquests terminis entre els extrems del ventall que resulta del pla d'habitatge vigent quan s'aprova la LDVCat i de la regulació legal (el mínim és de 30 anys en la Llei i en el pla d'habitatge vigent s'estableix en 90 anys). De fet, el projecte de llei presentat al Parlament no entenia la qualificació en sòl públic i en sòl qualificat per a ser destinada a protecció oficial com una qüestió conjuntural de cada pla d'habitatge, s'establia com termini de qualificació per al supòsit que examinem, la vida útil de l'edifici, que es considerava que es corresponia amb el termini de 90 anys. És a dir, la titularitat pública o la qualificació com habitatge protegit eren supòsits clarament distints que la sola recepció d'ajudes financeres (cas en el qual el projecte de llei establia un termini mínim de 30 anys).
En l'apartat 3 de l'article 79 LDVCat s'estableix que els habitatges de protecció oficial promogudes en sòl la qualificació urbanística del qual no imposi tal destinació, si els promotors han rebut ajudes públiques per a aquella promoció en concret, els terminis de qualificació, contats a partir de la qualificació definitiva, han d'ajustar-se també a allò l'establert per cada norma de desenvolupament dels plans d'habitatge que es tracti i no poden ser inferiors a 30 anys. El sentit de l'article 79 LDVCat, al desglossar en apartats diferents dos supòsits tan distints i establir un termini mínim comú, és destacar que els "ajustos de termini" de les normes de desenvolupament dels plans d'habitatge poden ser distints (encara que en el pla vigent quan s'aprova la LDVCat, per a aquest supòsit també es preveuen 30 anys de qualificació). L'apartat 4 regula el mateix supòsit anterior si els promotors no han rebut ajudes públiques per a aquella promoció en concret, i el termini de qualificació és directament per prescripció de la LDVCat de 30 anys. Finalment, ha d'advertir-se que, per al pla d'habitatge vigent en el moment d'aprovar-se la LDVCat, la promoció d'habitatges amb protecció oficial que tinguin per objecte reallotjar a persones afectades per actuacions urbanístiques de caràcter i iniciativa públics, la qualificació podrà establir-se, a petició del promotor de l'actuació, per una durada de 30 anys (article 16 del Decret 244/2005).

[9] Aquesta prohibició, prevista en l'apartat 4 de l'article 81 LDHCat és una novetat en el panorama del Dret autonòmic comparat. Té com última justificació, creiem, que si el propietari d'un habitatge de protecció oficial ve a millor fortuna i pot adquirir un segon habitatge, no inverteixi en aquest, sinó a adquirir una lliure per a substituir la protegida i, aquesta, passi a ser destinada a persones que compleixin els requisits legals per a adquirir-la. L'article 123 LDHCat tipifica com infracció molt greu, en matèria de protecció pública, "adquirir un altre habitatge si ja es té la propietat d'un habitatge de protecció oficial si no es donen les causes de justificació determinades per la present llei". Les conseqüències són sancionadores i aquesta conducta no habilita per a expropiar l'habitatge per incompliment de la funció social del dret de propietat.

només en la primera, sinó també en les segones i successives transmissions (es de gran importància la regulació del Registre de sol·licitants i de les formes de selecció dels adjudicataris).

- La prohibició de sobrepreu, prima o la percepció de qualsevol quantitat que alteri el preu, renda o cànon que correspongui en la transmissió o cessió d'ús d'habitatges de protecció oficial per qualsevol títol.
- La nul·litat de ple dret de les clàusules i estipulacions que estableixin preus superiors als màxims que autoritzen les normes aplicables.
- L'obligació d'inscriure la qualificació definitiva en el Registre de la Propietat en les compravendes d'habitatges de protecció oficial, com a requisit de validesa (de fet, de inoponibilitat front de tercers).
- La nul·litat (de fet, anul·labilitat) dels actes translatius del domini o de l'ús d'habitatges de protecció oficial construïts sobre sòl destinat a aquesta finalitat, sense que s'hagi obtingut la seva qualificació definitiva.
- -L'obligació d'obtenir el visat, pel departament competent en matèria d'habitatge, abans que s'atorgui el corresponent document públic, dels actes i contractes de transmissió i cessió d'ús d'habitatges de protecció oficial.
- La subjecció dels actes i contractes de transmissió d'habitatge de protecció pública als drets d'adquisició preferent de l'Administració, que comporta el deure notificació de les transmissions d'habitatges i els drets d'opció i de retracte de l'Administració.

En aquest marc legal les normes reglamentàries de desplegament de la LDHCat (com ara el Decret 152/1988) i els plans d'habitatge de Catalunya (de fet, que se li apliqui la LDHCat[10], nomes s'ha aprovat el pla d'habitatge 2004 -2008, regulat inicialment pel Decret 454/2004, de 14 desembre, de desenvolupament del Pla per al dret a l'habitatge 2004-2007, modificat pel Decret 244/2005, de 8 novembre, d'actualització del Pla per al dret a l'habitatge 2004-2007; pla prorrogat fins al 31 de desembre de 2008 pel Decret 288/2007); han d'establir, entre d'altres determinacions (d'especial significació els ajuts directes a les llars, en el si dels quals destaquen els ajuts directes als propietaris i llogaters per incrementar el nombre d'habitatges en lloguer i els ajuts a la rehabilitació), les diferents modalitats d'habitatge protegit i d'habitatge amb protecció pública.

L'article 67 LDVCat regula els plans d'habitatge com instruments temporals que han d'establir: a) La delimitació i concreció del règim de les actuacions susceptibles de ser protegides, les diferents modalitats d'habitatges de protecció oficial i els criteris de prioritat en l'actuació pública. b) El finançament i els ajuts públics a càrrec de la Generalitat i la gestió de els ajuts estatals per a portar a terme les actuacions. c) Les garanties i condicions per a l'accés a habitatges de protecció oficial en les diferents modalitats i al finançament i ajuts per a qualsevol de les actuacions susceptibles de ser protegides. d) El conjunt de mesures connexes i complementàries que permetin arribar a els objectius dels plans en el període temporal que estableixen.

L'indicat precepte estableix també que el Govern té l'obligació de promulgar plans d'habitatge d'una durada mínima de quatre anys, garantint que la vigència d'aquests plans asseguri que no existeixin períodes que no sigui d'aplicació cap pla.

Amb això, els plans d'habitatge de la LDVCat són uns plans que emparats i d'acord amb la llei i les normes reglamentàries generals de desplegament, s'hauran d'acompanyar de normes amb el contingut imprescindible per a definir i instrumentar els ajuts públics previstos en cada pla.

El règim jurídic dels habitatges amb protecció oficial està establert en la LDVCat i les normes que acompanyin als plans previstos en l'article 67 LDVCat, no el poden modificar, només han d'instrumentar els ajuts i adequar a les necessitats conjunturals aquest marc general, mitjançant l'establiment dels ajuts financers i no financers i de les concretes modalitats d'habitatges amb protecció oficial.

En cada període, les necessitats a atendre preferentment poden ser les dificultats de finançament, el preu del diner o el del sòl residencial, la seva escassesa, la rehabilitació, la inserció social de determinats col·lectius i un llarg etcètera de qüestions. El pla no ha de redefinir en cada ocasió el model i el règim jurídic de l'acció protectora en matèria d'habitatge. En el marc d'aquest règim preestablert i a tenor dels recursos

[10] L'aplicabilitat de la LDHCat a aquest pla s'explica a SIBINA TOMÀS , Domènec en "Régimen jurídico de la vivienda con protección pública (I).Régimen general y calificación de las viviendas de protección pública" publicat a l'obra conjunta dirigida per aquest autor i per PONCE SOLE Juli, "El Derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional" Marcial Pons 2008 página 638.

que es disposa, ha de prioritzar ajuts i instrumentar-les per a donar resposta a la concreta coyunturalitat (que pot ser més o menys llarga).

Hi ha un aspecte, però, que condiciona aquest escenari teòric que resulta de la LDVCat i que explica que fins l'aprovació del Decret 12/2008, les modalitats d'habitatge protegit coincidissin en els plans d'habitatge de Catalunya i en el pla estatal vigent fins a 31 de desembre de 2008.

La LDHCat és conscient de l'exercici per l'Estat de competències en matèria de foment i estableix, per això, que els plans d'habitatge de Catalunya establiran el finançament i els ajuts públics a càrrec de la Generalitat i la gestió dels ajuts estatals. Tot seguit explicarem que una de les complexitats en aquesta matèria és que el títol competencial estatal que li permet aprovar els plans d'habitatge estatals, no empara una política sectorial concreta i completa com la que du a terme el Ministeri d'Habitatge, ni establir unes mesures de foment tan detallades com les formulades en els Reglaments estatals que s'aproven amb els plans estatals d'habitatge actuals.

Existeix una tensió en l'aplicació de l'ordenament que acreixerà en els pròxims plans d'habitatge una vegada que la LDVCat ha regulat de manera completa i sistemàtica el règim jurídic dels habitatges amb protecció oficial, i una vegada que la LS 2008, des de la perspectiva de les polítiques de sòl, ja ha establert el règim bàsic d'aquests habitatges: un preu màxim de venda i lloguer, que ha de mantenir-se en les successives transmissions o arrendaments i cessions durant el període de qualificació (extrems que es desprenen dels articles 10 i 39.2 LS 2008). Poc més hauria d'avançar l'Estat a l'empara de l'article 149.1.13, excepte la protecció registral de l'habitatge protegit, l'obligació d'ocupar l'habitatge com residència habitual i permanent, la possibilitat d'exercir drets d'adquisició preferent, uns terminis màxims i mínims de qualificació i els criteris generals per a determinar el preu màxim i la renda, amb renúncia a definir, de manera expressa, les modalitats d'habitatge protegit que rebran els ajuts financers previstos en el Pla estatal.

Res mes lluny de la realitat com veurem tot seguit

2.2.- El regim jurídic del habitatges amb protecció pública previst en el plans estatals d'habitatge

El Tribunal Constitucional (STC 152/1988), assenyala l'article 47 CE (i, per tant, podem afegir, l'article 26 EAC[11]), no és un precepte delimitador de competències. Als objectius d'aquests preceptes ha d'arribar-se a través del sistema de distribució de competències dels articles 148 i 149 CE i dels respectius estatuts d'autonomia.

D'això se'n deriva que el títol competencial habitatge no s'identifica amb tot l'àmbit d'accions legislatives i executives que promoguin les condicions necessàries i que estableixen la normes pertinents que permetin fer efectiu el dret a l'habitatge (article 47 CE). Aquestes condicions necessàries i normes pertinents poden arbitrar-se des de la legislació urbanística, la d'ordenació del territori, d'ordenació de l'edificació o del crèdit, la de consumidors i usuaris, la hipotecària i la del registre de la propietat, la d'arrendaments urbans, la processal civil, la reguladora del sector de les assegurances o la legislació fiscal, entre d'altres.

Per altra banda, en la delimitació de l'àmbit competencial habitatge, sense desconèixer la transcendència del reconeixement constitucional del dret a un habitatge digne i adequat, cal tenir present que l'activitat econòmica del subsector habitatge té efectes sobre aspectes desvinculats de la seva dimensió com àmbit espacial primari i imprescindible per a la vida personal i familiar. Ens referim entre altres a l'ocupació, al desenvolupament de l'activitat econòmica o a la correcta assignació dels recursos del sistema financer.

Aquesta afectació ha permès a la STC 152/1998[12] emparar en els títols competencials de l'article 149.1.13 (bases i coordinació de la planificació de l'activitat econòmica) i l'article 149.1.11 (bases de l'ordenació del

[11] Article 26. Drets en l'àmbit de l'habitatge "Les persones que no disposen dels recursos suficients tenen dret a accedir a un habitatge digne, per a la qual cosa els poders públics han d'establir per llei un sistema de mesures que garanteixi aquest dret, amb les condicions que determinen les lleis".

[12] La STC 152/1988 com es sabut afirma que :" En efecto, tanto el art. 149 de la Constitución como los Estatutos de Autonomía dejan a salvo las facultades de dirección general de la economía y, por tanto, de cada uno de los sectores productivos, que han de quedar en poder de los órganos centrales del Estado. En consecuencia, dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector. Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda, y en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su muy estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo. De otro lado, en cuanto que esta actividad de fomento de la construcción de viviendas queda vinculada a la movilización de

crèdit, banca i segurs) l'activitat de foment que l'Estat porta a terme a través dels plans d'habitatge, dotats d'importants assignacions pressupostàries i que incorporen de les normes que defineixen les actuacions protegibles en matèria d'habitatge (es a dir les susceptibles d'obtenir ajuts i subvencions).

Competència que, hem d'advertir, tal com s'exerceix per l'Estat, exigeix posar-ne en qüestió la seva constitucionalitat (extrem al que farem referència)

En definitiva, el dret a l'habitatge i les polítiques adreçades a garantir l'existència d'habitatge a preu o renda assequible, es poden examinar de manera diferenciada, des del punt de vista competencial i de les tècniques jurídiques susceptibles de ser utilitzades, de les actuacions públiques de regulació i foment al sector de promoció, construcció i distribució de béns immobiliaris residencials. Són actuacions interrelacionades però diferenciar-les ajuda a advertir que la matèria competencial habitatge no s'esgota en al promoció d'habitatge assequible, ni la promoció d'habitatge assequible és pot dur a terme només des de les competències atribuïdes per la matèria d'habitatge . I que tot plegat no pot entendre's sense ponderar la importància econòmica del sector de la promoció i construcció residencial.

2.2.1- Els règim jurídic actual dels habitatges protegits en els actuals plans d'habitatge estatals, té el seu origen en les normes reguladores de 1978

El règim actual dels habitatges sotmesos a algun règim de protecció pública previst en els actual plans estatals d'habitatge té el seu origen en una política de foment en matèria d'habitatge duta a terme , quan el preu de sòl no era el problema per fer assequible l'habitatge i les ajudes dels plans d'habitatge eren suficients per a incentivar la promoció i adquisició dels HPO de promoció privada (els habitatges amb protecció oficial de règim general), que s'acompanyaven de la promoció pública directa de HPO (els habitatges amb protecció oficial de règim especial), per a atendre els segments de demanda no coberts per la promoció privada d'HPO.

La finalitat del Reial decret llei 31/1978 i el Reial decret 3148/1978 (que configuren el règim jurídic dels habitatges amb protecció oficial aplicat pels plans d'habitatge estatals des de 1981 a 1998) podria sintetitzar-se de la manera següent: l'Estat posa ajudes i incentius econòmics i finançament privat a la disposició del sector de la promoció d'habitatges i de les persones que les demanden amb uns ingressos baixos, mitjos i mitjans alts (els ingressos anuals d'acord amb el Reial decret 3148/1978 no podien superar el 25% del preu de l'habitatge), per a impulsar el sector i facilitar l'accés a l'habitatge (preferentment en propietat). L'acceptació d'aquestes ajudes comporta sotmetre's al règim de HPO per un termini de 30 anys, del que poden desvincular-se mitjançant la desafectació voluntària, retornant totes les ajudes rebudes i els interessos corresponents. Al seu torn, de manera subsidiària, per als sectors més desfavorits hi ha una modalitat de HPO especial (a preu i renda més baixa), amb majors incentius i ajudes que, en tot cas, serà l'objecte preferent de la promoció pública d'habitatge (per a la qual es prohibeix expressament la desqualificació voluntària).

Per tant, es preveia en el futur un parc privat i de promoció privada de HPO que pretén facilitar l'accés a la propietat (amb possibilitat de desqualificació voluntària), i incentivar el sector de la promoció immobiliària, i crear un parc públic, o privat però de promoció pública, per a atendre als sectors amb majors dificultats per a accedir a l'habitatge que ha de romandre en l'àmbit de la HPO almenys durant 30 anys, a manera de parc d'habitatge assequible públic o sota control públic, per haver estat en el seu moment de promoció pública.

Tots aquests objectius es contemplaven en un bloc normatiu que encapçalaven el Reial decret llei 31/1978, de 31 d'octubre, sobre política d'habitatges de protecció oficial, i el Reial decret 3148/1978, de 10 de novembre, pel qual es desenvolupa el ressenyat Reial decret llei 31/1978, que emparaven els plans estatals d'habitatge que s'aprovaven acompanyats de normes reglamentàries que tenien el contingut imprescindible per a definir i instrumentar les ajudes públiques previstes en cada pla. El règim jurídic dels HPO estava establert, substancialment, en el Reial decret llei 31/1978 i el Reial decret 3148/1978, i les normes que acompanyen els plans en principi no els modifiquen, sinó que instrumenten les ajudes.

Les normes de 1978 a les que en venim referint configuraven un corpus legal que Rebolledo Varela[13] defineix de la manera següent:

---

recursos financieros no sólo públicos, sino también privados, no puede hacer abstracción de las competencias estatales sobre las bases de la ordenación del crédito, a que ambas partes hacen referencia.

[13] REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. "Las viviendas de protección oficial: aproximación a su régimen jurídico", en *Derecho privado y Constitución*, año 1995, número 6, dedicado a *Monográfico sobre vivienda*, p. 136.

> "no puede olvidarse respecto de la legislación sobre viviendas de protección oficial instaurada a partir de 1978 *que la finalidad fundamental deviene ser el acceso en propiedad a una vivienda* esencialmente a través de la financiación para su adquisición estructurada a su vez no ya con criterios geográficos, sino en atención a las específicas circunstancias económicas de los sujetos a los que va destinada, *dentro asimismo de una política más general de incidencia en el sector de la construcción mediante su reactivación* para una disminución del desempleo existente en tan importante sector de la economía, es decir, la utilización del régimen de las viviendas de protección oficial no sólo para realizar política social y el acceso a una vivienda digna por las familias de más bajo nivel de renta sino, y quizá sobre todo, como factor de reactivación económica […] *lo que a su vez ha permitido una amplia vulneración de la normativa propia en aspectos tan esenciales como las limitaciones de precio y renta respaldadas desde 1992 por los propios tribunales de la jurisdicción civil* con olvido de que no nos encontramos en un ámbito jurídico y económico sometido a las reglas de mercado, de la libre competencia y al principio de autonomía de la voluntad sino dentro de la efectividad del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 47 de la Constitución."

Per tant els plans d'habitatge de 1978 a 1998 són una política de foment de l'habitatge assequible, però, fonamental un instrument de reactivació del sector de la construcció residencial - a través d'ajuts directes a la compra i de la subsidiació de crèdits en un context de tipus d'interès alts -, motiu pel qual, quan el sector no precisa ajudes per poder vendre la seva oferta, disminueixen substancialment el nombre d'habitatges protegits i la seva proporció respecte del total

Els gràfics que acompanyem con annex 1 ho acrediten: des d'una relació de més de

20.000 habitatges protegits iniciats sobre un total 35.000 habitatges de l'any 1986, en una proporció que pràcticament es repeteix l'any 1995; ens trobem que l'any 1998 s'inicien menys de 5000 habitatges protegits respecte d'un total de quasi 80.000, per arribar a l'any 2006 a menys de 8000 habitatges iniciats de protecció pública front dels més de 120.000 totals. En els moments de crisi del sector s'inicien més habitatges protegits i la seva proporció respecte del total és molt més alta i a l'inrevés quan el sector no te crisi de demanda. Aquesta fet no te res a veure amb els problemes d'accessibilitat a l'habitatge, ja que en els anys de menys producció d'habitatge protegit els problemes d'accessibilitat no són sempre menys accentuats com acrediten els gràfics que acompanyen a l'annex 2 (es pot examinar l'accessibilitat de 2003 per acreditar-ho)

2.2.2.- La STC 152/1988

En aquest marc es dicta la STC 152/1988. La constitucionalitat d'aquesta actuació de foment que desplega l'Estat un cop ja aprovada la CE és objecte d'anàlisi, des de la perspectiva competencial (sense ponderar l'actuació relativa als aspectes fiscals i la promoció pública d'habitatge per part de l'Estat), en la STC 152/1988, que resol diferents conflictes de competència formulats pel Govern Basc contra les normes que, a l'empara del Decret llei 31/1978 i del Reial decret 3148/1978, instrumentaven els ajuts del Pla estatal d'habitatges 1984-1987.[14]

El Govern Basc sosté que els límits a la competència exclusiva de la comunitat autònoma en matèria d'habitatge es concreten en les competències de l'Estat sobre les bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica (articles 149.1.13 i 131 CE) i les bases de l'ordenació del crèdit (article 149.1.11 CE). Aquesta argumentació projectada sobre el Reial decret 3280/1983 (que és la norma marc que establix les ajudes financeres del Pla d'habitatge 1984-1987), comporta que, en la seva opinió, l'Estat només té competència per a autoritzar als bancs inscrits en el Registre de Bancs i Banquers, les caixes d'estalvi confederades, la Caixa Postal d'Estalvis, les cooperatives de crèdit, el Banc Hipotecari d'Espanya i d'altres

[14] Resol els conflictes de competència promoguts pel Govern Basc contra el Reial decret 3280/1983, de 14 de desembre de1983, sobre finançament d'actuacions protegibles en matèria d'habitatge; l'Ordre del Ministeri d'Obres Públiques i Urbanisme de 27 de gener de 1984, sobre tramitació de les actuacions de finançament en matèria d'habitatge que es refereix el Reial decret anterior; l'Ordre del Ministeri d'Economia i Hisenda de 28 de gener de 1984, sobre les condicions financeres de les operacions que es poden incloure en el Programa de Construcció d'Habitatges de Protecció Oficial 1984-1987; l'Ordre del Ministeri d'Obres Públiques i Urbanisme de 7 de març de 1984, per la qual es determina el mòdul i la seva ponderació en els habitatges de protecció oficial acollides al Reial decret llei 31/1978, de 31 d'octubre de 1978, per a 1984 i en el marc del Pla cuatrienal d'habitatges 1984-1987, i l'Ordre del Ministeri d'Obres Públiques i Urbanisme de 12 d'abril de 1984, sobre tramitació de subsidiación i subvencions per a l'adquisició d'habitatges de protecció oficial, així com el Govern de la Nació en relació amb l'Ordre de 11 de febrer de 1987, del Departament de Política Territorial i Transports del Govern Basc, per la qual es determinen les àrees geogràfiques homogènies i els seus respectius mòduls aplicables a operacions de promoció i adquisició d'habitatges de protecció oficial i rehabilitació protegida.

intermediaris financers, per a concedir crèdits per a finançament d'habitatges i per a concedir préstecs qualificats amb interès per a l'execució de les actuacions protegibles en matèria d'habitatge (article 2 i disposició addicional 1 del Reial decret 3280/1983).[15]

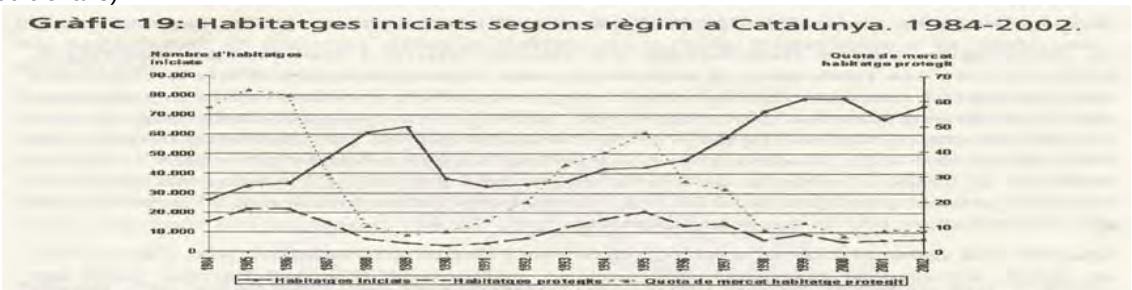
La STC 152/1988 estableix que la política de foment en matèria d'habitatge (no entra a considerar, per no ser objecte del debat, la qüestió de la competència sobre la promoció pública d'habitatges) pot ser inclosa en la competència de l'Estat que es refereix l'article 149.1.13 CE ("bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica") i afirma que: "*ya que con ello se trata de asegurar el mantenimiento de unas inversiones fundamentales desde el punto de vista de la política económica general que, en otro caso, se revelaría difícilmente viable*".

Aquesta afirmació s'ha de contextualitzar i no oblidar que en els anys que es dicten les normes objecte del conflicte (1983-1984), l'habitatge de protecció publica de promoció privada, objecte principal de subvenció en els plans estatals d'habitatge, significava mes del 50% dels habitatges iniciats[16] i que, aquest plans, concentraven els ajuts en el habitatge de protecció pública en propietat (en el que el preu de venda no era molt inferior al de mercat i els ajuts públics s'adreçaven a subsidiar els crèdits per fer disminuir l'import de els quotes mensuals d'amortització). De fet els plans estatals d'aleshores no instrument d'altra política d'habitatge significativa (no es preveuen ajuts al lloguer i tot just s'inicien els ajuts a les àrees de rehabilitació integral que es justifiquen al Reial decret 2329/1983 como una mesura de lluita contra l'atur, argument que reitera ara el Reial decret 2066/2008)

El TC dedueix de l'article 149.113 CE projectat sobre el sector de la promoció i construcció d'habitatges un abast substantiu i material sobre l'ordenació del sector, del tot allunyat de la posició sostinguda pel govern Basc. L'Estat no només pot establir un pla d'actuació de foment de l'habitatge general, finançat amb recursos propis i concertant ajudes i crèdits per a tercers amb les entitats financeres privades, sinó que això comporta, al seu torn, que pugui regular les actuacions protegibles (quina activitat privada o pública relacionada amb l'habitatge ha de ser subvencionada), la regulació essencial de les fórmules de finançament (quin tipus d'ajuts financers han d'arbitrar-se i com han de materialitzar-se), el nivell de protecció (quin tipus d'habitatges, amb quina limitació de preu i renda i sotmesos a quines condicions, són els habitatges protegits susceptibles d'acollir-se als ajuts públics inclosos en els plans d'habitatge) i l'aportació dels recursos (com es financen els plans d'habitatge)[17]

---

[15] Per tant, la resta de competències han de ser declarades de titularitat autonòmica: el finançament d'actuacions protegibles (article 1 del Reial decret 3280/1983); els préstecs qualificats (article 3); les promocions especials quan es tracti de promotors sense ànim de lucre o quan els habitatges es qualifiquin amb destinació a arrendament (article 4); els préstecs al promotor (article 5); els préstecs a l'adquirent (article 6); la subsidiació dels tipus d'interès (article 7); la subvenció personal als adquirents (article 8); la percepció de la subvenció (article 9); els ingressos familiars (article 10); els preus de venda (article 11); que no és el Ministeri d'Obres Públiques i Urbanisme, a través de l'Institut per a la Promoció Pública de l'Habitatge, el que hauria d'establir els convenis amb les entitats financeres públiques i privades (que és el que preveu la disposició addicional 2) i que no pot autoritzar-se a l'Institut per a la Promoció Pública de l'Habitatge per a subvencionar el lloguer dels habitatges de protecció oficial de promoció pública, sempre que el titular de la promoció o del contracte d'arrendament sigui el propi organisme o un ens territorial (que és el que fa la disposició addicional 3).



[16] Font: Elaboració Carme Trilla a partir de les dades de la Direcció General d'Arquitectura i Habitatge.

[17] Aquest aspectes de la doctrina del Tribunal Constitucional s'argumenten en el fonament jurídic 4: "Por lo que se refiere al subsector económico de la vivienda, no cabe duda de que puede ser comprendida en la competencia del Estado a que se refiere el artículo 149.1.13 de la Constitución la planificación básica de determinadas actuaciones de construcción y rehabilitación de viviendas de protección oficial, lo que justifica la regulación por el Estado de los correspondientes instrumentos de financiación en el ámbito definido como tal, ya que con ello se trata de asegurar el mantenimiento de unas inversiones fundamentales desde el punto de vista de la política económica general que, en otro caso, se revelaría difícilmente viable.
"Ello no obstante […],

A més, quant al finançament privat, concertat per l'Estat amb les entitats financeres, la STC 152/1988 afirma que la regulació i l'establiment del finançament privat de les actuacions correspon a l'Estat en virtut del que disposa l'article 149.1.11 CE, ja que es tradueix en la disciplina d'un dels préstecs de regulació especial computables per les entitats financeres.

La sentència només adverteix que, per a l'execució de la normativa estatal reguladora de les actuacions protegibles, les comunitats autònomes han de contar amb un marge de llibertat de decisió i han d'integrar en la seva política general d'habitatge les ajudes regulades per l'Estat per al compliment de les finalitats que responen. Al seu torn, afegeix que "és evident que, en funció d'aquelles competències estatutàries, poden definir i portar a terme una política d'habitatge pròpia, complementant les actuacions de protecció i promoció previstes per l'Estat, a càrrec dels seus propis recursos". De fet, aquesta afirmació comporta implícitament la vinculació de la competència material amb l'origen dels recursos econòmics, la qual cosa és incompatible amb el sistema de distribució constitucional de competències i el que el Tribunal Constitucional pretenia evitar en la indicada STC 152/1998 (a saber, que la competència segueixi a la despesa)[18]. Una crítica es que pot seguir fent respecte de la falta de cobertura constitucional, per a justificar des del punt de vista competencial l'activitat que desenvolupa l'Estat en matèria de foment de l'habitatge protegit i assequible

En paraules de Beltrán de Felipe[19], "Desde esta fundamentación (los apartados 11 y 13 del artículo 149.1 CE, como títulos competenciales que habilitan el Estado para dictar normas básicas en materia de vivienda), el Tribunal Constitucional admitió la tesis de la abogacía del Estado de la 'legitimidad constitucional de un sistema mixto de protección pública en materia de vivienda', señalando que 'la posibilidad del Estado de

---

"En concreto, dentro de la normativa de financiación a la vivienda de que ahora se trata, es preciso distinguir cuatro aspectos inherentes a la finalidad de promoción que persiguen las medidas arbitradas por el Gobierno y la Administración del Estado. En primer lugar, la definición misma de las actuaciones protegibles, que constituye el núcleo de las medidas consideradas. En segundo término, la forma de protección, en este caso la regulación esencial de las fórmulas de financiación adoptadas –créditos cualificados, subsidiación de préstamos y subvenciones–, sin la cual el fomento de aquellas actuaciones carece de eficacia, así como la finalidad específica de las mismas. A continuación, y como parte de esa regulación esencial, el nivel de protección que se intenta alcanzar u ofrecer en cada caso. Por último, la aportación misma de recursos estatales que permitan realizar las correspondientes actuaciones, en cuanto que garantía de la política económica general, relativa al sector de la vivienda. Como expresión de esta última, la regulación estatal de cada uno de estos cuatro aspectos no invade competencia autonómica alguna, pues se halla legitimada por lo dispuesto en el artículo 149.1.13 de la Constitución, así como, por lo que hace a la financiación privada de tales actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.11, puesto que se traduce en la disciplina de uno de los préstamos de regulación especial computables por las entidades financieras. "En cualquier caso, ello no significa que las comunidades autónomas con competencias en materia de vivienda hayan de quedar absolutamente desprovistas de cualquier atribución por lo que se refiere a las actuaciones protegibles en el sector. Por un lado, es evidente que, en función de aquellas competencias estatutarias, pueden definir y llevar a cabo una política de vivienda propia, complementando las actuaciones de protección y promoción previstas por el Estado, con cargo a sus propios recursos, lo que, frente a lo que alega el Gobierno Vasco, no resulta impedido por las disposiciones que impugna. Pero además, para la ejecución de la normativa estatal reguladora de las actuaciones protegibles que, como diremos más adelante, les corresponde, las comunidades autónomas deben contar con un margen de libertad de decisión que les permita aplicar las medidas estatales adaptándolas a las peculiares circunstancias de su territorio, sin perjuicio del respeto debido a los elementos indispensables que las normas estatales arbitran para alcanzar los fines de política económica general propuestos. "Sólo de esta manera es posible conciliar el ejercicio de las competencias del Estado sobre la planificación y coordinación en el sector económico de la vivienda, incluida la utilización instrumental de sus competencias sobre las bases de ordenación del crédito, con las competencias autonómicas en materia de vivienda. Así, si las primeras legitiman una intervención del Estado que condiciona en parte la globalidad de la política de vivienda de cada comunidad autónoma, dicha intervención no puede extenderse, so pretexto de un absoluto igualitarismo, a la regulación de elementos de detalle de las condiciones de financiación que la priven de toda operatividad en determinadas zonas del territorio nacional. Antes bien, a las comunidades autónomas corresponde integrar en su política general de vivienda las ayudas reguladas por el Estado para el cumplimiento de las finalidades a que responden, con capacidad suficiente para modalizar, en su caso, las reglas generales, al objeto de conseguir una sustancial igualdad de resultados."

[18] En el fonament jurídic 3, el Tribunal Constitucional afirma: "este Tribunal, en reiteradas ocasiones –STC 39/1982, de 30 de junio (RTC 1982\39); 144/1985, de 25 de octubre (RTC 1985\144); 179/1985, de 19 de diciembre (RTC 1985\179); 95/1986, de 10 de julio (RTC 1986\95); 146/1986, de 25 de noviembre (RTC 1986\146)–, que el ejercicio de aquellas actuaciones estatales no se justifica por el hecho de que se financien con fondos presupuestarios del Estado, ya que la subvención, o más en general, el poder de gasto no es concepto o título que delimite competencias, atrayendo toda regulación que tenga conexión con el mismo, pues ello conduciría a una sensible alteración del sistema de distribución de competencias que resulta de la Constitución y de los estatutos de autonomía."

[19] BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. La intervención administrativa en la vivienda: aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial, Lex Nova, 2000, p. 35.

incidir sobre la misma, mediante una regulación propia, se ciñe a aquellos extremos que puedan entenderse comprendidos en las bases y coordinación de la planificación económica' (STC 152/1988 FJ 3). A continuación se mencionan en la sentencia *cuatro aspectos de la política de financiación de viviendas* que, por 'inherentes a la finalidad de promoción que persiguen las medidas arbitradas por el Gobierno y la Administración del Estado', *deben ser de titularidad estatal*: *definición de las actuaciones protegibles, regulación esencial de las fórmulas de financiación, nivel de protección y aportación de los recursos* (FJ 4)".

La doctrina del Tribunal Constitucional en matèria competencial es projecta en els plans d'habitatge que segueixen a l'any 1988, any que es dicta la sentència, i estructura l'exercici de les competències estatals i autonòmiques de foment fins al Pla d'habitatge regulat en el Reial decret 2190/1995, que va a introduir les primeres modificacions que ens duran fins al model actual, que té el seu origen en el Reial decret 1186/1998. Hem d'advertir que el model que sanciona la STC 152/1988 evoluciona, mitjançant les successives normes reglamentàries que acompanyen cada pla d'habitatge, contravenint ja en el Reial decret 1186/1998 la doctrina de la STC 152/1988 i ampliant les competències autonòmiques en la concreció de les modalitats d'habitatge protegit que defineix l'Estat i de l'àmbit de l'activitat de foment portada a terme amb fons estatals (mitjançant subsidis de préstecs, subvencions i ajuts finançats directament del seu pressupost) o a través dels préstecs acollits a convenis de col·laboració entre el ministeri competent amb les entitats de crèdit col·laboradores amb el Pla d'habitatge per a compradors i promotors d'actuacions protegides.

Més endavant tornarem sobre la constitucionalitat dels actual plans estatals d'habitatge però es bo recordar ara una part del vot particular emès per Francisco Rubio Llorente

> B) El rechazo de la pretensión fundamental de la Comunidad Autónoma del País Vasco se hace en la sentencia por considerar que el conjunto de disposiciones estatales impugnadas pueden ser referidas a la competencia exclusiva que el art. 149.1.13 de la Constitución concede al Estado sobre «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». No ignoro la incidencia que sobre la industria de la construcción tiene el sistema de protección pública de viviendas, pero esta incidencia no autoriza en modo alguno a considerar que un plan de actuación completo, desarrollado hasta los últimos extremos procedimentales y financiado con fondos estatales equivalga al establecimiento de las bases a las que han de ajustarse los planes de las Comunidades Autónomas o signifique una mera coordinación de la actuación de éstas, a las que realmente no se les asigna otro papel que el de meras ejecutoras del plan estatal único. Esta identificación de la actuación estatal con lo que realmente no es, lleva a la consecuencia inevitable de que esta actuación ha de ser aceptada o rechazada en su conjunto, y que el esfuerzo por salvar la competencia autonómica en materia de vivienda conduzca a soluciones contradictorias como la adoptada respecto a la aplicación del módulo en el País Vasco, a la que antes me he referido. Ni por su desarrollo de detalle puede considerarse el plan de protección de viviendas un mero establecimiento de bases o un conjunto de medidas de coordinación, ni su sentido primordial es, a mi juicio, el de incidir sobre un sector de la actividad económica, sino el de procurar dar realidad al derecho a una vivienda digna y adecuada que el art. 47 de la Constitución reconoce a todos los españoles. Visto desde esta perspectiva, el mencionado plan puede ser entendido como una actuación producida, no al amparo del párrafo 13, sino más bien del párrafo primero del apartado 1.º del art. 149, como un esfuerzo por asegurar un mínimo igual en el ejercicio (en rigor en el disfrute), de un derecho constitucional.

Pel que fa referència a la competència del art. 149.1.1ª C.E. és oportú destacar l'opinió de BARNES[20], "(…) baste decir que, según la jurisprudencia, se trata de una competencia que se circunscribe al ámbito de lo *normativo* (el precepto habla de "regulación"), lo que excluye la posibilidad de su invocación en el plano ejecutivo; constituye un título competencial *positivo* o *habilitante*; no es, pues, un mero principio, o un título residual o complementario, ni tampoco una mera prohibición de divergencia desproporcionada o irrazonable respecto de la norma estatal que pese sobre la legislación autonómica; tiene contenido propio y específico; "la *igualdad* de todos" representa el *elemento teleológico* o finalista del título competencial, su razón de ser; y el "objeto" o "materia" sobre el que recae son los *derechos y libertades en* sentido *estricto* (esto es, sólo los derechos de la Sección 1ª y 2ª), no así los "derechos" del Capítulo III". Cal advertir que aquesta última afirmació s'infereix, al seu torn, dels fonaments jurídics 7.b i 8 de la STC 61/1997.

[20] Javier Barnes, *Problemas y perspectivas del art. 149.1.1ª C.E*. Institut d'Estudis Autonomics, Barcelona, 2004 y "*El reparto de competencias en materia de urbanismo. El vicio de incompetencia* en la obra de varios autores "Estudios sobre urbanismo(Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de Suelo de 2007)" Fundación democracia y gobierno local, Barcelona 2007 – la cita dels etxto es del segundo trabajo página.

Tot plegat permet sostenir que del vot particular se'n desprendria que la competència no està emparada per l'article 149.1.13 i que la possibilitat de fer-ho des de l'article 149.1.1 (alternativa que formula Rubio Llorente), no és correspon amb la doctrina sostinguda fins avui pel TC.

2.2.3.- La evolució del sistema.

En aquest panorama, les dificultats per a encaixar la política de foment en la distribució competencial de la CE van a anar alterant el sistema: a) l'activitat de promoció pública d'habitatge de l'Estat i el patrimoni que això ha comportat es transfereix a les comunitats autònomes que legislen en relació amb ella i desplacen les normes estatals, sent residual la competència executiva estatal, i b) les normes reglamentàries que acompanyen als plans d'habitatge dels anys noranta van modificant el règim jurídic de les HPO, des del punt de vista substantiu i competencial (determinats aspectes d'aquest règim ja correspon establir-los a les comunitats autònomes, que han de respectar els límits que estableixen les normes reglamentàries estatals).

El resultat serà un entramat normatiu de molt complexa aplicació, pels motius següents:

a) Les normes reglamentàries estatals que modifiquen el règim de les HPO se succeïxen i es deroguen una després d'una altra, de manera successiva, a l'aprovar-se cada pla d'habitatge, amb la qual cosa, els habitatges qualificats de protecció a l'empara de cada pla poden estar sotmeses a un règim jurídic distint (per exemple, en matèria de desqualificació voluntària).

b) Les normes reglamentàries estatals que acompanyen als plans d'habitatge estableixen progressivament una sèrie de nous requisits als habitatges amb protecció oficial com a conseqüència de la negociació amb les comunitats autònomes. Per exemple, la possibilitat de no permetre la desqualificació voluntària per un termini de 30 anys, establerta en l'article 5 del Reial decret 801/2005 o la possibilitat que les comunitats autònomes estableixin sobre els habitatges qualificats o declarades protegits, amb destinació a la seva venda, que regula el Reial decret, drets de tempteig i de retracte a favor dels demandants d'aquests tipus d'habitatges, inscrits en els corresponents registres públics, possibilitat que estableix l'article 13.

L'establiment d'aquests requisits, de difícil encaix en la competència estatal de bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica, excedeixen en tot cas de l'àmbit acceptat per a les normes reglamentàries, sense habilitació ni cobertura legal, en matèria de foment. Les limitacions que imposen els requisits ressenyats no poden considerar-se, només, com la contrapartida de les mesures de foment que s'arbitren per a la promoció i construcció d'habitatges protegits.

Els nous llargs terminis de qualificació, la prohibició de la desqualificaió voluntària i l'establiment de drets d'adquisició preferent en favor dels inscrits en el registre públics de sol·licitants d'habitatge, no tenen com a raó d'esser haver rebut subvencions. El seu fonament és:

- bé les polítiques de sòl, pel fet que quan la planificació urbanística ha exclòs un part del sòl de la formació de preus de mercat i els destina per a construir habitatges amb protecció pública, la seva reinserció en el mercat, via desqualificació voluntària, als pocs anys de construcció, resulta contradictòria amb aquelles polítiques de sòl en les àrees on és enorme la diferència entre el preu o la renda de l'habitatge protegit i el de la lliure;
- -bé la creació de un parc d'habitatge assequible que permeti la rotació en l'ocupació, amb garantia del principi d'igualtat en les actuacions de les administracions públiques dirigides a garantir el dret a un habitatge digne i adequat.

Tot plegat és una manifestació d'un intent dels pla d'habitatge estatal d'anar-se adaptant a la nova realitat dels preus de l'habitatge i de l'accessibilitat: el problema no és el preu del diner , és el preu del sòl. En el mercat lliure no hi ha sòl per a destinar-lo a habitatge protegit i no és possible la seva producció sense la utilització de tècniques urbanístiques (reserves) o polítiques d'adquisició de sòl.

c) Es produeix la paradoxa que les comunitats autònomes poden regular, per tenir atribuïda la competència sobre habitatge, el règim jurídic dels habitatges amb protecció pública (les modalitats i tipologies existents i les noves) i les reserves de sòl, però només les que compleixin els requisits establerts en els reglaments que acompanyen els plans d'habitatge podran acollir-se a les ajudes que aquests preveuen (és a dir, les ajudes financeres de les noves modalitats autonòmiques van a càrrec dels seus pressupostos). Pot haver normes autonòmiques (entre elles, les previstes en els articles 78, 79 o 87.3 LDHCat), que regulen els habitatges sotmesos a algun règim de protecció que, d'acceptar-se la tesi de la STC 152/1988, no podran ser aplicades als habitatges protegits que s'acullin a les ajudes i beneficis previstos en futurs plans d'habitatge estatals, si les seves normes reglamentàries de desenvolupament exigeixen per a acollir-se a aquests ajuts i beneficis, requisits diferents als previstos en la LDHCat.

El resultat es que el règim jurídic dels habitatges protegits definits per les normes estatals que acompanyen els plans d'habitatge muden i es modifiquen com a conseqüència de la negociació de l'Estat , que disposa dels recursos financers, amb els CCAA , que tenen les competències sobre habitatge.

2.3.- Les conseqüències del doble bloc normatiu, estatal i autonòmic, regulador dels habitatges protegits: les modalitats d'habitatge protegit, i en especial del seu règim jurídic, son conseqüència fins ara del pactes entre l'Estat i les CCAA (pacte, crec, en espera de futurs conflictes)

Si examinen el darrer pla d'habitatge de Catalunya 2004-2008 (regulat inicialment pel decret 454/2004, de 14 desembre, de desenvolupament del Pla per al dret a l'habitatge 2004-2007, modificat pel decret 244/2005, de 8 novembre, d'actualització del Pla per al dret a l'habitatge 2004-2007; pla prorrogat fins al 31 de desembre de 2008 pel decret 288/2007) advertim que Decret 454/2004 accepta les modalitats de habitatges de protecció pública previstos en els plans d'habitatge estatals aprovats fins a aleshores, però imposa nous requisits no previstos en les normes que fins llavors havien aprovat el plans estatal d'habitatge (en especial el de prohibició de desqualificació voluntària i el del període de qualificació per 90 anys).

Per altra banda com hem vist la LDHCat estableix un règim jurídic complert i nou dels habitatges amb protecció oficial.

A l'ensems si examinen el Real decret 801/2005 que regula el pla d'habitatge estatal 2005-2008 i el Real decret 2066/2008, que regula el pla d'habitatge 2009-2012, observem que no només defineixen les modalitats d'habitatge protegit d'acord al fet que es destinin a la venda, a lloguer o a altres formes de cessió d'ús; per referència als preus màxims de venda i els ingressos dels destinataris i per referència al període de vinculació al règim de cessió o lloguer i pels ingressos dels sol·licitants: aquesta definició s'acompanya d'un règim jurídic quant al període de qualificació i a la transmissió, ús, conservació i aprofitament durant el termini de qualificació.

Vegem-ho a) L'article 5 del Reial decret 801/2005 estableix que els habitatges subjectes a règims de protecció pública que s'acullin a les mesures de finançament establertes en aquest Reial decret tindran un règim de protecció, sense possibilitat de desqualificació voluntària, que s'estendrà a tota la vida útil de l'habitatge, considerant com a tal un període de 30 anys, comptat des de la seva qualificació definitiva, tot i que les comunitats autònomes podran establir un termini superior. L'article 6 del Reial decret 2006/2008 àdhuc precisa més i estableix que .hauran d'estar subjectes a un règim de protecció pública, que exclogui la desqualificació voluntària, fins i tot en el supòsit de subhasta i adjudicació dels habitatges per execució judicial del préstec, de la següent durada: a) de caràcter permanent mentre subsisteixi el règim del sòl, si els habitatges i allotjaments haguessin estat promoguts en sòl destinat pel planejament a habitatge protegit, o en sòl dotacional públic, i, en tot cas, durant un termini no inferior a 30 anys. b) De 30 anys, almenys, si els habitatges i allotjaments haguessin estat promoguts en altres sòls Observis que aquest precepte fonamenta el caràcter permanent de la qualificació en l'article 34.2 de la LS 2007 incorporat com article 39.2 a la LS2008[21]

[21] El precepte estableix
Artículo 39.Destino. 1. (…)
Los terrenos adquiridos por una Administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, *que estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, no podrán ser adjudicados, ni en dicha transmisión ni en las sucesivas, por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate, conforme a su legislación reguladora.* En el expediente administrativo y en el acto o contrato de la enajenación se hará constar esta limitación.
Las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino de las fincas integrantes de un patrimonio público de suelo que se hagan constar en las enajenaciones de dichas fincas son inscribibles en el Registro de la Propiedad, no obstante lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y sin perjuicio de que su incumplimiento pueda dar lugar a la resolución de la enajenación.
El acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones a que se refiere el apartado anterior produce los siguientes efectos: a) Cuando se hayan configurado como causa de resolución, ésta se inscribirá en virtud, bien del consentimiento del adquirente, bien del acto unilateral de la Administración titular del patrimonio público de suelo del que proceda la finca enajenada, siempre que dicho acto no sea ya susceptible de recurso ordinario alguno, administrativo o judicial. Sin perjuicio de la resolución del contrato, la Administración enajenante podrá interesar la práctica de anotación preventiva de la pretensión de resolución en la forma prevista por la legislación hipotecaria para las anotaciones preventivas derivadas de la iniciación de procedimiento de disciplina urbanística. b) En otro caso, la mención registral producirá los efectos propios de las notas marginales de condiciones impuestas sobre determinadas fincas.

b) L'ajut per a l'adquisició protegida dels habitatges de segona ma implicarà que els preus de venda en les següents transmissions estaran limitats als preus màxims determinats conforme a allò establert en el Reial decret regulador del pla estatal d'habitatge, durant el període que estableixin les comunitats autònomes, que no podrà ser inferior a 15 anys des de la data d'adquisició (article 5.2 del Reial decret 801/2005 i article 6.2 del Reial decret 2006/2008)

c) Els compradors d'habitatges no els podran transmetre entre vius i ni cedir el seu ús per cap títol, durant el termini mínim de deu anys des de la data de la formalització de l'adquisició, excepte els supòsits expressament previstos (article 13 del Reial decret 801/2005, apartats 2, 3, 4 i 5). Aquest extrem es modifica en el Reial decret 2006/2008 (article 5 apartats b i c), en el sentit que la transmissió entre vius o la cessió de l'ús dels habitatges i dels seus annexos, per qualsevol títol, abans del transcurs de 10 anys des de la data de la formalització de l'adquisició, requerirà autorització de les Comunitats Autònomes i que la transmissió entre vius o la cessió de l'ús dels habitatges, una vegada transcorreguts 10 anys des de la formalització de l'adquisició, comportarà que el préstec perdi la seva condició de convingut i que l'entitat que el va concedir pugui resoldre'l.

d) La venda i adjudicació dels habitatges acollits al Reial decret estatal haurà d'efectuarse a demandants inscrits en els registres públics previstos a aquest efecte per les comunitats autònomes, segons els procediments que aquestes regulin, que, en tot cas, hauran de garantir els principis d'igualtat, publicitat, concurrència, així com eliminar qualsevol tipus de frau en les primeres i posteriors transmissions (Reial decret 8701/2005, article 13, apartat 7). Aquesta regulació es manté en el Reial decret 2006/2008 amb al matisació que resulta de la DT sisena, que estableix que els registres públics de demandants als quals es refereix aquest Reial decret haurien d'estar en funcionament en el termini d'un any des de la publicació d'aquell en el «Butlletí Oficial de l'Estat». Fins a aquest moment, la venda i adjudicació dels habitatges en primera i posteriors transmissions es regularà pel que disposi la normativa pròpia de les Comunitats Autònomes que, en tot cas, haurà de garantir els principis d'igualtat, publicitat i concurrència i impedir el frau en les primeres i posteriors transmissions

e) La prohibició de disposar, les limitacions i el termini de qualificació es faran constar expressament en les escriptures públiques de compravenda, d'adjudicació o de declaració d'obra nova en el supòsit de promoció individual per a ús propi, i s'adjuntarà a aquestes escriptures públiques una còpia testimoniada o compulsada de la qualificació definitiva de l'habitatge, o, si escau, en l'escriptura pública de formalització del préstec hipotecari. En ambdós supòsits, aquestes prohibició i limitacions s'inscriuran en el Registre de la Propietat, on es faran constar per mitjà de nota marginal (article 13, apartat 8).El Reial decret 2006/2008 afegeix que aquesta nota marginal tindrà els efectes previstos en l'article 39.3 de la LS 2008 (article 7 del Reial decret)

f)Les comunitats autònomes podran establir sobre els habitatges qualificats o declarats protegits, amb destinació a la seva venda, que regula aquest Reial decret, drets de tempteig i de retracte a favor de: a) aquestes administracions, altres de caràcter territorial establertes en les pròpies comunitats autònomes o altres entitats públiques designades per aquestes; b) les agències o societats públiques de lloguer legalment creades, i c) els demandants d'aquests tipus d'habitatges inscrits en els corresponents registres públics (Reial decret 801/2005, article 13, apartat 9). El Reial decret 2006/2008 de forma més simple i planera estableix que els habitatges acollits al finançament d'aquest Pla, estaran sotmeses, si escau, als drets d'adquisició preferent i altres limitacions determinades per les Comunitats Autònomes (article 5.2)

El més significatiu no és només que remeti en la majoria de supòsits a la regulació de les CCAA, si no el fet que considera que es de la seva competència la possibilitat d'establir el règim jurídic (que cal considerar les bases de la planificació general de l'activitat econòmica en el sector de la promoció i construcció d'habitatges) i fer-ho a través d'una norma reglamentària.

La concepció dels habitatges protegits a la LDHCat, contràriament, és que l'Estat pot fixar alguna de les modalitats d'habitatge protegit en funció del règim de venda o lloguer o d'altres formes de cessió d'ús; per referència als preus màxims de venda i els ingressos dels destinataris i per referència al període de vinculació al règim de cessió o lloguer i pels ingressos dels sol·licitants. Un cop fet això, es desprèn del contingut de la LDHCat, que l'Estat por establir els ajuts financers que estimi convenients a cada modalitat, que gestiona la Generalitat, però que establir el règim jurídic de l'habitatge protegit pertoca competencialment a la Generalitat.

Dues preguntes venen de manera immediata al cap:

- Una ens la fèiem. Cal considerar que les comunitats autònomes poden regular, per tenir atribuïda la competència sobre habitatge, el règim jurídic dels habitatges amb protecció pública (les modalitats i tipologies existents i les noves).Malgrat això ¿ només les que compleixin els requisits establerts en els

reglaments que acompanyen els plans d'habitatge podran acollir-se a les ajudes que aquests preveuen? (és a dir, les ajudes financeres de les noves modalitats van amb càrrec dels seus pressupostos). Per exemple por establir una Comunitat autònoma que el règim de protecció dels habitatges de poretcció oficial és de 25 anys i llavors no podrà acollir-se a les ajudes dels plans estatals o en el futur preveure l'Estat que el període de protecció és de 15 anys i imposar-ho com a condició per obtenir els ajudes estatals .

- L'altra és una conseqüència de l'anterior: la LDHCat pot derogar la normativa estatal i decidir a quins habitatges de protecció pública s'aplica el nou règim a partir de la seva entrada en vigor i quin és aquest nou règim.

Pel que fa a la LDHCat la seva regulació completa i nova del règim jurídic del habitatges de protecció oficial no ha esta objecte, que sapiguem de recurs d'inconstitucionalitat[22].

La contradicció entre el règim jurídic –estatal i autonòmic -, dels habitatges protegits ja es va produir amb l'aprovació del Decret 454/2004, del pla d'habitatge de Catalunya 2004-2007 (després prorrogat al 2008) que contradeia el Real decret 1/2002, d'11 de gener, sobre mesures de finançament de les actuacions protegides del Pla estatal 20022005. Les contradiccions es van salvar mitjançant la negociació, no del conflicte de competència davant el Tribunal Constitucional. El Reial decret 801/2005 no contradiu (o dóna cobertura segons sigui la interpretació competencial) al contingut dels Decrets 454/2004 i 244/2005 pel que fa al període de qualificació per un termini de 90 anys.

És una forma d'ajornar el conflicte, amb salvaguarda de l'interès públic per poder realitzar polítiques de foment de l'habitatge immediatament. És només creiem, no obstant això, un ajornament del conflicte o d'una futura reconstrucció normativa de la matèria, més adequada a la distribució de competències establerta constitucional i estatutàriament i que la normativa estatal s'adeqüi al principi de reserva de llei i a la concreció en una norma legal de les bases estatals.

El sistema d'atribució de competències que ha consolidat l'Estat mitjançant els plans d'habitatge i com a conseqüència de dotar-los de fons mereix diverses crítiques (molt més si es te en compte que, els actuals plans d'habitatge, tenen un abast que supera en molt la regulació i subvenció dels habitatges amb protecció pública i preveu ajuts dircetes al lloguer a la rehabilitació d'immobles i d'àrees de renovació).

Ens centrarem en tres[23]. La primera que, com ja va assenyalar Rubio Llorente en el vot particular que va formular a la STC 152/1988, les funcions estatals sobre habitatge es limiten, segons l'article 149.1 CE, a les bases i a la coordinació de la planificació en matèria econòmica, i juguen en un àmbit que, segons l'article 148.1.3 CE, és de competència exclusiva autonòmica. Per això, el títol competencial estatal no pot emparar una política sectorial concreta i completa ni establir unes mesures de foment tan detallades com les formulades en els Reglaments estatals que s'aproven amb els plans d'habitatge actuals. L'article 149.1.13 CE no hauria de donar cobertura a l'Estat per a tenir una política d'habitatge plasmat en un instrument tan detallat com és el Pla d'habitatge. D'altra banda, si el Pla d'habitatge conté normes bàsiques, llavors no compleix els estàndards establerts per la jurisprudència constitucional respecte de que això es faci constar expressament en aquestes normes i que, en qualsevol cas, es trobin recollides en norma amb rang de llei. Tot això ho confirma la STC 13/1992

La suposada voluntarietat de la participació autonòmica no resol la qüestió. L'assumpció per aquestes dels plans d'habitatge estatals és suposadament voluntària, però el fet que existeixi o no conveni, a més de no influir perquè el Pla estatal vinculi a les comunitats autònomes, tampoc els resta competències ni els impedeix executar les ajudes estatals, doncs totes les comunitats autònomes i Ceuta i Melilla tenen assumida, via reials decrets de traspàs de funcions i serveis, la competència de gestió i tramitació de les ajudes estatals. I en tals condicions no hi ha dubte que resulta més avantatjós per a les comunitats autònomes signar els convenis amb l'Estat, doncs això els permet accedir als fons estatals i influir via acord.

---

[22] Són tres els preceptes de la LDVCat respecte dels quals l'Estat ha plantejat la seva possible inconstitucionalitat, segons es desprèn de la Resolució de 26 de març de 2008, de la Secretaria d'Estat de Cooperació Territorial, que es publica l'Acord de la Subcomissió de Seguiment Normatiu, Prevenció i Solució de Conflictes de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat en relació amb la Llei de Catalunya 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge (BOE 21 d'abril de 2008). La resolució, dictada a l'empara de l'article 33 LOTC, establix que s'inicien negociacions per a resoldre les discrepàncies competencials suscitades en relació amb la LDVCat, amb especial consideració als seus articles 32, 47 i 48.2.

[23] La argumentación de las dos primeras las tomaremos de BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *La intervención administrativa en la vivienda: aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Lex Nova, 2000, p. 60 a 67.

L'actual sistema (Pla estatal i convenis amb les comunitats autònomes), des d'un punt de vista estrictament jurídic, no té a veure tant amb les competències autonòmiques substantives (assumides en els estatuts d'autonomia i en els reials decrets de traspàs de serveis i funcions) com amb l'aportació i distribució de fons estatals. Naturalment, aquí han de realitzar-se consideracions jurídiques i metajurídicas relacionades amb el sistema de finançament autonòmic

La segona crítica és que si l'Estat intervé en l'habitatge a través d'un títol competencial bàsic, com és l'article 149.1.13 CE, ho és perquè aquestes bases siguin homogènies en tot el territori. Però els plans estatals d'habitatge (això és, de les normes estatals) no s'apliquen en la Comunitat Autònoma del País Basc i en la Comunitat Foral de Navarra. La primera ha dictat una normativa per complet diferenciada en matèria d'actuacions protegibles que, si bé guarda nombroses similituds amb la política dissenyada pel govern central, té una total autonomia respecte del marc estatal de finançament. Front aquest fet, Beltrán de Felipe es pregunta :

> "Ello rompe la pretendida unidad del sistema y la lógica misma del concepto de normativa básica: ¿pero no estábamos hablando de la competencia estatal de fijación de un modelo uniforme para todo el Estado a través de las bases? ¿No había dicho el Tribunal Constitucional que 'la función de garantía básica en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de la ordenación del crédito'? (STC 152/1988 FJ 2) […]. El sistema de concierto económico en dos comunidades autónomas, que debería ser una ventaja o peculiaridad con implicaciones sólo de tipo presupuestario, fiscal o contable y que en principio no tendría por qué repercutir sobre el techo competencial ni sobre los derechos y deberes de los ciudadanos en todo el territorio, en realidad sí repercute. Si no estoy equivocado, el concierto económico debería incidir sobre el montante de ingresos o recursos de que se dispone para gastar en las competencias atribuidas, y no sobre el nivel de estas competencias fijado en la CE y los estatutos de autonomía."

El tercer argument és la necessitat de replantejar la STC 152/1982, a la llum de la STC 13/1992 i dels nous continguts dels plans d'habitatge estatals, que ja ni només, ni de manera preferent regulen i preveuen ajuts pels habitatges amb protecció pública[24]. Cada cop adquireixen més rellevància els ajuts directes als llogaters i a la rehabilictació d'immobles i de barris.

El Tribunal Constitucional s'ha vist obligat a resoldre concrets conflictes que han permès estructurar la doctrina en matèria del poder de despesa de l'Estat i que ens haurien de servir per a emmarcar els convenis que subscriuen les comunitats autònomes (excepte el País Basc i Navarra) amb l'Estat en el procés de gestió i territorialització dels ajuts financers que acompanyen als plans d'habitatge.

---

[24] L'article 21 del Real Decret 2066/2008 defineix el contingut del pla d'habitatge estatal 2009-2012 de la manera següent: Eje 1. La promoción de viviendas protegidas para compra, uso propio o destinadas al alquiler, también con opción de compra, y la promoción de alojamientos para colectivos específicos o especialmente vulnerables. Programas 1 Promoción de vivienda protegida para alquiler. 2 Promoción de vivienda protegida para venta. 3 Promoción de alojamientos para colectivos especialmente vulnerables y otros colectivos específicos. Eje 2. Ayudas a demandantes de vivienda. Programas 4 Ayudas a inquilinos. 5 Ayudas a adquirentes de nuevas viviendas protegidas y de viviendas usadas. Eje 3 Las áreas de rehabilitación integral y de renovación urbana en centros históricos, centros urbanos y barrios degradados y municipios rurales, así como las ayudas para la erradicación de la infravivienda y el chabolismo Programas 6 Áreas de rehabilitación integral de centros históricos, centros urbanos, barrios degradados y municipios rurales (en adelante, ARIS). 7 Áreas de renovación urbana (en adelante, ARUS). 8 Programa de ayudas para la erradicación del chabolismo. Eje 4) Las ayudas RENOVE a la rehabilitación, pero también en la promoción de nuevas viviendas, mejorando la eficiencia energética y accesibilidad universal para las personas con discapacidad. Programas 9 Ayudas RENOVE a la rehabilitación. 10 Ayudas a la eficiencia energética en la promoción de viviendas. Eje 5. Ayudas para la adquisición y la urbanización de suelo para vivienda protegida. Programas 11 Ayudas para adquisición y urbanización de suelo para vivienda protegida. Eje 6 Ayudas a instrumentos de información y gestión del Plan. 12.- Ayudas a la gestión de los Planes de Vivienda e información al ciudadano.

La sentència de referència en aquesta matèria és la STC 13/1992[25], que conclou que "la legitimidad constitucional del régimen normativo y de gestión de las subvenciones fijado por el Estado depende de las competencias genéricas o específicas que el Estado posea en la materia de que se trate, competencias que, necesariamente, serán concurrentes con las que ostente la comunidad autónoma a la que se transfiera la subvención (STC 201/1988, fundamento jurídico 2, y 188/1989, fundamento jurídico 3)". Doncs "si se admitiera una competencia general e indeterminada de fomento de las actividades productivas por parte del Estado se produciría, junto a la indicada alteración del sistema competencial, una distorsión permanente del sistema ordinario de financiación autonómica (STC 152/1988, fundamento jurídico 3)".

Per això, els convenis, una de les formules possibles, a través dels quals es territorializen aquestes transferències o subvencions, se sotmeten a un règim jurídic distint segons siguin les competències de l'Estat sobre la matèria. Quan l'Estat no té competències, en paraules del Tribunal Constitucional:

> "La fórmula del convenio […] no puede servir para que el Estado recupere competencias en sectores de actividad descentralizados por completo […] tampoco es admisible, como se dijo en la STC 95/1986, fundamento jurídico 5, que merced a dicho convenio, la comunidad autónoma haya podido renunciar a unas competencias que son indisponibles por imperativo constitucional y estatutario […]. En estos supuestos, el convenio sólo puede servir para facilitar la puesta a disposición de las comunidades autónomas de los fondos destinados a subvenciones, si en los presupuestos generales del Estado se determina genéricamente su destino. Pero no podría ni siquiera condicionarse esa transferencia de fondos a la firma de un convenio, pues, en todo caso, el Estado tiene la obligación de distribuir las subvenciones entre las comunidades autónomas durante el ejercicio presupuestario, con la mayor antelación posible."

La STC 13/1992 fa consideracions d'interès al nostre cas quan examina el supòsit que "el Estado ostente un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las comunidades autónomas sobre una materia, aun si ésta se califica de exclusiva (v. gr., la ordenación general de la economía), o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las comunidades autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución".

Es tracta, diu el Tribunal Constitucional, de partides pressupostàries que "deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante *normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración* ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias".

---

[25] Que resuelve los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, en relación con determinados preceptos y partidas presupuestarias de las leyes 33/1987, de 23 de diciembre de 1987, y 37/1988, de 28 de diciembre de 1988, de presupuestos generales del Estado para 1988 y 1989. Al recapitular sobre la doctrina previa establece: "1.º Que no existe una 'competencia subvencional diferenciada' resultante de la potestad financiera del Estado. La subvención no es un concepto que delimite competencias (STC 39/1982 y 179/1985), ni el sólo hecho de financiar puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí toda competencia sobre los variados aspectos a que pueda dar lugar la actividad de financiación (STC 39/1982, 144/1985, 179/1985 y 146/1986), al no ser la facultad de gasto público en manos del Estado 'título competencial autónomo' (STC 179/1985 y 145/1986) que 'puede desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales que corresponden a las comunidades autónomas según la Constitución y los estatutos de autonomía' (STC 95/1986). "2.º Que, 'antes al contrario, el ejercicio de competencias estatales, anejo al gasto o a la subvención, sólo se justifica en los casos en que, por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención, la Constitución o, en su caso, los estatutos de autonomía hayan reservado al Estado la titularidad de tales competencias sobre la materia subvencionada' (STC 95/1986 y 96/1990, fundamento jurídico 15). De modo que 'la sola decisión de contribuir a la financiación no autoriza al Estado para invadir competencias ajenas –que lo siguen siendo a pesar de la financiación–, sino que, aun si estima que lo requiere el interés general, deberá desenvolver su actividad al amparo de una autorización constitucional y respetando en todo caso las competencias que la Constitución (que se entiende que también ha valorado el interés general) ha reservado a otros entes territoriales' (STC 146/1986 y 75/1989). "3.º En consecuencia, esto significa que la persecución del interés general que representa el Estado 'se ha de materializar a través de, no a pesar de los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución' (STC 146/1986), excluyéndose así que el ámbito de competencias pueda ser extendido por meras consideraciones finalísticas (STC 75/1989). "Por tanto, la legitimidad constitucional del régimen normativo y de gestión de las subvenciones fijado por el Estado depende de las competencias genéricas o específicas que el Estado posea en la materia de que se trate, competencias que, necesariamente, serán concurrentes con la que ostente la comunidad autónoma a la que se transfiera la subvención (STC 201/1988, fundamento jurídico 2, y 188/1989, fundamento jurídico 3). Pues 'si se admitiera una competencia general e indeterminada de fomento de las actividades productivas por parte del Estado se produciría, junto a la indicada alteración del sistema competencial, una distorsión permanente del sistema ordinario de financiación autonómica' (STC 152/1988, fundamento jurídico 3)."

La STC examina els convenis que acompanyen a aquest supòsit i estableix:

> "Otra cosa será si tanto el Estado como las comunidades autónomas ostentan competencias concurrentes o compartidas sobre la materia a la que las subvenciones se refieran, de manera que el Estado pueda, en alguna medida, especificar con más detalle el destino y fijar las condiciones del otorgamiento de las subvenciones, correspondiendo a las comunidades autónomas su gestión.
> *En tales casos puede el Estado establecer sus condiciones, hasta donde alcance su competencia material, en vez de por una norma de obligado cumplimiento, mediante un convenio-programa, supeditando la transferencia de los fondos a las comunidades autónomas a la firma del convenio correspondiente*."

3 .- RECAPITULACIÓ DE LES MODALITATS D'HABITATGE PROTEGIT

En els plans estatals es preveuen ajuts no financers (les tipologies d'habitatge protegit en propietat i lloguer, els seus preus i renda màxims i els possibles beneficiaris, i la fixació d'aranzels notarials i registrals reduïts per a la transmissió dels habitatges protegits). Al seu torn es preveuen, com ajuts financers els préstecs convinguts[26], és a dir, els acollits a convenis de col·laboració entre el Ministeri d'Habitatge i les entitats de crèdit col·laboradores del Pla estatal, per a compradors, arrendataris i promotors d'actuacions protegides i els ajuts econòmics estatals directes mitjançant l'aportació de recursos pressupostaris estatals, en forma de subsidis de préstecs convinguts; ajut estatal directa a l'entrada (des d'ara, AEDE) i subvencions. La naturalesa jurídica d'aquestes ajuts, (subvencions en el sentit establert per la Llei general de subvencions), es manifesta en els diferents preceptes de les normes que desenvolupen els plans d'habitatge que, bé qualifiquen directament les ajudes financeres com subvencions , bé remeten a l'aplicació directa o supletòria

[26] L'article 28 del Decret 244/2005,(aplicable al pla d'habitatge 2005-2008) regula els préstecs convinguts i estableix: "28.1 Els serveis competents de la Direcció General d'Habitatge reconeixeran al comprador d'un habitatge amb protecció oficial el dret a poder sol·licitar préstecs convinguts entre el Ministeri d'Habitatge i les entitats financeres, en les condicions següents d'acord amb el que disposa el Reial decret 801/2005: a) Durada màxima de vint-i-cinc anys. b) Garantia hipotecària c) Quantia màxima del préstec, als efectes de calcular l'ajut directe a l'entrada, del 80% del preu màxim total que correspongui; en cas de disposar de trasters o garatges vinculats, aquest import es pot ampliar com a màxim amb el 80% del seu preu màxim.d) Quotes constants al llarg de la vida del préstec, i per cada un dels períodes d'amortització als quals correspongui un mateix tipus d'interès. e) Tipus d'interès fixat per l'any 2005, aplicant un coeficient reductor del 0,9175, a la mitjana dels tres darrers mesos del tipus percentual de referència dels préstecs hipotecaris del conjunt d'entitats de crèdit, elaborat pel Banc d'Espanya, i revisat en el primer trimestre de cada any. f) Exempció de comissions. g) Possibilitat d'amortització anticipada. h) Possibilitat d'allargament d'un màxim de dos anys del període d'amortització del préstec, en cas de compradors en primer accés a la propietat en situació d'atur que afecti de forma significativa la seva capacitat de pagament de les quotes d'amortització El dret es reconeixerà mitjançant resolució i visat del contracte de compravenda o adjudicació, o de l'escriptura d'obra nova en el supòsit de promoció per a ús propi.
28.2 Els serveis competents de la Direcció General d'Habitatge reconeixeran als compradors d'habitatges amb protecció oficial de preu concertat el dret a accedir a préstecs preferencials, convinguts entre el Govern de la Generalitat i les entitats financeres que operen a Catalunya, per a la compra d'habitatges de preu concertat L'article 12 del Real decret 2066/2008 estableix: Préstamos convenidos: Características
1. Los préstamos convenidos tendrán las siguientes características generales, con independencia de las cuantías y plazos de carencia y de amortización que, en cada caso, se establezcan para las diferentes actuaciones protegidas: a) Serán concedidos por entidades de crédito (en adelante, EE CC) que hayan suscrito con el Ministerio de Vivienda el correspondiente convenio de colaboración y dentro del ámbito y las condiciones que en el mismo se establezcan. b) No se podrá aplicar comisión alguna por ningún concepto. c) El tipo de interés efectivo podrá ser variable o fijo, con la conformidad de la entidad de crédito colaboradora (en adelante, EC). El tipo de interés efectivo para cada préstamo convenido a interés variable será igual al euribor a 12 meses publicado por el Banco de España en el «Boletín Oficial del Estado», el mes anterior al de la fecha de formalización más un diferencial de 65 puntos básicos. El tipo de interés efectivo para cada préstamo convenido a interés variable se revisará cada 12 meses, tomando como referencia el euribor a 12 meses publicado por el Banco de España en el «Boletín Oficial del Estado» el mes anterior al de la fecha de formalización. En el supuesto de préstamos convenidos a interés fijo, el tipo de interés efectivo se determinará en los convenios de colaboración, partiendo de un swap de plazo equivalente a la duración del préstamo, más un diferencial que se establecerá en la orden del Ministerio de Vivienda, de convocatoria y selección de las EE CC con las que se vaya a suscribir dichos convenios de colaboración, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. d) Las cuotas a pagar a la entidad de crédito serán constantes a lo largo de la vida del préstamo, dentro de cada uno de los períodos de amortización a los que corresponda un mismo tipo de interés. e) Los préstamos serán garantizados con hipoteca, salvo cuando recaigan sobre actuaciones protegidas en materia de rehabilitación o de promoción de alojamientos protegidos, en cuyo caso dicha garantía sólo podrá exigirse si, a juicio de la entidad de crédito, fuera necesario, dadas la cuantía del préstamo solicitado y la garantía personal del solicitante.

de la Llei general de subvencions[27]. En definitiva és un pla de distribució de subvencions, que fixa quines actuacions són susceptibles d'acollir-se a ell i a les ajudes que preveu[28].

3.1 Les modalitats d'habitatge protegit en el pla d'habitatge 2004-2008

El Reial decret 801/2005, modificat pel Reial decret 14/2008, defineix com habitatges protegits els així qualificats o declarats per l'òrgan competent de les comunitats autònomes i de les ciutats de Ceuta i Melilla que compleixin els requisits establerts en el Reial decret. Aquesta norma classifica els habitatges en:

- Protecció oficial de règim especial, que es poden acollir a l'IVA reduït del 4%, estan destinades exclusivament a famílies o persones individuals els ingressos familiars de les quals no excedeixin de 2,5 vegades el IPREM, sempre que el seu preu màxim de venda per metre quadrat de superfície útil no excedeixi de 1,50 vegades el preu bàsic nacional.
- Protecció oficial de règim general general, el preu màxim del qual de venda per metre quadrat de superfície útil no excedeixi de 1,60 vegades el preu bàsic nacional.
- Protecció oficial de preu concertat. Aquesta qualificació es refereix als habitatges el preu màxim dels quals no excedeixi, per metre quadrat de superfície útil, de 1,80 vegades el preu bàsic nacional.

Poden ser habitatges protegits de règim especial, de règim general o de preu concertat els habitatges lliures de nova construcció que siguin qualificats així, a instància del promotor, durant la seva construcció i fins al primer any complert des de l'expedició de la llicència de primera ocupació, el certificat final d'obra o la cèdula d'habitabilitat, segons procedeixi, sempre que compleixin els requisits necessaris a aquest efecte pel que es refereix a superfície útil màxima, preu màxim de venda per metre quadrat de superfície útil i nivells màxims d'ingressos dels adquirents.

El preu màxim de venda establert amb caràcter general podrà incrementar-se, segons les regles i percentatges que fixa el Reial decret, en els àmbits territorials de preu màxim superior, que són aquelles zones que siguin així declarades mitjançant ordre del titular del Ministeri d'Habitatge, a proposta de les comunitats autònomes o de les ciutats de Ceuta i Melilla, en consideració a l'existència d'especials dificultats

---

[27] L'article 1 del Real decret 2006/2008 "Beneficiarios de las ayudas del Plan" estableix que : "No podrán acogerse a la financiación de este Plan quienes incurran en alguna de las prohibiciones previstas para la condición de beneficiario en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones." L'article 13 "Ajudes financeres del Pla", estableix que les ajudes financeres del Pla, a càrrec dels pressupostos del Ministeri d'Habitatge, consistiran en: a) Subsidis de préstecs convinguts. b) Ajuda estatal directa a l'entrada (des d'ara, AEDE). c) Subvencions L'article 18 "Convenios de colaboración con las entidades de crédito", estableix que : "1.-Las relaciones del Ministerio de Vivienda con las entidades de crédito para la ejecución del Plan, se formalizarán mediante convenios de colaboración que garantizarán una oferta suficiente de préstamos convenidos y la gestión del pago de la subsidiación de dichos préstamos y de la AEDE, a los prestatarios a los que correspondan estas ayudas financieras. Las EE CC serán seleccionadas según los criterios establecidos por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre , General de Subvenciones (…)"; 3 Excepcionalmente, constatada una insuficiencia significativa de la financiación concedida por las EE CC a las actuaciones protegidas del Plan, el Ministerio de Vivienda, a efectos de garantizar dicha financiación y su gestión eficiente, podrá rescindir unilateralmente los convenios de colaboración, con el preaviso y demás garantías necesarias que se hayan previsto en ellos. En tal caso, el Ministerio podrá atribuir en exclusiva a una EC o a un grupo reducido de las mismas la financiación convenida de las actuaciones protegidas, según los criterios de selección de entidades colaboradoras previstos en la Ley General de Subvenciones". El artículo 44 "Ayuda Estatal Directa a la Entrada (AEDE) ", establece que: "1. La Ayuda Estatal Directa a la Entrada podrá ser obtenida por los adquirentes de viviendas protegidas de régimen especial o general, y de viviendas usadas, en su primer acceso en propiedad. 2. La obtención de la AEDE requerirá que la cuantía del préstamo convenido no sea inferior al 60 por 100 del precio de la vivienda, y que esta cuantía no se reduzca por debajo de dicho porcentaje durante los 5 primeros años del período de amortización. En caso contrario, será obligatorio el reintegro de la AEDE, y de las restantes ayudas estatales financieras percibidas, incrementadas con los intereses de demora que correspondan desde su percepción, previstos en los artículos 37.1 y 38.2 de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones. Se exceptúa el supuesto de fallecimiento de alguno de los titulares del préstamo convenido. "

[28] Per aquest motiu, quan són subvencions que no poden atorgar-se en el marc legal de la Llei general de subvencions ha de resoldre's de manera específica per una norma amb rang suficient. Així l'article 72 LDVCat, al regular el sistema de prestacions per al pagament del lloguer (prestacions permanents per al pagament del lloguer i prestacions d'especial urgència per al pagament del lloguer o de quotes d'amortització hipotecària en situacions especials) estableix que les ajudes al pagament del lloguer tenen el caràcter de prestacions econòmiques de dret de concurrència de caràcter permanent, tal com les defineix la legislació vigent en matèria de prestacions socials de caràcter econòmic (Llei catalana 13/2006 de 27 de juliol de prestacions socials de caràcter econòmic, article 24 i següents). Aquestes prestacions es prorroguen automàticament mentre els beneficiaris mantenen les condicions de elegibilitat i són compatibles amb altres ajudes i prestacions que els beneficiaris puguin rebre per conceptes diferents.

d'accés a l'habitatge, com a conseqüència dels seus elevats preus mitjos, en comparació amb els de venda dels habitatges lliures.

Per a aplicar l'anterior règim i concretar-lo en cada comunitat autònoma, cal saber el preu bàsic nacional i el càlcul dels ingressos familiars. Quant al primer, el Consell de Ministres, a proposta de la Comissió Delegada del Govern per a Assumptes Econòmics, determina, en el mes de desembre dels anys 2005, 2006 i 2007, la quantia del preu bàsic nacional, tenint en consideració l'evolució del Pla estatal 2005-2008, els indicadors de preus dels habitatges lliures, els costos de l'edificació residencial, així com l'evolució dels tipus d'interès i de la situació general i previsible de l'economia (el preu bàsic es publica en el Butlletí Oficial de l'Estat)[29]. Quant al segon, l'article 7 del Reial decret establix la fórmula de càlcul i el marge de ponderació que correspon a cada comunitat autònoma.

Tot plegat es tradueix al Pla de la Generalitat de Catalunya per al dret a l'habitatge per al període 2004-2007, ampliat al 2008, que es regula en el Decret 454/2004 i és objecte d'actualització pel decret 244/2005, en l'article 6, de la següent manera:

- Els habitatges amb protecció oficial destinats a la venda poden ser qualificades en qualsevol de les següents tipologies: a) de règim especial: per a compradors amb ingressos familiars ponderats que no superin 2,5 vegades el IPREM; b) de règim general: per a compradors amb ingressos familiars ponderats que no superin 5,5 vegades el IPREM, i c) de preu concertat: per a compradors amb ingressos familiars ponderats que no superin 6,5 vegades el IPREM.
- Els habitatges amb protecció oficial destinats a lloguer poden ser qualificats en qualsevol de les següents tipologies, en funció del període de temps de vinculació al règim de lloguer, i dels ingressos dels sol·licitants a qui es destinen: a) de renda bàsica a 10 anys: per a llogaters amb ingressos familiars ponderats que no superin 5,5 vegades el IPREM; b) de renda bàsica a 25 anys: per a llogaters amb ingressos familiars ponderats que no superin 5,5 vegades el IPREM, i c) de renda bàsica a 30 anys: per a inquilins amb ingressos familiars ponderats que no superin 2,5 vegades el IPREM.

També poden considerar-se habitatges protegits els habitatges de segona ma per a compradors amb ingressos familiars ponderats fins a 5,5 vegades el IPREM i amb el preu màxim de venda fixat en el Reial decret 801/2005 (articles 27 a 30 del Reial decret 801/2005 i articles 28 i 31 del Decret 244/2005), des de la doble perspectiva: a) de la possibilitat d'obtenir préstecs convinguts entre el Ministeri d'Habitatge i les entitats financeres col·laboradores amb el Pla d'habitatge i la subsidiació dels crèdits per a alguns supòsits de primer accés a la propietat mitjançant a l'habitatge usat, i b) de la limitació establerta en l'article 5.2 del Reial decret 801/2005, segons el qual l'ajuda per a l'adquisició protegida dels habitatges usats implicarà que els preus de venda en les següents transmissions d'aquelles estaran limitats als preus màxims determinats conforme a l'establert en aquest Reial decret durant el període que estableixin les comunitats autònomes, que no podrà ser inferior a 15 anys des de la data d'adquisició.

El càlcul d'ingressos de les unitats familiars en relació amb el IPREM, per als anys 2006 i 2007, resulta de l'aplicació de l'article 4 del Decret 244/2005, i ho transcrivim a peu de pàgina[30]. S'acredita que l'habitatge protegit es dirigeix a àmplies capes de la població.

---

[29] En el BOE de 10 de gener de 2007 es publica la Resolució de 9 de gener de 2007, de la Sotssecretaria, per la qual es disposa la publicació de l'Acord del Consell de Ministres de 29 de desembre de 2006, pel qual es fixa un nou preu bàsic nacional, que servirà com referència a l'efecte de la determinació dels preus màxims de venda i renda dels habitatges acollits al Pla estatal 2005-2008 . "El Consell de Ministres, a proposta de la Comissió Delegada del Govern per a Assumptes Econòmics, en la seva reunió de 21 de desembre de 2006, acorda: 1. S'estableix un nou preu bàsic nacional, la quantia del qual es fixa en 728 euros per metre quadrat de superfície útil, i que servirà com referència a l'efecte de la determinació dels preus màxims de venda i renda dels habitatges acollits al Reial decret 801/2005, de 1 de juliol, pel qual s'aprova el Pla estatal d'habitatge 2005-2008, per a afavorir l'accés dels ciutadans a l'habitatge. A l'efecte de la Comunitat Autònoma de Canàries, i a causa de la seva condició de insularitat ultraperiférica, en l'àmbit de la Unió Europea, la quantia aplicable de preu bàsic serà un 10% superior a aquesta".

[30] La font és http://mediambient.gencat.net/Images/43_151057.pdf Ingressos familiars ponderats segons el nombre de membres de la unitat de convivència, les zones de preus i el nombre de vegades sobre el IPREM (Indicador Públic de Renda d'Efectes Múltiples) Ingressos familiars màxims, IPREM 2006
Membres família

El territori de Catalunya, als efectes de l'aplicació del Pla d'habitatge 2005-2008, es divideix en les àrees A, B, C i D[31], i, de l'aplicació dels paràmetres previstos en els articles 13 i 14 del Decret 244/2005, resulten els preus de venda i lloguer dels habitatges amb protecció pública i de segona ma des en la compra de la qual es poden obtenir préstecs que han estat objecte de conveni i, si s'escau, la subsidiació d'aquests crèdits. En

	Zones	1 IPREM	2,5 IPREM	3,5 IPREM	5,5 IPREM	6,5 IPREM
Famílies 1 membre	A	8.943,20	22.358,00	31.301,20	49.187,60	58.130,80
	B	8.384,25	20.960,63	29.344,88	46.113,38	54.497,63
	C	7.891,06	19.727,65	27.618,71	43.400,82	51.291,88
	D	6.707,40	16.768,50	23.475,90	36.890,70	43.598,10
Famílies 2 membres	A	9.219,79	23.049,48	32.269,28	50.708,87	59.928,66
	B	8.643,56	21.608,89	30.252,45	47.539,56	56.183,12
	C	8.135,11	20.337,78	28.472,89	44.743,12	52.878,23
	D	6.914,85	17.287,11	24.201,96	38.031,65	44.946,49
Famílies 3 membres	A	9.616,34	24.040,86	33.657,20	52.889,89	62.506,24
	B	9.015,32	22.538,31	31.553,63	49.584,27	58.599,60
	C	8.485,01	21.212,52	29.697,53	46.667,55	55.152,56
	D	7.212,26	18.030,65	25.242,90	39.667,42	46.879,68
Famílies 4 membres	A	10.162,73	25.406,82	35.569,55	55.895,00	66.057,73
	B	9.527,56	23.818,89	33.346,45	52.401,56	61.929,12
	C	8.967,11	22.417,78	31.384,89	49.319,12	58.286,23
	D	7.622,05	19.055,11	26.677,16	41.921,25	49.543,30
Famílies 5 ó més membres	A	10.774,94	26.937,35	37.712,29	59.262,17	70.037,11
	B	10.101,51	25.253,77	35.355,27	55.558,28	65.659,79
	C	9.507,30	23.768,25	33.275,55	52.290,15	61.797,45
	D	8.081,20	20.203,01	28.284,22	44.446,63	52.527,83

S'aplica a les sol·licituds presentades fins al 30 de juny de 2008.

Membres família	Zones	1 IPREM	2,5 IPREM	3,5 IPREM	5,5 IPREM	6,5 IPREM
Famílies 1 membre	A	9.318,40	23.296,00	32.614,40	51.251,20	60.569,60
	B	8.736,00	21.840,00 3	0.576,00 4	8.048,00	56.784,00
	C	8.222,12	20.555,29	28.777,41	45.221,65	53.443,76
	D	6.988,80	17.472,00	24.460,80	38.438,40	45.427,20
Famílies 2 membres	A	9.606,60	24.016,49	33.623,09	52.836,29	62.442,89
	B	9.006,19	22.515,46	31.521,65	49.534,02	58.540,21
	C	8.476,41	21.191,02	29.667,43	46.620,25	55.096,66
	D	7.204,95	18.012,37	25.217,32	39.627,22 4	6.832,16
Famílies 3 membres	A	10.019,78	25.049,46	35.069,25	55.108,82	65.128,60
	B	9.393,55	23.483,87	32.877,42	51.664,52	61.058,06
	C	8.840,99	22.102,47	30.943,45	48.625,43	57.466,41
	D	7.514,84	18.787,10	26.301,94	41.331,61 4	8.846,45
Famílies 4 membres	A	10.589,09	26.472,73	37.061,82	58.240,00	68.829,09
	B	9.927,27	24.818,18	34.745,45	54.600,00	64.527,27
	C	9.343,32	23.358,29	32.701,60	51.388,24	60.731,55
	D	7.941,82	19.854,55	27.796,36	43.680,00	51.621,82
Famílies 5 ó més membres	A	11.226,99	28.067,47	39.294,46	61.748,43	72.975,42
	B	10.525,30	26.313,25	36.838,55	57.889,16	68.414,46
	C	9.906,17	24.765,41	34.671,58	54.483,91	64.390,08
	D	8.420,24	21.050,60	29.470,84	46.311,33	54.731,57

[31] Ver http://mediambient.gencat.net/cat/ciutadans/habitatge/zones_proteccio_oficial, página web en la que aparecen los municipios que integran cada área.

el Pla d'habitatge vigent a Catalunya donen el resultat transcrit a peu de pàgina[32], amb preus i rendes màximes que se situen entre els marges o límits establerts en el Reial decret 801/2005.

3.2 Les modalitats previstes en el Decret 152/2008

L'exposició de motius del Decret 152/2008 estableix que :

> Recentment, han aparegut en el panorama de l'habitatge de Catalunya diverses circumstàncies que aconsellen donar un pas més en la línia encetada l'any 2004, amb una nova figura que s'emmarca dins la mateixa filosofia d'aconseguir una oferta d'habitatge assequible que s'adigui a les condicions de viabilitat econòmica de l'oferta, però que pugui donar resposta a les necessitats d'unes capes àmplies de població.
>
> Tres àmbits reclamen avui una figura protegida d'aquest tipus, com són la promoció d'habitatges protegits en sòls que no computen dins les reserves de sòl per a habitatge protegit previstes a l'article 57.3 del Text refós de la Llei d'urbanisme; la venda d'habitatges promoguts en els darrers anys que es troben amb dificultats per trobar compradors als preus assolits pel mercat lliure; i la venda d'habitatges de segona mà, per les mateixes raons de distància entre els preus del mercat i la capacitat adquisitiva de moltes llars catalanes.
>
> En aquest sentit, el Pacte Nacional per a l'Habitatge 2007-2016, signat el dia 8 d'octubre de 2007, entre el Govern de la Generalitat i prop de quaranta entitats i organitzacions relacionades amb el sector de l'habitatge de Catalunya, en el seu Repte 1, que planteja millorar l'accessibilitat a l'habitatge, especialment dels joves, preveu en l'Acció 1.12 la "creació d'una figura d'habitatges concertats, de preu intermedi entre el del Preu Concertat actual i el del mercat lliure". Aquesta Acció es concreta en: la Mesura 59: "la Generalitat es compromet a establir una figura pròpia d'habitatge

[32] Preus màxims de venda per als habitatges protegits, segons els règims de protecció i les zones de preus. Any 2008 (euros/m2 útil).

	Protecció oficial Règim especial	Protecció oficial Règim general	Protecció oficial Preu Concertat	Vivenda usada
Zona A1	1.705,50	1.940,48	3.001,68	2.668,16
Zona A2	1.705,50	1.940,48	3.001,68	2.668,16
Zona A3	1.705,50	1.940,48	2.728,80	2.668,16
Zona B	1.478,10	1.576,64	2.183,04	1.940,48
Zona C	1.307,55	1.394,72	1.773,72	1.576,64
Zona D	1.137,00	1.212,80	1.364,40	1.212,80

Rendes màximes de lloguer per als habitatges protegits, segons els tipus d'habitatge de lloguer protegit i les zones de preus.
Any 2008 (euros/m^2 útil/mes)

	Lloguer 30 anys	Lloguer 25 anys	Lloguer 10 anys
Zona A1	4,04	5,66	8,89
Zona A2	4,04	5,66	8,89
Zona A3	4,04	5,66	8,89
Zona B	3,28	4,60	7,23
Zona C	2,91	4,07	6,39
Zona D	2,53	3,54	5,56

de venda (Preu Concertat de Catalunya), de preu intermedi entre l'habitatge concertat actual i el preu del mercat lliure, amb finançament públic; establint mòduls i preus màxims de venda segons tipus de sòls i zones geogràfiques. I en la Mesura 60: "la Generalitat i les entitats financeres catalanes es comprometen a establir un finançament preferent per als compradors dels habitatges de preu concertat, amb tipus d'interès fix i quotes creixents".

El Decret 152/2008 de 29 de juliol de 2008 crea la tipologia de l'habitatge concertat amb protecció oficial, per a aquells habitatges que es construeixin sobre sòl que el planejament urbanístic destini específicament a aquesta finalitat i que compleixin les condicions que s'estableixen en aquest Decret. La DA 19ª LUCat (afegida pel DLMU 2007), va establir, al seu torn, que "quan la normativa en matèria d'habitatge creï una nova tipologia d'habitatge amb protecció oficial, distinta a la de preu concertat, els POUM dels municipis de més de deu mil habitants i capitals de comarca i les seves modificacions i revisions, a més de les reserves mínimes que estableix l'article 57.3, han de fer una reserva mínima addicional del 10% del sostre que es qualifiqui per a l'ús residencial de nova implantació, tant en sòl urbà com en sòl urbanitzable, per a la construcció d'habitatges destinats a aquesta nova tipologia".

El règim jurídic de l'habitatge concertat amb protecció oficial, d'acord amb el 4 del Decret 152/2008, és el previst en l'article 78 LDHCat, amb el període de qualificació de 90 anys i les condicions de transmissió les previstes en l'article 17 del Decret 244/2005. Les persones que adquireixen habitatges concertats amb protecció oficial, poden obtenir els ajuts següents:

a) Accedir als préstecs preferencials convinguts amb aquesta finalitat entre la Generalitat de Catalunya i les entitats financeres que operen a Catalunya. L'import del crèdit, amb caràcter general, no pot superar el 80% del preu de l'habitatge i dels annexos previstos en l'article 2.3 (els garatges i trasters no pot superar els vint-i-cinc metres quadrats). No obstant això, aquest finançament pot ser superior en els casos i segons els criteris que estableixi cada entitat financera.

b) Accedir a préstecs preferencials de fins al 20% del preu de l'habitatge i dels annexos previstos en l'article 2.3(els garatges i trasters no pot superar els vint-i-cinc metres quadrats), convinguts entre la Generalitat de Catalunya i les entitats financeres que operen a Catalunya, amb la finalitat d'ajudar al pagament de l'entrada de l'habitatge. En qualsevol cas, el global dels préstecs concedits no pot ser superior al 100% del preu de l'habitatge i dels annexos.

Precios máximos de venta para las viviendas protegidas, según los regímenes de protección y las zonas de precios.
Año 2008 (euros/m² útil)

	Protección oficial Régimen especial	Protección oficial Régimen general	Protección oficial Precio Concertado	Vivienda usada	Vivienda concertada con protección oficial
Zona A1	1.705,50	1.940,48	3.001,68	2.668,16	4.000
Zona A2	1.705,50	1.940,48	3.001,68	2.668,16	3.500
Zona A3	1.705,50	1.940,48	2.728,80	2.668,16	3.200
Zona B	1.478,10	1.576,64	2.183,04	1.940,48	2.600
Zona C	1.307,55	1.394,72	1.773,72	1.576,64	2.100
Zona D	1.137,00	1.212,80	1.364,40	1.212,80	1.600 euros

El Decret 152/2008 de 29 de juliol de 2008 estableix, també, la possibilitat de qualificar com habitatges concertats amb protecció oficial, habitatges ja construïts que no la van obtenir amb anterioritat, sempre que no se superin uns determinats preus màxims.

L'interès que pugui tenir per al promotor aquesta figura d'habitatge protegit és facilitar l'accés al crèdit a les persones interessades en adquirir els habitatges. L'article 6 del Decret 152/2008, crea un sistema d'ajuts excepcionals per a l'accés a l'habitatge existent concertat, que inclou els habitatges següents:

a) Habitatges nous, construïts o en construcció, sobre sòls que segons el planejament urbanístic es destinen a ús residencial però sense qualificació específica que impliqui la destinació obligatòria a habitatge amb protecció oficial.

b) Habitatges de segona ma no qualificats amb cap tipologia de protecció. El preu màxim d'adquisició dels habitatges existents concertades ha d'ajustar-se als preus màxims per metre quadrat previstos per a la tipologia de l'habitatge concertat amb protecció oficial, amb un preu màxim de l'habitatge que no pot superar

les quanties, segons les zones geogràfiques establertes en article 13.1 del Decret 244/2005, de 8 de novembre, d'actualització del Pla per al dret a l'habitatge 2004-2007, següents:

Zona A.1: 300.000 euros.
Zona A.2: 280.000 euros.
Zona A.3: 250.000 euros.
Zona B: 200.000 euros.
Zona C: 160.000 euros.
Zona D: 120.000 euros.

Els adquirents dels habitatges existents concertats poden accedir al finançament previst per a la tipologia de l'habitatge concertat amb protecció oficial Els adquirents amb menors ingressos familiars (inferiors a 4,3 vegades el IRSC[33] que compleixin les condicions de primer accés a l'habitatge, poden accedir també a una subvenció a fons perdut del 2% del preu de l'habitatge, per a fer front a les despeses que genera la formalització de la compra venda

L'obtenció de les ajudes previstes per als habitatges existents concertats amb protecció oficial implica, durant un període de 15 anys a contar des del reconeixement del dret a les ajudes, les obligacions següents:

a) Respectar en les posteriors transmissions els preus màxims de venda aplicables a l'habitatge concertat amb protecció oficial. b) Respectar les condicions d'ús previstes en els articles 11.1, 11.2 i 11.5 del Decret 244/2005[34].

Aquestes obligacions han de fer-se constar expressament en l'escriptura de compra venda, i en l'escriptura de formalització del préstec hipotecari, als efectes de la inscripció en el Registre de la Propietat, on ha de fer-se constar mitjançant nota marginal. En el supòsit dels habitatges existents concertades s'aplica el preu màxim per metre de l'habitatge concertat amb protecció oficial, amb la limitació sobre el preu final:

Zona A.1: 300.000 euros.
Zona A.2: 280.000 euros.
Zona A.3: 250.000 euros.
Zona B: 200.000 euros.
Zona C: 160.000 euros.
Zona D:120.000 euros

L'article 7 del Decret 152 /2008 crea la tipologia d'habitatges de lloguer amb opció de compra de règim general, com una modalitat d'habitatges amb protecció oficial. El promotor que obtingui la qualificació pot accedir a les ajudes previstes per als promotors d'habitatges amb protecció oficial de renda bàsica a 10 anys en el Decret 244/2005. La renda anual màxima inicial a percebre és, també, la prevista per a aquesta tipologia.

Les persones arrendatàries poden exercir l'opció de compra de l'habitatge arrendat, una vegada transcorreguts 10 anys des de la data de qualificació definitiva, i sempre que ho hagin ocupat ininterrompudament com a mínim cinc anys. El preu màxim de venda d'aquests habitatges és el qual resulti d'aplicar un coeficient d'1,7 en la zona A1, d'1,6 en les zones A2 i A3 i d'1,5 en les àrees B, C i D, sobre el

[33] La DT primera de la Llei 13/2006, de 27 juliol estableix per a l'exercici 2006 el següent indicador de renda de suficiència "L'indicador de renda de suficiència de Catalunya per a l'exercici 2006 queda fixat en 7.137,2 euros anuals i 509,8 euros mensuals. El Govern, en el marc de l'Acord estratègic per a la internacionalització, la qualitat de l'ocupació i la competitivitat de l'economia catalana, ha d'avaluar anualment l'actualització d'aquest indicador. El valor de l'indicador ha d'incloure's en la Llei de Pressupostos de cada any".

[34] Article 11 Destinació i ocupació dels habitatges
11.1 Els habitatges amb protecció oficial s'han de destinar a domicili habitual i permanent, i en cap cas es poden destinar a segona residència o a un altre ús
11.2 Els habitatges amb protecció oficial només poden de ser ocupats per persones físiques.
11.5 Els adquirents, adjudicataris, promotors individuals per a ús propi i arrendataris d'habitatges amb protecció oficial han d'ocupar l'habitatge, tret de causa justificada, en el termini de tres mesos des del seu lliurament.

preu màxim de venda dels habitatges amb protecció oficial de règim general en el moment de la qualificació provisional, incrementat amb l'IPC del període transcorregut.

El promotor haurà de descomptar del preu de venda el 60% de les rendes cobrades de l'arrendatari durant el període del lloguer. Les persones adquirents amb ingressos inferiors a 3,5 vegades el IPREM, i que reuneixin les condicions de primer accés a l'habitatge, poden accedir a les mateixes ajudes que el adquirent d'un habitatge amb protecció oficial de règim general.

Finalment el decret 152/2008 canalitza les ajudes estatals els habitatges protegits de nova construcció de renda bàsica (Pla d'habitatge 2005-2008), per als allotjaments col·lectius protegits (a Catalunya els sistemes de dotacions habitacionals)[35]

El resum de tot això. Abans d'aprovar-se el pla estatal 2009-2012, per als habitatges qualificats provisionalment durant el període 2005-2008, el règim de modalitats era:

a) Modalitats de protecció estatals (que poden rebre els ajuts previstos en els plans estatals)

Habitatges de venda de protecció oficial de règim especial, de règim general i de preu concertat

Habitatge de lloguer de protecció oficial de renda bàsica o concertada per períodes d'arrendament de 10, 20 i 25 anys.

Habitatges en venda de segona ma que reben ajudes dels plans d'habitatge

b) Modalitats de protecció pròpies de Catalunya:

Habitatge concertat amb protecció oficial

Habitatge existent concertat

Habitatge de lloguer amb opció de compra de règim general

---

[35] El artículo 73 del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, de acuerdo con la redacción modificada por el RD 14/2008, de 11 de enero, establece :
"1. Podrán acogerse a las ayudas financieras correspondientes a las viviendas protegidas de nueva construcción de renta básica, aquellas viviendas o alojamientos declarados protegidos en virtud de la normativa propia de las Comunidades Autónomas o de las ciudades de Ceuta y Melilla, que sean de nueva construcción, *incluso en suelos dotacionales*, o procedentes de la rehabilitación de edificios, y destinadas a arrendamiento o a otras formas de explotación justificadas por razones sociales, especialmente para jóvenes, u otros colectivos, como personas mayores, personas con discapacidad, inmigrantes, universitarios y otros posibles ocupantes para los que las características de estas viviendas resulten adecuadas.
2. La ocupación de estas viviendas se regirá por lo establecido para las viviendas protegidas, si bien las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer la cesión de estas viviendas para alojamiento temporal, por motivos sociales o para adaptarse a las condiciones específicas de los ocupantes.
3. La superficie útil de estas viviendas o alojamientos no podrá exceder de 45 metros cuadrados.
La superficie útil protegida susceptible de recibir ayudas financieras, correspondiente a servicios comunes, no podrá exceder del 30 por 100 de la superficie útil de las viviendas o alojamientos, con independencia de que la superficie real sea superior. En todo caso, los servicios comunes conformarán un conjunto residencial integrado al servicio de los residentes en el mismo.
También estará protegida una plaza de garaje, vinculada registralmente y en proyecto, siempre que lo requieran las ordenanzas municipales. La superficie útil máxima computable de la plaza de garaje, así como el precio máximo legal de referencia, por metro cuadrado de superficie útil, serán los mismos que los de las viviendas protegidas de nueva construcción, y sus anejos, de renta básica.
4. Las subvenciones a los promotores de viviendas protegidas de nueva construcción para arrendar, establecidas en el artículo 39 de este Real Decreto, tendrán las siguientes cuantías, si las viviendas reúnen las características de las viviendas o alojamientos protegidos en alquiler a los que se refiere el apartado 1 de este artículo, incluyendo en dicha superficie útil máxima la protegida correspondiente a servicios comunes:

Período de amortización	Cuantía subvención (euros)
10 años	10.200
25 años	13.200

Las cuantías de las subvenciones se incrementarán, cuando la vivienda o alojamiento estuvieran situados en un ámbito territorial declarado de precio máximo superior, en las mismas cuantías, según el grupo, que las establecidas en el citado artículo 39.
5. La renta anual máxima inicial será la misma que la de las viviendas protegidas de nueva construcción, de renta básica, a 10 o a 25 años, según proceda, incluyendo, en su caso, la superficie útil correspondiente de los servicios comunes a que se refiere el apartado 3 de este artículo".

3.3.-Les modalitats previstes en Reial decret 2066/2008, regulador del pla d'habitatge estatal 2009-2012

Les categories d'habitatge en règim de venda de protecció oficial, de règim especial, de règim general i de preu concertat (ara denominada de règim concertat), es mantenen i, d'acord amb els nous mòduls, el futur pla d'habitatge de Catalunya reformulará els preus de venda màxims per a cada zona

Els habitatges en règim d'arrendament, per a poder incorporar la nova modalitat d'habitatges protegits per a arrendament amb opció de compra, es defineixen de forma distinta. Els habitatges de nova construcció o procedents de rehabilitació, amb destinació a habitatges protegits per a arrendament, s'agrupen també en el règim especial, general i concertat. El preu de cada règim s'estableix en funció del preu màxim de referència per al préstec concertat, que coincideix amb el preu màxim de venda dels règims especial, general i concertat homòlegs per a la modalitat de venda

El que es redueix són els dos períodes mínims d'arrendament que ara seran de 10 o 25 anys, corresponent una renda màxima anual del 4,5 del preu de referència (per a cada modalitat especial, general i concertada) en els contractes de 25 anys i d'un 5,5,% anual en els contractes. Aquests percentatges s'aproximarien al que ha estat el denominat PER històric de l'habitatge (els anys que es triga a recuperar la inversió inicial mitjançant el lloguer de l'habitatge)[36]. Una vegada transcorrin aquests períodes, igual que en el règim jurídic immediat anterior, són susceptibles de vendre's com habitatge protegit (segons la modalitat que correspongui), mentre perduri el període de qualificació.

L'article 26 del Reial decret 2066/2008 estableix *ex novo* la modalitat habitatges protegits per a arrendament amb opció de compra. El precepte estableix que:

> Las viviendas protegidas para arrendamiento a 10 años podrán ser objeto de un contrato de arrendamiento con opción de compra, en cuyo caso el inquilino podrá adquirirla a un precio de hasta 1,7 veces el precio máximo de referencia establecido en la calificación provisional. Del precio de venta se deducirá, en concepto de pagos parciales adelantados, al menos el 30 por 100 de la suma de los alquileres satisfechos por el inquilino, en las condiciones que establezcan las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.
>
> Las cuantías máximas de las rentas establecidas en este Real Decreto no incluyen la tributación indirecta que recaiga sobre las mismas, en su caso.

D'això es dedueix que per als habitatges qualificats provisionalment, a partir de l'aplicabilitat del pla estatal 2009-2012, les modalitats estatals seran, tant en règim de lloguer (per a períodes mínims de 10 0 25 anys), com de venda, les de protecció oficial de règim especial, general i concertat i serà possible, per a les llogades per períodes de 10 anys, l'arrendament amb opció de compra transcorregut aquest termini ,pel preu que correspongui llavors a la modalitat per la qual va ser qualificada (especial, general i concertada) amb certes condicions establertes per l'Estat o les CCAA.

---

[36] Observatorio de Coyuntura Económica del Instituto Juan de Mariana (OCE) en la página web (http://www.juandemariana.org/nota/3037/precio/vivienda/sigue/sobrevalorado/33/) va assenyalar l'any 2007 que els preus de l'habitatge estaven sobrevalorados en un 40%, prenent com referència la relació entre els preus de venda dels habitatges i el preu del lloguer, al que denominaren PER de l'habitatge (en el llenguatge borsari es denomina PER al nombre de vegades que el benefici net d'una empresa es troba inclòs en el preu de cadascuna de les seves accions).Aplicant aquesta mateixa metodologia, el OCE va actualitzar dades a 2008. Afirma el següent :
"Así, dado que el precio medio se ha situado en 2.712 euros por metro cuadrado en diciembre de 2008 y que, de acuerdo con el INE, el precio medio del alquiler por metro cuadrado se alcanza los 93,8 euros anuales, el PER de la vivienda en España se ha reducido desde 32,2 a 28,9. Es decir, a finales de 2008 se necesitaría alquilar un inmueble durante 29 años para recuperar el monto inicial de la inversión.
Si tenemos en cuenta que, como ya calculamos en nuestro informe Los precios de la vivienda y la burbuja inmobiliaria en España, el PER histórico medio ha sido de 19,5, el precio medio actual de la vivienda en España todavía muestra una sobrevaloración del 32,5%(…).
Durante el último año, la burbuja simplemente se ha corregido un 17%, por lo que, si la magnitud de la reducción del PER se mantuviera, la sobrevaloración no terminaría de desaparecer, como mínimo, hasta finales de 2011.
Los datos contrastan poderosamente con los de Estados Unidos, otro de los países que sufrió una considerable burbuja de precios. A mediados de 2007, los inmuebles estaban sobrevalorados un 31%; sólo un año después, la sobrevaloración ya se había reducido al 10%. Es decir, en sólo un año EEUU ha pinchado su burbuja en un 67%, mientras que España únicamente lo ha hecho en un 17%. A este ritmo, el ajuste de precios al otro lado del Atlántico habrá terminado a mediados de este ejercicio. Esto es, dos años y medio antes que en España.(…)"

A partir d'aquest moment, excepte modificació del règim actual, seran modalitats pròpies de la Generalitat de Catalunya, els habitatges de compra concertats amb protecció oficial i els habitatges existents concertats.

3.4. Una valoració final.-

Ja hem explicat que una de les complexitats en aquesta matèria és que el títol competencial estatal, ni pot emparar una política sectorial concreta i completa com la que du a a terme el Ministeri d'Habitatge, ni establir unes mesures de foment tan detallades com les formulades en els Reglaments estatals que s'aproven amb els plans estatals d'habitatges actuals.

Aquesta tensió s'acreixerà en els pròxims plans d'habitatge una vegada que la LDVCat ha regulat de manera completa i sistemàtica el règim jurídic dels habitatges amb protecció oficial, i una vegada que la LS 2008, des de la perspectiva de les polítiques de sòl, ja ha establert el règim bàsic d'aquests habitatges : un preu màxim de venda i lloguer, que ha de mantenir-se en les successives transmissions o arrendaments i cessions durant el període de qualificació (extrems que es desprenen dels articles 10 i 39.2 LS 2008).

Poc més, dèiem, hauria d'avançar l'Estat a l'empara de l'article 149.1.13. Hauria de limitar-se a la protecció registral de l'habitatge protegit, l'obligació d'ocupar l'habitatge com residència habitual i permanent, la possibilitat d'exercir drets d'adquisició preferent, uns terminis màxims i mínims de qualificació i els criteris generals per a determinar el preu màxim i la renda, amb renúncia a definir, de manera expressa, les modalitats d'habitatge protegit que rebran les ajudes financeres previstes en el Pla estatal.

El previsible és, no obstant això, que els plans d'habitatge previstos en l'article 67 LDVCat mentre no es modifiqui l'actuació estatal i autonòmica de foment en matèria d'habitatge, es realitzarà, si hi ha acord en no contradir el que es preveu en la LDHCat,, mitjançant: a) doble pla estatal i autonòmic d'habitatge per a un determinat període; b) amb normes reglamentàries estatals i autonòmiques que de manera conjunta i sense contradir-se establiran la quantia, tipologies i el règim jurídic de les ajudes; c) amb el contingut que resulti dels convenis de col·laboració que subscriguin; d) amb un sistema formalitzat i institucionalitzat d'execució autonòmica, en virtut del com el departament de la Generalitat farà d'agent territorial descentralitzat del ministeri estatal competent, i i) convertint-se els plans d'habitatge en l'instrument de la col·laboració institucional i pressupostària entre Estat i comunitats autònomes per al foment en matèria d'habitatge.

No es pot oblidar que a Catalunya, els plans d'habitatge que s'enuncien com propis , es financen substancialment amb els recursos generats pels plans estatals d'habitatge. Així el pla català 2004/2008, regulat per les normes ja ressenyades, que estableixen:

a) que el seu objecte és desenvolupar-lo - Decret 454/2002- o actualitzar el seu desenvolupament -, Decret 244/2005- i regular la gestió de les ajudes previstes en el Reial decret 801/2005, de 1 de juliol pel qual s'aprova el Pla estatal 2005-2008, per a afavorir l'accés dels ciutadans a l'habitatge (article 1 Decret 244/2005) i

b) que les subvencions regulades seran a càrrec dels pressupostos propis del Departament de Medi ambient i Habitatge i dels procedents dels recursos derivats del Conveni amb el Ministeri d'Habitatge, d'acord amb el Reial decret 801/2005, de 1 de juliol, sobre desenvolupament del Pla estatal d'habitatge 2005-2008.

Una vegada aprovat el Reial decret 2066/2008, de 12 desembre , regulador del Pla d'habitatge 2009-2012 , el Govern de Catalunya ha aprovat el Decret 50/2009 , per a, segons indica la seva exposició de motius, " establir quines previsions dels articles del Decret 244/2005", queden modificats per a adaptar-les a les previsions del Reial decret 2066/2008, de 12 de desembre, pel qual es regula el Pla estatal d'habitatge i rehabilitació 2009-2012 (i establir), que totes les referències al Reial decret 801/2005, de 1 de juliol, que conté el Decret 244/2005, de 8 de novembre s'han d'entendre fetes a la nova norma estatal".

Això significa que, a l'espera d'aprovar-se un nou pla d'habitatge de Catalunya ,cal arbitrar les fórmules per a poder fer efectives a Catalunya els ajuts finançats per l'Estat i els crèdits concertats per aquest amb les entitats financeres.

De fet el Decret 50/2009 modifica els articles del Decret 244/2005, relatius a préstecs convinguts per a accedir a habitatges amb protecció pública en propietat o arrendament (article 22 i 28, 34); al subsidi de préstecs per l'adquisició d'habitatges amb protecció oficial en propietat o arrendament (article 29 i 35) a les ajudes directes a l'entrada per al primer accés a l'habitatge en propietat, subvencions generals a la promoció (article 36) i a les ajudes per a la urbanització de sòl (articulo 66), per a afegir en cada precepte que l'actuació de la Generalitat (la gestió del pla estatal), permetrà accedir en les condicions previstes i d'acord el Reial decret 2066/2008, bé al dret a poder sol·licitar préstecs convinguts entre el Ministeri d'Habitatge i les

entitats financeres, , bé al dret al subsidi dels préstecs que atorga l'Estat; bé a les ajudes i a les diferents subvencions estatals en matèria d'habitatge.

En aquest punt la xifres financeres previstes en el pacte nacional de l'habitatge de Catalunya (pàgina 29) , respecte de les fonts de finançament que s'atribueixen a l'Estat (durant el període 2007.-2010 una aportació de 296 milions d'euros i durant el període 2001-2016, 760 milions d'euros), no casen en principi amb l'acord del Consell de Ministres de 27 de març de 2009, sobre l'aprovació dels recursos financers del pla d'habitatge i rehabilitació 2009-2012 (que no inclou el País basc i Navarra) i autorització de la signatura de convenis amb les Comunitats Autònomes, que fixa que el volum de recursos financers per a instrumentar-lo, ascendirà a 10.188 milions d'euros.

Per a quatre anys, estimant un percentatge del 16%, això significaria per a Catalunya 1630 milions d'euros. Per tant, sense qüestionar els criteris utilitzats en el Pacte nacional, i amb el dubte que generen xifres contradictòries, es pot seguir afirmant que el pes del finançament estatal és d'una enorme importància (així, per exemple, en el pacte nacional, les inversions totals per al període 2007/7210 es fixen 2503 milions d'euros).

Tot això constata un fet sabut. Sense perjudici que l'Estat negociï i concerti amb les CCAA (llevat de Navarresa i el País Basco) els plans estatals d'habitatge, aquest assumeix un paper central en la política de foment en matèria d'habitatge atès que sense els recursos econòmics que aporta (i els convenis que concerta amb les entitats financeres), en els territoris no forals, els ciutadans veurien reduïts substancialment els ajuts en aquest àmbit.

El Decret 152/2008, al crear tipologies d'habitatge protegit no previstes en el pla estatal, comporta que l'adquisició d'aquest habitatges haurà de realitzar-se acollint-se als préstecs convinguts entre la Generalitat de Catalunya i les entitats financeres[37] i si escau a les subvencions que hauran de finançar-se amb recursos propis de la Generalitat. Ha d'advertir-se, no obstant això, que, com hem vist, concentra les ajudes en el primer aspecte, a facilitar el crèdit als possibles promotors i adquirents, que ha estat concertat entre la Generalitat i les entitats financeres, per a destinar-lo a habitatge protegit.

4.- LES MODALITATS D'HABITATGE PROTEGIT DES DE LA PERSPECTIVA DE LA LEGISLACIÓ DEL SÒL I LA LEGISLACIÓ URBANÍSTICA

En la política de foment en matèria d'habitatge es produeix una important connexió amb la política de sòl (a això ja ens hi hem referit incidentalment en diverses ocasions).

L'existència d'habitatge protegit no depèn ja avui de l'existència de la política de foment, sinó d'una política que generi sòl amb destinació a habitatge protegit.

Aquesta política de sòl s'estructura en la LS 2008, en la LUCat 2005 i en la LDVCat. La política de sòl el genera per a construir habitatges sotmesos a algun règim de protecció pública, d'acord amb modalitats que s'han anat establint de la mà de les normes que definien els plans d'habitatge i la política de foment. La política de foment es limita a oferir ajudes financeres a promotors i compradors i, no obstant això, és des de la lògica d'aquestes ajudes a partir de la qual es construeix el règim jurídic de les modalitats d'habitatge protegit, que serveixen a la política de sòl mitjançant la reserva exigida en la legislació de sòl i urbanística

[37] La pàgina web del DMAH (http://mediambient.gencat.cat/cat/ciutadans/habitatge/Tipusinteres.jsp?ComponentID=116572&SourcePageID=26072#1) es fa públic el tipus d'interès vigent per als préstecs preferencials segons els convenis signats entre el Departament d'Economia i Finances i el Departament de Medi ambient i Habitatge de la Generalitat de Catalunya i les entitats financeres.
"D'acord amb els convenis de col·laboració signats entre el Departament d'Economia i Finances i el Departament de Medi ambient i Habitatge de la Generalitat de Catalunya i les entitats financeres per establir línies de finançament preferencials per a l'adquisició d'habitatges protegits i per a les obres de rehabilitació protegides, els tipus d'interès aplicables als prèstecs contractats durant els mesos de gener, febrer i març de 2009 són els següents:

Anys de l'operació	Tipus anual
Sense quota creixent	
30 anys	4,577 %
40 anys	4,383 %
Amb quota creixent	
30 anys	4,567 %
40 anys	4,316 %

Aquesta contradicció inherent al sistema, que és el resultat d'una competència estatal que, pel fet d'aportar finançament a un sector econòmic rellevant, pot definir substantivament què són els habitatges protegits, es posa de manifest en l'article 67.1.a) LDVCat quan estableix que els plans d'habitatge aprovats pel Govern són els instruments temporals que, respectant el marc de la planificació i programació regulada pel Títol II, han d'establir la delimitació i concreció del règim de les actuacions susceptibles de ser protegides, les diferents modalitats d'habitatges de protecció oficial i els criteris de prioritat en l'actuació pública. Els plans d'habitatge condicionen el contingut material de les reserves de sòl pel fet que determinen les modalitats d'habitatge en que es materialitzaran les reserves.

Les polítiques per a disposar de sòl assequible, una vegada que el seu preu és l'obstacle per a la promoció de HPO de nova construcció, s'instrumenten en normes urbanístiques que conceben les reserves de sòl per a l'habitatge protegit, no com el sòl per a l'habitatge que obtindrà ajudes financeres dels plans d'habitatge, sinó com el sòl per als habitatges de preu taxat -no lliure-, que per això és un sòl el preu del qual tampoc és lliure. El preu del sòl és taxat pel fet que el seu aprofitament urbanístic ve condicionat per l'obligació de construir habitatges subjectes a un règim de protecció pública que, almenys, permeti establir el seu preu màxim en venda, lloguer o altres formes d'accés a l'habitatge, com el dret de superfície o la concessió administrativa (article 10 LS 2007).

Perquè existeixi aquesta tipologia d'habitatges amb protecció no és imprescindible ni un pla d'habitatges ni ajudes públiques, tan sols és precisa una qualificació urbanística en el planejament i una definició legal del règim jurídic de cada modalitat d'habitatge protegit. Amb això apareix en l'escena un altre bloc normatiu, el regulador de l'ordenació urbanística del sòl, que s'entrellaça amb les normes que regeixen les polítiques de foment en matèria d'habitatge.

Només un advertiment previ: les reserves de sòl són una tècnica per als períodes del cicle expansiu de la promoció i construcció residencial. Les alternatives per a disposar de sòl per a habitatge assequible són desenvolupar el planejament pel sistema d'expropiació (a Catalunya, també, a través de la delimitació de sectors d'urbanització prioritària) o procedir a l'adquisició de sòl per a incrementar els patrimonis públics de sòl. L'article 151 LUCat 2005 estableix la possibilitat de preveure reserves de terrenys per a la seva possible adquisició amb la finalitat de constituir o ampliar el patrimoni de sòl i d'habitatge, que, d'acord amb els articles 103.1, 104.l.c) i 154 LUCat 2005, és una finalitat que legitima l'expropiació. L'aprovació del projecte de delimitació de la reserva implicarà la seva declaració d'utilitat pública i necessitat d'ocupació (article 103.1 LUCat 2005). Aquest projecte haurà de tramitar-se d'acord amb el procediment establert per a l'aprovació dels plans d'ordenació urbanística municipal i haurà d'incorporar, entre la documentació corresponent, la relació de propietaris i una descripció dels béns i drets afectats, d'acord amb la legislació d'expropiació forçosa (article 146 LUCat 2005). És possible que la delimitació s'efectuï en el propi pla, complint tots els requisits establerts, sense que hagi d'interpretar-se com obligatòria la tramitació diferenciada prevista en el precepte (article 154 LUCat 2005). En la mateixa línia, l'article 221.2 RLUC ha clarificat que, en defecte d'una previsió específica en el planejament urbanístic general, la delimitació és possible mitjançant l'aprovació del projecte previst en l'article 154 LUCat 2005. El projecte de delimitació podrà referir-se a qualsevol classe de sòl, fins i tot el classificat com no urbanitzable, sempre òbviament que aquest no tingui una protecció especial.

El bloc normatiu estatal ve configurat per la LS 2008 que a l'article 10.1 estableix que les Administracions Públiques, en particular les competents en matèria d'ordenació territorial i urbanística, hauran de destinar sòl adequat i suficient per a usos productius i per a ús residencial, amb reserva en tot cas per una part proporcionada a "*habitatge subjecte a un règim de protecció pública que, almenys, permeti establir el seu preu màxim en venda, lloguer o altres formes d'accés a l'habitatge, com el dret de superfície o la concessió administrativa"*, i en l'article 39.2, que "*Los terrenos adquiridos por una Administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, que estén destinados a la construcción de* viviendas *sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, no podrán ser adjudicados, ni en dicha transmisión ni en las sucesivas, por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate, conforme a su legislación reguladora. En el expediente administrativo y en el acto o contrato de la enajenación se hará constar esta limitación.* "

En el cas de la LS 2008, la seva DF primera no fonamenta de manera expressa en l'article 149.1.13 les reserves de sòl establertes en l'article 10.1 de la LS 2008 (pel fet que esmenta els títols competencials de l'article 149.1.1ª, 13ª, 18ª y 23ª de la Constitució projectats sobre preceptes molt diversos i entre aquests

esmenta l'article 10), però sembla que cal interpretar-ho així a la vista de l'exposició de motius de la LS 2007[38].

Aquesta és una opció discutible constitucionalment, a la vista de la doctrina constitucional general sobre l'abast de l' article 149.1.13 CE *("(…) dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones y medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector*[39] i del FJ 24, apartat d), de la STC 61/1997[40], que va negar que aquest títol atorgués cobertura competencial a l'article

[38] Diu "(…) Mención aparte merece la reserva de suelo residencial para la vivienda protegida porque, como ya se ha recordado, es la propia Constitución la que vincula la ordenación de los usos del suelo con la efectividad del derecho a la vivienda. A la vista de la senda extraordinariamente prolongada e intensa de expansión de nuestros mercados inmobiliarios, y en particular del residencial, parece hoy razonable encajar en el concepto material de las bases de la ordenación de la economía la garantía de una oferta mínima de suelo para vivienda asequible, por su incidencia directa sobre dichos mercados y su relevancia para las políticas de suelo y vivienda, sin que ello obste para que pueda ser adaptada por la legislación de las Comunidades Autónomas a su modelo urbanístico y sus diversas necesidades."

[39] La STC 61/1997 ho resumeix de la manera següent: "Como ya hemos declarado (entre otras, SSTC 152/1988, fundamento jurídico 2; 95/1986; 213/1994), "dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones y medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector... Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda y, en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su más estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como factor generador de empleo". Si ello es así en relación con la construcción de viviendas, con mayor razón cuando se trata de la política del suelo en su sentido más amplio, por su impacto directo sobre la política económica general. De ahí que sea difícil negarle al Estado, "ex" art. 149.1.13º CE, toda competencia para fijar algunos criterios generales, cuando sólo el asentamiento de actividades industriales y empresariales y la construcción de viviendas tienen una repercusión de gran magnitud sobre la entera economía general.
El problema radica, sin embargo, en determinar el alcance de esa competencia cuando, como es el caso, incide sobre una competencia autonómica sectorial, porque, como hemos reiterado, "cuando el Estado se apoya en un título tan genérico como es el de bases y coordinación de la planificación de la actividad económica frente a la competencia exclusiva... de las Comunidades Autónomas, no puede, salvo cualificadas excepciones, continuar operando con todos los instrumentos de los que disponía con anterioridad a la descentralización del mismo, incidiendo continua y diariamente en una materia que ha quedado ampliamente fuera de su competencia..." (STC 213/1994, fundamento jurídico 10).

[40] Ciertamente, el art. 98.3 TRLS, por otro lado, incide sobre el sector de la vivienda y la actividad promocional y una y otra pueden enmarcarse dentro de las facultades de dirección general de la economía que al Estado atañen en virtud del art. 149.1.13º CE (STC 152/1988), como recuerda la representación del Estado. Sin embargo, y como también hemos declarado en la misma Sentencia 152/1988 (fundamento jurídico 2), el art. 47 CE no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE), de modo que su consecución ha de instrumentarse "a través de", no "a pesar de" los sistemas de distribución de competencias.
La cuestión se contrae, pues, a determinar si el art. 149.1.13º CE puede dar cobertura a la previsión del art. 98.3. En este sentido, conviene tener en cuenta que la doctrina de la STC 152/1988 (fundamentos jurídicos 2 y 4) se refiere a un supuesto distinto -la regulación directa de ciertos instrumentos de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda- al aquí contemplado. En efecto, como se dijo en aquella ocasión, la conexión del sector vivienda y la actividad promocional con la política económica general puede quedar suficientemente acreditada "en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor económico y, en especial, como instrumento generador de empleo" (fundamento jurídico 2), encontrándose, por tanto, justificada la regulación estatal de los correspondientes instrumentos de financiación cuando se trate con ello de "asegurar el mantenimiento de unas inversiones fundamentales desde el punto de vista de la política económica general que, en otro caso, se revelaría difícilmente viable" (fundamento jurídico 4º). Doctrina reiterada en la STC 59/1995 (RTC 1995, 59) .
En nuestro caso no se pretende, sin embargo, canalizar determinados fondos estatales para la promoción de viviendas de protección pública, ni tampoco regular de forma directa o inmediata tal promoción. Muy al contrario, el objeto directo del art. 98.3 TRLS es la regulación de uno de los elementos del aprovechamiento tipo, sin que su clara conexión con la promoción indirecta y mediata de viviendas de protección pública pueda tener la virtualidad de atraer hacia el art. 149.1.13º CE la regulación con carácter básico de la materia, máxime cuando las Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, título más directamente implicado que, en el presente caso, ha de prevalecer. Es evidente, además, que el art. 98.3 TRLS establece determinadas prescripciones estrictamente urbanísticas (calificación de uso específico; asignación de un coeficiente de ponderación y sus reglas), con lo que invade la competencia urbanística que corresponde a las Comunidades Autónomas. De ahí que respecto del art. 98.3 TRLS haya que concluir en igual sentido a como hemos hecho con el resto del precepto y, en consecuencia, debamos declararlo contrario al orden constitucional de competencias.

98.3 de la LS 1992, que es referia específicament a la qualificació de terrenys per a habitatges protegits[41]. Aquest darrer no es un argument determinant, però, pel fet que el FJ 24 té per objecte examinar la constitucionalitat de la regulació de les àrees de repartiment i l'aprofitament tipus a la LS 1992 i la referència a l'habitatge protegit és tangencial.

En el marc de la LS 2008 l'ordenament jurídic català ja ha establert el seu sistema de reserves de sòl.

A) Els apartats 2 i 7 de l'article 57 LUCat 2005 (en la redacció donada pel DLMUCat 2007), quantifiquen la reserva obligatòria en tots els POUM ,o el que és el mateix, en tots els municipis, en sòl urbà o urbanitzable, en el 30% del sostre que es qualifiqui per a l'ús residencial de nova implantació (un 20% ha de ser destinat a habitatges amb protecció oficial de règim general o de règim especial,[42] tal com les defineix el Decret 244/2005, i un 10% a qualsevol de les modalitats d'habitatges de protecció oficial que estableixin els decrets de desenvolupament dels plans d'habitatge, en els termes establert en la DA 5ª LDVCat)[43].

La DA 19ª LUCat (afegida pel DLMU 2007) establix, al seu torn, que "quan la normativa en matèria d'habitatge creï una nova tipologia d'habitatge amb protecció oficial, distinta a la de preu concertat, els POUM dels municipis de més de deu mil habitants i capitals de comarca i les seves modificacions i revisions, a més de les reserves mínimes que estableix l'article 57.3, han de fer una reserva mínima addicional del 10% del sostre que es qualifiqui per a l'ús residencial de nova implantació, tant en sòl urbà com en sòl urbanitzable, per a la construcció d'habitatges destinats a aquesta nova tipologia". Es refereix a la modalitat de habitatge concertat amb protecció pública

B) El Pla territorial sectorial d'habitatge, d'acord amb l'article 17.4 LDV 2007[44] establirà àmbits territorials concrets, municipals o supramunicipales, en els quals haurà de qualificar-se sòl urbà consolidat amb

---

[41] Es tractava de l'article 98.3, que tenia l'origen en l'article 35.3 LS 1990, que assenyalava que si el planejament qualifiqués terrenys amb destinació a la producció d'habitatges de protecció oficial o d'altre règim de protecció pública, es considerarà aquesta qualificació com un ús específic, assignant-se-li el coeficient de ponderació que, justificadament i en coordinació amb els criteris de valoració cadastral, expressi el seu valor en relació amb l'ús característic de l'àrea que quedi inclòs.

[42] Vegin que en la nota següent es reprodueix la DA 5ª LDVCat 2007, que estableix que per al còmput del 20% només poden tenir-se en compte els habitatges de protecció oficial de règim especial i de règim general, tal com les defineix el Decret 244/2005. En principi, per tant, tant valen uns com els altres, sense precisar percentatges, i la decisió haurà de justificar-se en la memòria social del pla.

[43] La LDVCat 2007 se publica en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 9 de enero de 2008, núm. 5044, y entra en vigor el 9 de abril de 2008.
La DA 5ª LDVCat 2007 establece que:
"1. A efectos de establecer la reserva mínima para viviendas de protección pública establecida por el primer párrafo del artículo 57.3 del Texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, sólo pueden tenerse en cuenta las viviendas de protección oficial de régimen especial y de régimen general, tal y como las define el Decreto 244/2005, de 8 de noviembre, de actualización del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007, o las que determinen como equivalentes los sucesivos decretos de desarrollo de los planes de vivienda, ya estén destinados a la venta, al alquiler o a otras formas de cesión de uso.
"2. A efectos de establecer la reserva mínima para la construcción de viviendas objeto de otras medidas de estímulo de la vivienda asequible establecida por el segundo párrafo del artículo 57.3 del Texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, pueden tenerse en cuenta todas las modalidades de viviendas de protección oficial que establezcan los decretos de desarrollo de los planes de vivienda."

[44] Este precepto se completa con al previsión de la DA 6ª, "Aplicación del destino total o parcial de la edificación a vivienda de protección oficial en suelo urbano consolidado", que establece:
"La aplicación de las disposiciones del artículo 17.4 debe efectuarse de acuerdo con los siguientes criterios:
"a) El Plan territorial sectorial de vivienda puede establecer de forma genérica que una zona urbanística determinada se destine total o parcialmente a viviendas de protección oficial. En tal caso, la determinación sólo puede suponer el destino parcial de un máximo del 20% del techo de uso residencial en edificios con un techo total edificable superior a los 5.000 metros cuadrados. En el cómputo del porcentaje de techo que deba destinarse a vivienda de protección oficial no se tienen en cuenta las superficies destinadas a usos que no sean de vivienda.
"b) Si la obligación de destino a vivienda de protección oficial no puede alcanzarse en la promoción de que se trate, la obligación puede satisfacerse destinando a dicha finalidad el equivalente de viviendas situadas en otra ubicación, siempre que sea en suelo urbano consolidado del mismo municipio. Alternativamente, la promoción de dichas viviendas puede ser llevada a cabo por la Administración, si previamente el ayuntamiento correspondiente ha percibido, con carácter finalista, el equivalente económico de dicha obligación de destino parcial a viviendas de protección oficial."

45 El artículo 66.4 del Reglamento que desarrolla la LUrbCat 2005, aprobado por el Decreto 305/2006, de 18 de julio, establece que el Plan general de ordenación puede prever la calificación de terrenos en suelo urbano no incluido en sectores de planeamiento derivado, formen parte o no de polígonos de actuación urbanística. La calificación urbanística

destinació total o parcial de l'edificació a habitatge de protecció oficial. Ha d'advertir-se que la legislació urbanística catalana permet, però no obliga, que en el sòl urbà consolidat puguin qualificar-se àmbits concrets com zones residencials d'habitatge protegit.[45]

C) L'apartat 3 de la DT 2ª LUCat 2005, en la versió donada pel DLMU 2007, estableix que, si no hi ha un pla d'ordenació urbanística municipal o un programa d'actuació urbanística municipal, adaptats a les determinacions d'aquesta Llei, les reserves mínimes que estableix l'article 57.3, bé:

a) *Es poden establir* en les modificacions dels instruments de planejament urbanístic general, el planejament urbanístic derivat i les seves modificacions mitjançant la qualificació de sòl.

b) S'han d'establir de forma preceptiva i immediatament en els municipis de més de deu mil habitants i les capitals de comarca, amb les modificacions de planejament general que tenen per objecte les actuacions aïllades de dotació que fa referència la DA 16ª, en els sectors subjectes a un pla de millora urbana en sòl urbà no consolidat que prevegin usos residencials de nova implantació i en els sectors de sòl urbanitzable amb ús residencial, tret que tinguin un planejament derivat aprovat inicialment abans de l'entrada en vigor de la Llei 10/2004.

L'òrgan autonòmic competent pot autoritzar excepcionalment la disminució de les esmentades reserves en els sectors per als quals s'estableix una densitat inferior a vint-i-cinc habitatges per hectàrea i una tipologia edificatòria incompatible amb la construcció d'habitatges protegits (només per a aquest supòsit, no per a la previsió de reserva obligatòria de l'article 57.3 LUCat 2005).

c) S'han d'establir de forma preceptiva i immediata en tots els municipis sense excepció, a les modificacions del planejament general que impliquin un canvi de la classificació del sòl no urbanitzable amb la finalitat d'incloure nous usos residencials, sempre que la modificació no estigui aprovada inicialment en el moment de l'entrada en vigor de la Llei 10/2004.

Aquestes reserves establertes de manera consecutiva en diferents normes tenen el seu propi règim transitori en l'ordenament català, que se sintetitza que no són aplicables als plans ja aprovats inicialment, quan entra en vigor la norma que preveu la reserva (és la regla establerta en l'apartat 3 de la DT 2ª LUCat 2005, en la versió donada pel DLMU 2007, i en la DT 2ª LUCat 2005).

D) L'article 19 DLMUCat 2007, per a establir el règim jurídic de les àrees residencials estratègiques, afegeix la DA 21ª a la LUCat 2005, modifica concrets preceptes de la Llei [s'afegeix una nova lletra f) a l'article 56.1, un nou apartat 5 a l'article 56, un nou apartat 3 a l'article 31, es modifiquen els apartats 1 i 4 de l'article 33, l'article 40, l'apartat 1.a) de l'article 45 i l'apartat 2 de l'article 156] i estableix una disposició final en el Decret llei, que regula les àrees residencials estratègiques del quadrienni que segueix a la seva aprovació.

La nova DA 21ª LUCat 2005, estableix que el planejament, en aquestes àrees, que han de ser establertes en un pla director urbanístic, ha de qualificar sòl suficient per a habitatge de protecció pública a fi que, com a mínim, la meitat dels habitatges de l'actuació tinguin aquesta destinació (en tot cas, assenyala el precepte, s'ha de donar compliment als requeriments que estableix l'article 57.3 LUCat 2005 i, si s'escau, la DA 19ª

---

del suelo, señala, puede prever el destino total o parcial de la edificación a vivienda con protección oficial. Y concluye que la calificación que establezca la destinación total o parcial a vivienda con protección oficial de terrenos que tienen la condición de suelo urbano consolidado puede ser de aplicación tanto en las nuevas construcciones como en los casos de gran rehabilitación de las edificaciones existentes. El contenido del artículo ha sido dotado de rango de ley en el DLMU 2007, en la nueva redacción dada al artículo 57.7 LUCat 2005:
"El planeamiento urbanístico general o derivado, según corresponda, tiene que determinar la localización concreta de las reservas para la construcción de viviendas de protección pública mediante la calificación de terrenos para esta finalidad en suelo urbano no incluido en sectores de planeamiento derivado, formen parte o no de polígonos de actuación urbanística, la cual se puede vincular a un régimen específico de protección pública."

[45] El artículo 66.4 del Reglamento que desarrolla la LUrbCat 2005, aprobado por el Decreto 305/2006, de 18 de julio, establece que el Plan general de ordenación puede prever la calificación de terrenos en suelo urbano no incluido en sectores de planeamiento derivado, formen parte o no de polígonos de actuación urbanística. La calificación urbanística del suelo, señala, puede prever el destino total o parcial de la edificación a vivienda con protección oficial. Y concluye que la calificación que establezca la destinación total o parcial a vivienda con protección oficial de terrenos que tienen la condición de suelo urbano consolidado puede ser de aplicación tanto en las nuevas construcciones como en los casos de gran rehabilitación de las edificaciones existentes. El contenido del artículo ha sido dotado de rango de ley en el DLMU 2007, en la nueva redacción dada al artículo 57.7 LUCat 2005:
"El planeamiento urbanístico general o derivado, según corresponda, tiene que determinar la localización concreta de las reservas para la construcción de viviendas de protección pública mediante la calificación de terrenos para esta finalidad en suelo urbano no incluido en sectores de planeamiento derivado, formen parte o no de polígonos de actuación urbanística, la cual se puede vincular a un régimen específico de protección pública."

pel que fa als percentatges mínims de sostre a destinar a les diverses tipologies d'habitatges amb protecció oficial).

Ha d'advertir-se que el criteri de nombre d'habitatges reservats a un règim amb protecció pública és distint que el criteri de destinar a aquesta finalitat un percentatge de sostre residencial de nova construcció, i no tenen per què coincidir (la meitat dels habitatges poden superar o no el 30% o el 40% del sostre residencial previst en el planejament).

E) Els articles 151 i 152 LUCat 2005 i l'article 154, en la redacció donada pel DLMUCat 2007, estableixen el règim per a l'establiment de reserves de terrenys i el seu procediment d'adquisició (l'expropiació), en qualsevol classe de sòl, per a constituir o ampliar els patrimonis públics de sòl i habitatge.

En aquests sòls primer reservats i després adquirits, la LUCat 2005 preveu un doble règim de qualificació de sòl amb destinació a habitatge amb algun règim de protecció pública:

a) Amb caràcter general, el planejament que ordeni els sòls adquirits ha de preveure una reserva addicional mínima, a més de les previstes per a qualsevol tipus i classe de sòl, del 25% del total d'habitatges previstos per a noves ofertes d'habitatges amb protecció pública (article 221.3 RLUCat 2006).

b) En el supòsit que les reserves i els terrenys expropiats tinguessin en el moment de l'expropiació la condició de sòl no urbanitzable o urbanitzable no delimitat han de destinar-se totes a habitatge, no només sotmes a un règim amb protecció pública, sinó que a més ha de ser mitjançant lloguer, dret de superfície o altres fórmules admeses en Dret, que comportin la titularitat pública del sòl com a mínim durant trenta anys des de la primera utilització dels habitatges.

5.- CONCLUSIONS

A) Les modalitats d'habitatge protegit que encara ara estructuren el sistema, s'estableixen per les normes reglamentàries aprovades per l'Estat amb cada Pla d'habitatge estatal, que, a banda de les modalitats n'estableixen el règim jurídic específic pels habitatges qualificats a l'empara de cada un d'ells (la qualificació durant la vigència de un pla d'habitatge permet accedir als ajuts previstos en aquest pla d'habitatge i l'ús i transmissió resta subjecte als específics requisit previstos en al norma reglamentària que aprova el pla durant el període de qualificació).

b) Aquesta forma de regulació podia tenir una explicació quan els habitatges protegits només eren el resultat de la política de foment i el seu règim era conseqüència dels ajuts públics rebuts, en un marc que aquest ajuts als ciutadans els hi permetien l'adquisició d'habitatges en propietat . És incompatible amb polítiques de sòl a llarg termini, siguin polítiques fonamentades en les reserves des sòl per a habitatge protegit o en la constitució o gestió de patrimonis públics de sòl importants (no merament residuals).

c) La LDHCat estableix un règim jurídic complert i sistemàtic per tots els habitatges amb protecció pública (sigui en les modalitats estatals o catalanes), que posa en tensió –jurídica- el sistema de definició de determinats requisits i condicions – suposadament bàsiques- de les modalitats de protecció mitjançant la norma reglamentària que acompanya cada pla estatal. Aquest requisits i condicions es refereixen a element claus del règim jurídic dels habitatges protegits (període de qualificació, drets d'adquisició preferent en favor de sol·licitants inscrits en registres públic de sol·licitants d'habitatge o el sistema de selecció d'adjudicataris) i si l'Estat considera que la definició és competència seva a l'empara de l'article 149.3 CE, els hauria de qualificar com a bàsics i regular-los en una norma legal (com, a fet a l'article 10 i 39.3 de la LS 2008). Ja hem explicat els dubtes de constitucionalitat que tot plegat ens planteja, però això permetria resoldre en el seu dia, i en seu de la jurisdicció constitucional, l'abast les competències estatals que ara exerceix mitjançant l'aprovació dels plans estatals d'habitatge i rehabilitació (que van molt més enllà del sistema d'ajuts als habitatges protegits).

d) Les modalitats d'habitatge que s'aplicaran als habitatges qualificats com de protecció pública per a poder rebre els ajusta previstos en el pla estatal d'habitatge i rehabilitació tant en règim de lloguer (per a períodes mínims de 10 0 25 anys), com de venda, les de protecció oficial de règim especial, general i concertat i serà possible, per a les llogades per períodes de 10 anys, l'arrendament amb opció de compra transcorregut aquest termini ,pel preu que correspongui llavors a la modalitat per la qual va ser qualificada (especial, general i concertada) amb certes condicions establertes per l'Estat o les CCAA.

A partir d'aquest moment, excepte modificació del règim actual, seran modalitats pròpies de la Generalitat de Catalunya, els habitatges de compra concertats amb protecció oficial i els habitatges existents concertats.

Finalment, aquestes modalitats s'adeqüen, al menys durant la vigència del pla estatal 2009-2012, a les previstes a les normes urbanístiques catalanes reguladores de les reserves de sòl per a habitatge protegit.

Fins ara les normes urbanístiques no establien reserves per a habitatges de lloguer protegit, pel fet que només exigien reserves per a habitatges de règim especial, general i concertat, que fins el Reial decret 2066/2008 no incloïen les modalitats de lloguer protegit . En els plans estatals anteriors les modalitats de lloguer protegit eren:a) de renda bàsica a 10 anys: per a llogaters amb ingressos familiars ponderats que no superin 5,5 vegades el IPREM; b) de renda bàsica a 25 anys: per a llogaters amb ingressos familiars ponderats que no superin 5,5 vegades el IPREM, i c) de renda bàsica a 30 anys: per a inquilins amb ingressos familiars ponderats que no superin 2,5 vegades el IPREM.

Aquest extrem obliga a tenir present la necessitat de repensar els sistema de coordinació enter l'ordenament d'habitatge i el d'urbanisme.

e) La modalitat catalana d'habitatge concertat amb protecció pública és el previst en l'article 78 LDHCat, amb el període de qualificació de 90 anys i les condicions de transmissió les previstes en l'article 17 del Decret 244/2005. Les persones que adquireixen habitatges concertats amb protecció oficial, poden obtenir els ajuts següents: a) Accedir als préstecs preferencials convinguts amb aquesta finalitat entre la Generalitat de Catalunya i les entitats financeres que operen a Catalunya; b) Accedir a préstecs preferencials de fins al 20% del preu de l'habitatge convinguts entre la Generalitat de Catalunya i les entitats financeres que operen a Catalunya, amb la finalitat d'ajudar al pagament de l'entrada de l'habitatge.

El preu màxim de venda és superior al de règim concertat i el quadre final és:

Precios máximos de venta para las viviendas protegidas, según los regímenes de protección y las zonas de precios.
Año 2008 (euros/m² útil)

	Protección oficial Régimen especial	Protección oficial Régimen general	Protección oficial Precio Concertado	Vivienda usada	Vivienda concertada con protección oficial
Zona A1	1.705,50	1.940,48	3.001,68	2.668,16	4.000
Zona A2	1.705,50	1.940,48	3.001,68	2.668,16	3.500
Zona A3	1.705,50	1.940,48	2.728,80	2.668,16	3.200
Zona B	1.478,10	1.576,64	2.183,04	1.940,48	2.600
Zona C	1.307,55	1.394,72	1.773,72	1.576,64	2.100
Zona D	1.137,00	1.212,80	1.364,40	1.212,80	1.600 euros

f) La modalitat d'habitatge concertat existent no es una modalitat d'habitatge amb protecció pública. A l'igual que els ajuts a l'adquisició protegida de l'habitatge de segona ma que és un supòsit que, sense estar qualificat com de protecció oficial, ha rebut finançament i ajuts públiques i que està subjecta al règim jurídic previst en la seva qualificació i en la norma reglamentària que va aprovar i va establir aquests ajuts.

Els adquirents dels habitatges existents concertats poden accedir al finançament previst per a la tipologia de l'habitatge concertat amb protecció oficial Els adquirents amb menors ingressos familiars (inferiors a 4,3 vegades el IRSC[46]) que compleixin les condicions de primer accés a l'habitatge, poden accedir també a una subvenció a fons perdut del 2% del preu de l'habitatge, per a fer front a les despeses que genera la formalització de la compra venda

L'obtenció de les ajudes previstes per als habitatges existents concertades amb protecció oficial implica, durant un període de 15 anys a contar des del reconeixement del dret a les ajudes, les obligacions següents: a) Respectar en les posteriors transmissions els preus màxims de venda aplicables a l'habitatge

[46] La DT primera de la Llei 13/2006, de 27 juliol establEix per a l'exercici 2006 el següent indicador de renda de suficiència
"L'indicador de renda de suficiència de Catalunya per a l'exercici 2006 queda fixat en 7.137,2 euros anuals i 509,8 euros mensuals. El Govern, en el marc de l'Acord estratègic per a la internacionalització, la qualitat de l'ocupació i la competitivitat de l'economia catalana, ha d'avaluar anualment l'actualització d'aquest indicador. El valor de l'indicador ha d'incloure's en la Llei de Pressupostos de cada any".

concertat amb protecció oficial. b) Respectar les condicions d'ús previstes en els articles 11.1, 11.2 i 11.5 del Decret 244/2005[47].

Aquestes obligacions han de fer-se constar expressament en l'escriptura de compra venda, i en l'escriptura de formalització del préstec hipotecari, als efectes de la inscripció en el Registre de la Propietat, on ha de fer-se constar mitjançant nota marginal. En el supòsit dels habitatges existents concertats s'aplica el preu màxim per metre de l'habitatge concertat amb protecció oficial, amb la limitació sobre el preu final:

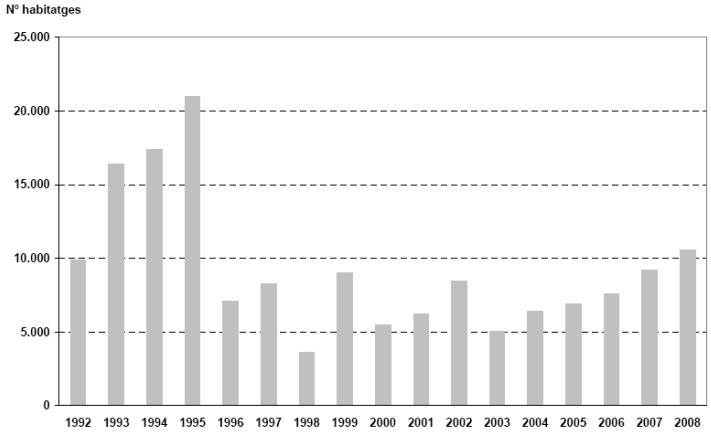
Zona A.1: 300.000 euros.
Zona A.2: 280.000 euros.
Zona A.3: 250.000 euros.
Zona B: 200.000 euros.
Zona C: 160.000 euros.
Zona D:120.000 euros

L'article 6 del Decret 152/2008, crea, per tant, un sistema d'ajuts excepcionals per a l'accés a l'habitatge existent concertat, que no es trasllada com a modalitat d'habitatge amb protecció oficial a les reserves de sòl establertes en l'ordenament urbanístic català.

[47] Article 11 Destinació i ocupació dels habitatges
11.1 Els habitatges amb protecció oficial s'han de destinar a domicili habitual i permanent, i en cap cas es poden destinar a segona residència o a un altre ús
11.2 Els habitatges amb protecció oficial només poden de ser ocupats per persones físiques.
11.5 Els adquirents, adjudicataris, promotors individuals per a ús propi i arrendataris d'habitatges amb protecció oficial han d'ocupar l'habitatge, tret de causa justificada, en el termini de tres mesos des del seu lliurament

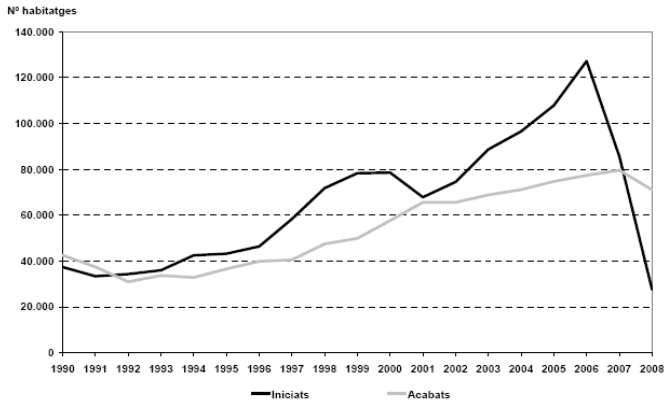
ANNEX 1

Gràfic 4.1.1
Evolució de la construcció d'habitatge amb protecció oficial a Catalunya. 1992-2008

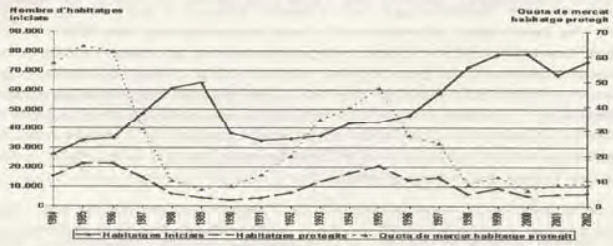


Font: Secretaria d'Habitatge.

Gràfic 1.1
Evolució dels habitatges iniciats i acabats a Catalunya. 1990-2008



Gràfic 19: Habitatges iniciats segons règim a Catalunya. 1984-2002.



Font: Elaboració Carme Trilla a partir de les dades de la Direcció General d'Arquitectura i Habitatge.

ANNEX 2

Quadre 3.5.1
Evolució de l'accessibilitat a l'habitatge de nova construcció per a una llar amb ingressos mitjans. 1990-2008
(Esforç econòmic per accedir a un habitatge lliure de nova construcció. Percentatge dels ingressos familiars p pagar la quota inicial d'amortització d'un préstec mitjà)

	Barcelona ciutat	Conurbació de Barcelona sense Barcelona ciutat	Resta de Catalunya
1990	107,6	102,0	55,3
1991	101,3	80,9	51,1
1992	93,7	77,3	47,1
1993	82,6	67,8	42,2
1994	64,3	51,0	31,6
1995	62,8	47,3	30,7
1996	53,4	38,5	26,5
1997	43,0	31,4	22,5
1998	39,7	32,0	21,0
1999	42,4	31,6	21,1
2000	49,8	38,3	24,9
2001	54,0	40,7	27,2
2002	54,1	39,8	25,7
2003	53,9	38,8	26,0
2004	60,4	42,3	28,9
2005	71,1	51,8	37,6
2006	84,1	61,9	46,1
2007	89,7	64,8	47,7
2008	88,2	60,6	45,9

Paràmetres base:
- Habitatge lliure de 90 m^2 construïts (sèrie corregida any 2008).
- Tipus d'interès mitjà dels préstecs hipotecaris.
- El préstec cobreix el 80% del preu de venda de l'habitatge.
- Termini d'amortització variable segons l'any (27 anys l'any 2008).

Quadre 3.5.2
Evolució de l'accessibilitat a l'habitatge de nova construcció per a una llar amb uns ingressos de 3,5 vegades el salari mínim interprofessional. 1990-2008
(Esforç econòmic per accedir a un habitatge lliure de nova construcció. Percentatge dels ingressos familiars per pagar la quota inicial d'amortització d'un préstec mitjà)

	Barcelona ciutat	Conurbació de Barcelona sense Barcelona ciutat	Resta de Catalunya
1990	134,6	127,6	69,2
1991	127,9	102,3	64,6
1992	120,5	99,4	60,5
1993	109,8	90,1	56,1
1994	86,4	68,5	42,5
1995	86,0	64,7	41,9
1996	72,9	52,5	36,2
1997	59,1	43,2	30,9
1998	55,0	44,4	29,0
1999	59,2	44,0	29,4
2000	70,2	54,0	35,1
2001	77,7	58,5	39,1
2002	79,8	58,7	37,9
2003	81,2	58,4	39,2
2004	86,6	60,6	41,4
2005	99,7	72,7	52,7
2006	115,8	85,2	63,5
2007	121,9	88,1	64,9
2008	119,1	81,8	61,9

Paràmetres base:
- Habitatge lliure de 90 m^2 construïts (sèrie corregida any 2008).
- Tipus d'interès mitjà dels préstecs hipotecaris.
- El préstec cobreix el 80% del preu de venda de l'habitatge.
- Termini d'amortització variable segons l'any (27 anys l'any 2008).

EXPROPIACIÓN Y VALORACIONES URBANÍSTICAS EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2008 DEL SUELO

Francisco García Gómez de Mercado
Abogado

1. LA EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA: FUNCIONES. 1
1.1. Regulación y concepto. Diferenciación con las expropiaciones ordinarias. 1
1.2. Funciones. 3
1.3. Examen especial de la expropiación como sistema de ejecución. 4
3. EFICACIA EXPROPIATORIA DE LOS PLANES URBANÍSTICOS 7
3.1. Declaración implícita de utilidad pública y necesidad de ocupación. 7
3.2. Validez y eficacia del plan: necesaria publicación y consecuencia de su nulidad. 8
4. PROCEDIMIENTO: EXAMEN ESPECIAL DE LA TASACIÓN CONJUNTA. 9
4.1. Procedimientos aplicables: regulación 9
4.2. Especialidades procedimentales de la tasación conjunta 10
5. OCUPACIÓN E INSCRIPCIÓN REGISTRAL. 11
6. VALORACIÓN DEL SUELO RURAL 11
7. INDEMNIZACIÓN DE LA FACULTAD DE PARTICIPAR EN ACTUACIONES DE NUEVA URBANIZACIÓN. 14
7.1 Planteamiento.... 14
7.2 Requisitos.... 15
7.3. Indemnización. 16
8. INDEMNIZACIÓN DE LA INICIATIVA Y LA PROMOCIÓN DE ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN O DE *EDIFICACIÓN*. 16
8.1 Gastos y costes a indemnizar. 16
8.2. Indemnización en caso de actuaciones iniciadas. 18
8.3. Reglas especiales. 19
9. VALORACIÓN DEL SUELO URBANO 19
9.1. Planteamiento.... 19
9.2. Suelo urbanizado con edificación legal: posible aplicación del método de comparación. 20
9.3. Suelo urbanizado sin edificación legal: aplicación del método residual.... 21
9.4. Aprovechamiento promedio y reforma interior. 21
9.5. Aprovechamiento objetivo y subjetivo. 22
9.6. El método residual y el valor de repercusión 22
9.7. Deducción de los gastos de urbanización pendientes 24
10. RETASACIÓN POR RECALIFICACIÓN.... 25

1. LA EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA: FUNCIONES.

1.1. Regulación y concepto. Diferenciación con las expropiaciones ordinarias.

Junto a la regulación general de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (LEF), a las expropiaciones urbanísticas, la Ley del Suelo, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLS), dedica su título IV, sobre expropiaciones (tras el título III, sobre valoraciones).

Según el art. 29.1 TRLS, "la expropiación por razón de la ordenación territorial y urbanística puede aplicarse… de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en la Ley de Expropiación Forzosa", pero no pueden olvidarse las leyes urbanísticas autonómicas.

En este punto es preciso recordar que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 declaró la inconstitucionalidad de diversos preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y, en particular, dos artículos dentro del capítulo relativo al procedimiento expropiatorio (arts. 220.1 y 221). Ello se fundamenta en que, a pesar de que "el Estado ostenta una competencia general sobre la expropiación forzosa, que no se limita a lo básico (art. 149.1.18º CE) y que comprende la determinación de las garantías expropiatorias... no significa que pueda establecer y predeterminar en detalle todas las garantías que rodean a la institución, sean en más o en menos (aquí claramente en menos), de cualquier especie expropiatoria y en todos los sectores del ordenamiento. Más allá de su competencia para regular la expropiación con carácter general, el legislador estatal ha de considerar los títulos competenciales sectoriales en juego, con los que deberá articularse. Por ello, cuando el sector de que se trate sea de la exclusiva competencia autonómica [caso del urbanismo], las peculiaridades que merezcan las expropiaciones especiales sólo podrán ser establecidas, en su caso, con un marcado carácter principal o mínimo y en cuanto sean expresión de las garantías procedimentales generales". "En otro términos -añade el TC-, a la regulación del procedimiento expropiatorio especial le es aplicable en buena medida la doctrina sobre el reparto competencial del procedimiento administrativo, esto es, que se trata de una competencia adjetiva que sigue a la competencia material o sustantiva, con respeto, claro está, de las normas generales atinentes al procedimiento expropiatorio general que al Estado le corresponde establecer y sin perjuicio también de que no se le pueda negar de raíz la posibilidad de fijar alguna norma especial en cuanto expresión o modulación de las normas -procedimentales generales".

Como señala LÓPEZ-NIETO[1], con cita de LLISET, "la expropiación urbanística o por razón de urbanismo constituye... una expropiación especial, que se distingue de la ordinaria en que la obra o servicio, en función de las cuales se lleva a cabo, aparece prevista en un plan de ordenación urbana o en un instrumento urbanístico de significado análogo. En otras palabras, estas expropiaciones son aquellas que se efectúan para la ejecución, o por causa de la inejecución, de la legislación urbanística y del planeamiento".

El Tribunal Supremo ha seguido, en general, una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de las expropiaciones urbanísticas (especialmente al efecto de aplicar su normativa de valoraciones cuando ésta era privativa de las expropiaciones de este carácter), sentando la doctrina de que la expropiación no es urbanística cuando no tiene por finalidad la ejecución de planes de urbanismo, o cuando no se deriva de actuaciones urbanísticas o de planes parciales (STS 4 de junio de 1981, Ar. 2.385; 14 de abril de 1982, Ar. 4.170; y 25 de junio y 4 de noviembre de 1985, Ar. 3.154 y 5.443, entre otras).

Para la Sentencia de 18 de febrero de 1992 (Ar. 847): "Esta Sala en SS. 25-10-1977 (Ar. 3973), 5 y 6-3-1990 (Ar. 1858 y 1865) ha precisado que sólo tienen el carácter de expropiaciones urbanísticas las que se efectúan para ejecutar planes de ordenación urbana en los que se expropian bienes y derechos con la finalidad de proporcionar a un determinado sector la necesaria infraestructura aneja a la obra urbanizadora, sin que lo sean cuando lo afectado no es la ejecución de un plan de urbanismo antecedente, sino el dotar de servicio a la población, dimanante de una actuación aislada en suelo urbano. Y así las STS 21-12-1977 (Ar. 4.885), 14-11-1979 (Ar. 3.988), 5-3-1980 (Ar. 862) y 11-6-1986 (Ar. 3.235) determinaron, bajo estos

[1]. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*, Madrid, 1995, Ed. Bayer Hermanos, S.A., pág. 191.

presupuestos, que las expropiaciones para la creación de centro de educación no eran de naturaleza urbanística"[2].

Con todo, como reconoce la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2006 (Ar 9418.[3]), son expropiaciones urbanísticas tanto los supuestos de ejecución de los planes urbanísticos por polígonos o sectores como las que tienen por objeto implantar determinadas dotaciones.

A este respecto, a menudo, el Tribunal Supremo ha considerado que las expropiaciones urbanísticas eran las legitimadas por la legislación del suelo y, en concreto, no lo eran las relativas a la construcción o mejora de carreteras (STS 26 de enero de 1979, Ar. 109).

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de noviembre de 1994 (Rec. 680/93 s. 1ª) señala que "como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo (SSTS 5 y 6 de marzo y 24 de octubre de 1990, entre otras), sólo tienen el carácter de expropiaciones urbanísticas las que se efectúan para ejecutar planes de ordenación urbana en los que se expropian bienes y derechos con la finalidad de proporcionar a un determinado sector la necesaria infraestructura aneja a la obra urbanizadora, sin que lo sea cuando lo afectado no es la ejecución de un plan de urbanismo antecedente sino el dotar de servicio a la población, y ello, aun cuando el objeto del servicio público a establecerse se hallase contemplado en los correspondientes planes generales y parciales, puesto que esta circunstancias no califica por sí misma como urbanística la expropiación llevada a cabo. En virtud de lo expuesto, nos encontramos en el supuesto que nos ocupa, ante una expropiación ordinaria, pues se ha llevado a cabo la misma para la ejecución de un proyecto de carreteras, como es la conexión de la carretera ... con el Distribuidor Este y el acceso ...", aunque la expropiación la verifica la Gerencia Municipal de Urbanismo.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Madrid de 16 de febrero de 1996 (Rec. 5.755/93 s. 1ª) declara que "al tiempo de definir una expropiación como ordinaria o como urbanística, la jurisprudencia ha venido utilizando como criterio fundamental si la finalidad es o no la ejecución de planes de ordenación urbana, esto es, planes urbanísticos; de modo que sólo cuando las obras que se tratan de ejecutar y que justifican el uso de la potestad expropiatoria estuviesen contempladas en un plan urbanístico y se expropie en ejecución del mismo estaremos ante una ejecución urbanística. Por contra, cuando la actuación urbanística está desconectada de los planes de urbanismo, esto es, obras sectoriales no conectadas directamente con el planeamiento, tales como carreteras, aeropuertos y demás obras de infraestructura, será ordinaria".

Sin embargo, las expropiaciones para carreteras sí pueden tener un carácter urbanístico cuando dichas vías de comunicación están previstas en el planeamiento, como lo han de estar los sistemas generales en suelo urbano o urbanizable (art. 12.1 b) LS 1976). En este sentido se pronuncian las Sentencias de 29 de enero y 9 de mayo de 1994 (Ar. 263 y 4.120). Con todo, la Sentencia de 30 de enero de 2003 (Ar. 1035) precisa que la expropiación no es urbanística, aunque el tramo de autovía en cuestión esté contemplado en el plan, pues no se integra en la red viaria municipal.

A este respecto, la Ley de Carreteras, de 29 de julio de 1988, dispone que las expropiaciones relativas a travesías y otros tramos urbanos así como a las redes arteriales "quedarán sometidas a las prescripciones de la normativa legal sobre régimen del suelo y ordenación urbana y normas que la complementen o desarrollen" (art. 11.2), en contraposición a la expropiación de carreteras en general que se remite a la LEF (art. 11.1). Así, si bien exceptuando la exigencia de licencia municipal (art. 12), se someten a la normativa urbanística las expropiaciones para obras de tramos urbanos, esto es, que discurran por suelo urbano, en especial las travesías que son aquellos tramos urbanos con edificación consolidada en los términos previstos legalmente, y redes arteriales, constituidas por el conjunto de tramos de carretera que establezcan la continuidad y conexión de los distintos itinerarios de interés general o presten el debido acceso a los núcleos de población afectos (art. 37). Por lo demás, sobre urbanismo y carreteras y otras obras públicas de interés general pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1982 (Ar. 7774), 28 de septiembre de 1983 (Ar. 4662), 28 de mayo de 1986 (Ar. 4471), y 18 de septiembre de 1990 (Ar. 7094) y las del Tribunal Constitucional 56/1986, de 13 de mayo, y 65/1998, de 18 de marzo.

En otro ámbito, correspondiente a las canalizaciones de agua potable, la Sentencia del Tribunal Supremo de de 20 de julio de 2002 (Ar. 8632) estima que "es patente el significado dotacional que determinó la

---

[2] Cfr. también, entre otras muchas, la Sentencia de 7 de junio de 1995, Ar. 4612.

[3] Comentada por José Ramón RODRÍGUEZ CARBAJO en "El derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas de naturaleza mixta. Análisis de la STS de 8 de noviembre de 2006", *Actualidad Administrativa* nº 4, 2ª quincena de febrero 2007.

expropiación del suelo, lo que la confiere una naturaleza equiparable o análoga a las posteriormente calificadas como expropiaciones urbanísticas y, por consiguiente, le es aplicable el régimen urbanístico de éstas, según hemos declarado en nuestra reciente Sentencia de 18 de mayo de 2002 (Ar. 6602) (recurso de casación 268/1998)".

1.2. Funciones.

A tenor del art. 29.1 TRLS, "la expropiación por razón de la ordenación territorial y urbanística puede aplicarse para las finalidades previstas en la legislación reguladora de dicha ordenación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en la Ley de Expropiación Forzosa".

Vemos, pues, que la fórmula empleada por el TRLS, más simple aún que la similar del precedente art. 34 de la Ley del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998 (LSV), que también hacía referencia a la expropiación por la función social de la propiedad, es plenamente respetuoso con las competencias de las Comunidades Autónomas. "No puede ser más amplia", según decía GONZÁLEZ PÉREZ[4] respecto del art. 34 LSV y cabe reconocer, a fortiori, a la dicción legal vigente. Y ello es así porque, aunque el Estado goce de competencia exclusiva en materia de expropiación forzosa (art. 149.1.18ª CE), dada la competencia de las Comunidades Autónomas en distintas materias sectoriales, como el urbanismo, debe admitirse que la determinación de la causa expropiandi sea efectuada por las Comunidades Autónomas, como medio de ejecución de políticas sectoriales (STC 37/1987, de 26 de marzo).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 21 de marzo (que declaró la inconstitucionalidad parcial de la LS de 1992), en su fundamento jurídico trigésimo, rechaza que el Estado pueda establecer con carácter excluyente o pleno las diversas causas de expropiar en materia urbanística, de suerte que, con carácter general, será a las Comunidades Autónomas a las que corresponda establecerlas en virtud de sus propias competencias, de modo que el Estado puede establecer "las causas de expropiar cuando no ostente la competencia material o sustantiva, como hace, en efecto, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Pero, en tales hipótesis, la definición estatal de una causa expropiandi sobre una materia sobre la que no tenga competencias... no será sino un simple punto de referencia para identificar o establecer, en su caso, las garantías específicas que una determinada clase de expropiación pueda merecer... pero la causa de expropiar en sí misma nunca podrá tener carácter indisponible para las Comunidades Autónomas". En este sentido debía interpretarse el art. 34 LSV y ahora el TRLS.

Así pues, el TRLS, en armonía con la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, deja en manos del legislador urbanístico autonómico la determinación de los supuestos en que se admite la expropiación urbanística. A título de ejemplo, la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001 (arts. 101 y 138), prevé la utilización de la expropiación en los siguientes casos: obtención de terrenos dedicados a dominio y servicio público, que puede extenderse a terrenos colindantes, obtención del patrimonios públicos del suelo, incumplimiento de deberes urbanísticos, obtención de inmuebles de especial protección, ejecución del planeamiento urbanístico y construcción de viviendas de protección pública. De forma semejante, el art. 104 de la Ley catalana del Urbanismo, Texto Refundido de 26 de julio de 2005, contempla como supuestos legitimadores de las expropiaciones por razones urbanísticas: la ejecución del planeamiento urbanístico, la constitución o ampliación de patrimonios públicos de suelo y vivienda, por falta de participación de los propietarios en el sistema de reparcelación y, finalmente, por razón del incumplimiento de la función social de la propiedad, en los casos que la propia Ley determina y siempre previo requerimiento a los propietarios, con expresa advertencia de los efectos expropiatorios.

Pues bien, junto con el empleo del instrumento de la expropiación forzosa para ejecutar el planeamiento en un determinado ámbito de gestión mediante este sistema, supuesto al que, por su especial interés, dedicaremos un epígrafe propio con posterioridad, también puede utilizarse, desde luego, la expropiación forzosa "para la ejecución de los sistemas generales de la ordenación urbanística del territorio o la de alguno de sus elementos, o para realizar actuaciones aisladas en suelo urbano" (art. 134.2 LS 1976 y STS 20-3-1997, Ar. 2356, y 30-9-1998, Ar. 7356).

Asimismo, la expropiación forzosa es también empleada de forma accesoria en los sistemas de ejecución de iniciativa privada, como el sistema de compensación, respecto de los propietarios no adheridos a la Junta de Compensación o al sistema correspondiente, que serán expropiados a favor de la misma (Cfr., p.ej. art. 108.3 b) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001).

---

[4]. Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, Ed. Civitas, pág. 588.

La expropiación forzosa, en materia urbanística, es también utilizada como instrumento para la constitución de patrimonios públicos de suelo destinados a actuar como reguladores del mercado de solares (patrimonios a los que se refieren los arts. 38 y 39 TRLS).

Por otra parte, en el caso de incumplimiento o inejecución de la legislación y planeamiento urbanísticos, se habla de expropiación-sanción (figura prevista en términos generales por el art. 71 LEF). De este modo, el instituto expropiatorio sirve una última función de cierre del sistema de obligaciones y cargas impuestas a los propietarios del suelo como compensación de los beneficios que estos obtienen del proceso de expansión de las ciudades, jugando, de este modo, el papel de garantía de su efectivo cumplimiento. Ahora bien, frente a las reducciones del justiprecio que en estos casos se ha podido establecer en otras normas, el TRLS, al igual que la LEF y la precedente LSV de 1998, no establece un justiprecio distinto para la expropiación motivada por incumplimiento.

1.3. Examen especial de la expropiación como sistema de ejecución.

El art. 119.2 LS 1976 establecía el sistema de expropiación como subsidiario, "salvo cuando por razones de urgencia o necesidad exijan la expropiación", de modo que, según la doctrina [5] y la jurisprudencia (STS 28-11-1994, Ar. 8649), aunque la elección del sistema era discrecional, exigía una motivación suficiente y la observancia de los hechos determinantes previstos en la legislación urbanística. La Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico (LRRU), y luego el Texto Refundido de 1992 pretendieron establecer el sistema de expropiación en pie de igualdad con los otros dos[6], pero su inconstitucionalidad, declarada por la STC 61/97, hace volver al sistema de la Ley de 1976, con carácter supletorio de la legislación autonómica.

Por ello, según CHINCHILLA PEINADO [7], "las Comunidades Autónomas podrán perfectamente bien establecer una gradación de preferencia en relación a los distintos sistemas de actuación, bien situarlos en un plano de igualdad", opción que sigue el art. 102 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001 (LSCM), "en función de una adecuada ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso y, en particular, los objetivos a alcanzar con la actuación, las necesidades colectivas que ésta deba cubrir o satisfacer, los medios económicos disponibles y la capacidad de gestión de la Administración".

En cambio, la Ley de Urbanismo de Castilla y León, de 8 de abril de 1999 (LUCyL) limita, en cierto modo, la aplicación de la expropiación, en cuanto su artículo 89.1 establece que "el sistema de expropiación podrá utilizarse a iniciativa del Ayuntamiento o de otra Administración pública que ejerza la potestad expropiatoria, y especialmente cuando: a) Lo justifiquen especiales razones de urgencia, necesidad o dificultad en la gestión urbanística. b) Se incumplan los plazos señalados en los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos para el desarrollo de actuaciones integradas mediante otros sistemas de actuación, o cuando en cualquiera de ellos el urbanizador perdiera las condiciones que habilitaban para serlo".

Asimismo debemos citar la Ley de Ordenación Urbanística de Galicia, de 30 de diciembre de 2002 (LOUG), la cual manifiesta, en su preámbulo, que "la elección del sistema le corresponde al plan que haya de ejecutarse, o, dicho más precisamente, al plan que contenga la ordenación detallada. Aunque, en principio, no existe preferencia por ninguno, la expropiación sólo se producirá cuando se den las circunstancias legitimadoras (razones de urgencia o necesidad que lo justifiquen, excesiva fragmentación de la propiedad), y el sistema de concesión de obra urbanizadora exige que se hubiera incumplido el plazo de dos años desde la aprobación definitiva del planeamiento detallado, siempre que éste hubiera fijado el sistema de compensación". Por consiguiente, su artículo 127.1 previene que "el municipio elegirá el sistema de actuación aplicable, teniendo en cuenta las características y complejidades de la iniciativa a desarrollar, los medios con que cuente, la colaboración de la iniciativa privada y las demás circunstancias que concurran";

---

[5] Cfr. GALLEGO ANABITARTE, "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa", *Revista de Derecho Urbanístico* nº 134, pág. 40.

[6] Cfr. IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, "Ejecución del planeamiento: sistemas de cooperación y compensación", Revista de Derecho Urbanístico nº 152, marzo 1997, págs. 118 y ss.

[7] "Ejecución del planeamiento: expropiaciones urbanísticas: implicaciones. Valoraciones", *Revista de Derecho Urbanístico* nº 154, pág. 12.

precisando el art. 140.1 que "la Administración actuante podrá optar por utilizar el sistema de expropiación cuando razones de urgencia o necesidad lo justifiquen"[8].

Pues bien, fuera de una clara prioridad legal, la jurisprudencia ha admitido la discrecionalidad de la Administración en la elección del sistema. Dice así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de junio de 2005 (JUR 2006\130524) que "de ello resulta que la elección del sistema de ejecución debe calificarse como una decisión de carácter discrecional de la Administración, modificándose así el anterior sistema de preferencia por los sistemas de gestión privada".

Cabe citar también la Sentencia del mismo tribunal, de fecha 11 de junio de 2004 (JUR 2004\300732), con los siguientes razonamientos:

> "TERCERO Aducen las sociedades recurrentes que la ejecución sistemática por expropiación forzosa supone una agresión a los derechos de propiedad y de libre empresa reconocidos en los artículos 33 y 38 de la Constitución.
>
> No cabe apreciar vulneración del derecho de propiedad que reconoce el art. 33 de la Constitución, pues las facultades de este derecho se ejercen dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley o, en virtud de ella, por los planes de ordenación con arreglo a la clasificación urbanística de los predios, como señalaba el art. 76 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado su Texto Refundido por RD 1346/1976, de 9 de abril. Por ello las determinaciones establecidas en los planes urbanísticos no suponen una vulneración del art. 33 de la Constitución, pues este artículo en su párrafo segundo establece que la función social de este derecho delimitará su contenido de acuerdo con las Leyes, dando lugar las previsiones del planeamiento «a una intensa regulación de la propiedad privada, dibujada así con rango reglamentario», como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1994 (Ar. 5339) , pero esto se efectúa -como continúa diciendo esa sentencia- en virtud de la habilitación establecida en la Ley del Suelo «con la expresa dicción del art. 33.2 de la Constitución».
>
> Tampoco puede prosperar la alegación concerniente a la vulneración de la libertad de empresa prevista en el art. 38 de la Constitución, que no tiene un contenido tan absoluto como la actora pretende, ni es sinónimo a «economía de libre empresa», viniendo a referirse, como tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras en sus sentencias de 23 de abril de 1986 (Ar. 1764) y 30 de octubre de 1987 (Ar. 9204) , a «un sistema económico a implantar dentro del cual la libertad empresarial es un factor importante, pero no el único, de suerte que la libertad de empresa aparece matizada por limitaciones o exigencias de la economía general». El mismo Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, por todas la de 9 de julio de 1993 (RTC 1993, 227) , tiene declarado que «El propio artículo 38 de la Constitución (RCL 1978, 2836) limita la libertad de empresa con las exigencias de la economía general y de la planificación. Esta limitación encuentra su cauce en los artículos 128.1 y 33.2 de la Constitución (TC 83/1984 [RTC 1984, 83] y 37/1987 [RTC 1987, 37]). Las medidas de intervención que ejercen las administraciones públicas sobre la libre iniciativa privada se justifican en la necesidad de proteger otros derechos igualmente dignos de protección, como son los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 51), o el deber de atender al desarrollo y modernización de todos los sectores económicos (artículo 130.1), o la custodia de los recursos naturales (artículo 45.2), y la regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para evitar la especulación(artículo 47). Es claro, en consecuencia, que, de acuerdo con las Leyes corresponde a los poderes públicos competentes delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes. En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva tiene otra objetiva o institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, ejerciéndose dentro de un marco general configurado por las reglas que ordenan la economía de mercado y, entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos». Habiendo señalado la sentencia del mismo Tribunal Constitucional de 8 de marzo de 1993 (RTC 1993, 84) que «no hay un contenido esencial del derecho a la libertad de empresa para cada tipo de actividad empresa pues el derecho del artículo 38 de la Constitución no es el de acometer cualquier empresa, sino el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden». De donde se desprende la no existencia de un derecho absoluto a la libertad de empresa, sino más bien de un condicionamiento de tal derecho, no

[8] Cfr. BÉRTOLO CADENAS, Juan José, "Análisis de la Ley del Suelo de Galicia", *Revista de Derecho Urbanístico* nº 155, julio-agosto 1997, pág. 131.

sólo en el mismo plano constitucional, sino, con fundamento en la Constitución, en normas legales o reglamentarias que perfilen su ejercicio cuya legalidad vendrá dada por referencia a sus normas de cobertura.

La libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa.

CUARTO Descartada la alegación concerniente a la vulneración de los derechos de propiedad y libertad de empresa, abordaremos a continuación la cuestión referente a la elección del sistema de actuación. La Ley del Suelo de 1976 en lo atinente a la elección del sistema de actuación urbanística, estableció la preferencia de los sistemas de compensación y cooperación sobre el de expropiación «salvo cuando por razones de urgencia o necesidad exijan la expropiación» (art. 119.2 de la Ley del Suelo de 1976, precepto que, sin embargo la jurisprudencia venía interpretando en un sentido amplio permitiendo que la Administración justificase adecuadamente las especiales circunstancias, medios económicos y financieros que justificase la elección del sistema de expropiación. Con la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo, se suprimen los criterios preferentes en la elección del sistema de actuación y, por tanto, la subsidiariedad en la elección del sistema de expropiación estableciéndose en el art. 40 que «las unidades de ejecución se desarrollarán por el sistema de actuación que la Administración ella en cada caso». Esta libertad de elección del sistema de actuación se mantuvo en el art. 148 de la Ley del Suelo de 1992, posteriormente declarado inconstitucional por razones competenciales por la S.TC. 61/1997, de 20 de marzo. Así, llegamos a la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid, aplicable al caso que nos ocupa. El art. 80.2 de la citada Ley prevé que la Administración actuante pueda optar por cualquiera de los sistemas de actuación legalmente previstos «en función de una adecuada ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso y, en particular, los objetivos a alcanzar con la actuación, las necesidades colectivas que ésta deba cubrir o satisfacer, los medios económicos disponibles y la capacidad de gestión de la Administración»".

El TRLS tampoco establece una clara prelación, en cuanto hace referencia a "la actividad de ejecución de la urbanización [privada] cuando ésta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente". Parece dejar así en libertad a la legislación competente, la autonómica, para determinar cuándo proceda la ejecución pública y cuándo la privada, aunque parezca conferir un cierto favor a la ejecución pública (pues la privada sólo procede cuando no deba seguirse la pública, si bien cabría decir también lo contrario: la pública sólo procede cuando no deba seguirse la privada). En rigor, dadas las competencias autonómicas, tal previsión no debe entenderse siquiera como una paridad entre ambos sistemas. Son las legislaciones autonómicas las que podrán mantener tal paridad, como es el caso de Madrid, antes citado, o dar preferencia a unos o uno de ellos.

Es más, a nuestro juicio, entendemos que cabe plantear una cierta prevalencia de la ejecución privada, como menor limitación del derecho de propiedad consagrado por el artículo 33 de la Constitución. Así, en nuestra opinión, la ejecución de los planes urbanísticos mediante el sistema de expropiación debería tener un carácter claramente restrictivo, por la propia restricción o limitación del derecho de propiedad que entraña, la cual, si bien reconocida constitucionalmente (art. 33.3) debe ser interpretada restrictivamente, como limitación de un derecho constitucional, pues la preexistencia del referido derecho constitucional impone una interpretación legal en el sentido de la mayor efectividad del mismo y, por tanto, una interpretación restrictiva de sus límites, como pueda ser la expropiación forzosa, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en relación con otros derechos fundamentales (SSTC 19/1999, de 22 de febrero, y 136/1999, de 20 de julio).

Como nos ilustra la exposición de motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LAP), "la autotutela de la Administración Pública, potestad que permite articular los medios de ejecución que garanticen la eficacia de la actividad administrativa, queda en todo caso subordinada a los límites constitucionales, debiendo adoptarse los medios precisos para la ejecución, de modo que se restrinja al mínimo la libertad individual y de acuerdo con el principio de proporcionalidad"; y, en este sentido, su artículo 96.1 establece que deberá respetarse el principio de proporcionalidad y se elegirá el medio admisible menos restrictivo para la libertad individual, como había propuesto la doctrina.

Sin embargo, como hemos anticipado, el TRLS, aun cuando aparentemente respete la opción del legislador autonómico entre ejecución pública y ejecución privada, confiere un discutible carácter excepcional a la ejecución privada reservada a los propietarios (art. 6 a)), si bien no se establecen límites a la aplicación de

tal excepción, por lo que, en suma, entendemos que sigue correspondiendo a la legislación urbanística (autonómica) determinar la elección del sistema (sin perjuicio de defender, asimismo, que dicha elección debiera ser siempre cuanto menos restrictiva del derecho de propiedad mejor) y, por ello, la expropiación debería tener un cierto carácter subsidiario o excepcional.

A ello cabe añadir que, a falta de normativa autonómica que otra cosa disponga, la STC 61/1997 determinó que recobraee su vigencia, como norma supletoria, el art. 119.3 LS 1976, conforme al cual se prevé que el 60% de los propietarios insten la aplicación del sistema de compensación.

3. EFICACIA EXPROPIATORIA DE LOS PLANES URBANÍSTICOS

3.1. Declaración implícita de utilidad pública y necesidad de ocupación.

El art. 29.2 TRLS ordena que "la aprobación de los instrumentos de la ordenación territorial y urbanística que determine su legislación reguladora conllevará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes, cuando dichos instrumentos habiliten para su ejecución y ésta deba producirse por expropiación".

Frente a la norma anterior (art. 33 LSV) destaca el empleo de la expresión "instrumentos de la ordenación territorial y urbanística que determine su legislación reguladora", en lugar de "planes de ordenación urbana" y "delimitaciones de ámbitos de gestión a desarrollar por expropiación", si bien, como veremos, son precisamente los planes urbanísticos los instrumentos respecto de los cuales la normativa autonómica predica esta legitimación. Y, por supuesto, es preciso que los correspondientes instrumentos habiliten para su ejecución y debe procederse por expropiación.

En la legislación urbanística, sin ánimo exhaustivo, se consagran estas declaraciones implícitas de utilidad pública y necesidad de ocupación referidas a la aprobación de los distintos planes urbanísticos, por ejemplo, en el art. 42 de la Ley de ordenación del territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, de 4 de junio de 1998, el art. 64 e) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001, el art. 103 de la Ley catalana de Urbanismo, Texto Refundido de 26 de julio de 2005, o el art. 109 de la Ley Urbanística de Valencia, de 30 de diciembre de 2005.

No obstante, si el plan no contiene una relación de los bienes y derechos concretos afectados por la expropiación, el expediente expropiatorio propiamente dicho no comenzará hasta que se aprueba esa relación (Cfr. art. 17 LEF). Así, conforme al art. 135 de la LS 1976 y, en su desarrollo, el art. 199 del supletorio Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 (RGU), en la ejecución del planeamiento por el sistema de expropiación, la delimitación de los polígonos o unidades de actuación debe ir acompañada de la relación de bienes y derechos, y si no se actúa por polígonos o unidades de actuación completos, debe aprobarse expresamente una relación de bienes y derechos; y tales relaciones han de someterse a un trámite de información pública por plazo de quince días. Cfr. también art. 117.2 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001, a cuyo tenor "la delimitación de unidades de ejecución a realizar por el sistema de expropiación deberá ir acompañada de una relación de propietarios y una descripción de bienes y derechos, redactadas con arreglo a lo dispuesto en la legislación de expropiación forzosa y conforme a los datos que resulten de los registros públicos". Por su parte, la Ley catalana del Urbanismo, Texto Refundido de 26 de julio de 2005, ordena, en su art. 146, que la delimitación de los sectores o polígonos debe ir acompañada de una relación de propietarios y una descripción de los bienes y derechos afectados, de acuerdo con la legislación de expropiación forzosa; y su art. 106, para las actuaciones urbanísticas aisladas, esto es, cuando no se aplica la expropiación forzosa por polígonos o sectores completos, previene que "el organismo expropiador debe aprobar, en todo caso, la relación de propietarios y de bienes y derechos afectados". Asimismo, el art. 114 del Reglamento canario de Gestión y Ejecución del Sistema de Planeamiento de Canarias, de 21 de diciembre de 2004, prevé que, en las unidades de ejecución a gestionar mediante expropiación, la relación de bienes y derechos se apruebe al delimitarlas.

En cualquier caso, conviene resaltar que el carácter implícito de la declaración de utilidad pública o interés social dispensa al plan de cualquier declaración explícita, de modo que, como precisa la Sentencia de 28 de mayo de 1997 (Ar. 3949), "las actuaciones previstas en los planes urbanísticos no necesitan, a efectos de la legitimación de las expropiaciones necesarias, ninguna declaración expresa y específica de utilidad pública o interés social".

Es más, como señala la Sentencia de 13 de diciembre de 1991 (Ar. 357/1992), el planificador urbano goza de una discrecionalidad técnica no enteramente enjuiciable jurisdiccionalmente sino en cuanto exista "un

desacomodamiento a lo legal o reglamentariamente establecido, una desviación de poder o una arbitrariedad o irracionalidad de la solución propuesta por el plan, ya que en lo demás goza aquél de una total libertad para elegir la forma en que el territorio ha de quedar ordenado, razón por la que se impone para desechar ésta la presencia de una argumentación o prueba que demuestre la excepción", por lo que no es el plan el que debe justificar el criterio adoptado, que este criterio es el que responde a la utilidad pública o interés social.

En cuanto al problema de qué plan legitima la expropiación, el TRLS defiere la cuestión a la legislación urbanística.

Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio, la Ley estatal "no exige ninguna clase específica de plan urbanístico; presume, sólo, la existencia del planeamiento suficiente para el disfrute del derecho de propiedad urbana. Cuál sea el tipo de acto jurídico que contenga ese planeamiento, cómo se denomine y cuál sea su contenido, son decisiones urbanísticas que corresponden a cada Comunidad Autónoma", en virtud de la competencia de las Comunidades en materia urbanística. Y, en línea con la doctrina del propio Tribunal, relativa a la competencia de las Comunidades Autónomas para la fijación de las causas o fines expropiatorios, añade que el art. 33 LSV (como ahora el art. 29.2 TRLS) "no contiene ningún fin expropiatorio sino la selección de un acto jurídico (la aprobación del plan) donde se pueden fijar fines expropiatorios. Es ésta una norma de procedimiento expropiatorio que se limita a expresar para el concreto ámbito urbanístico, una norma de procedimiento expropiatorio general contenida en el art. 10 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa: la declaración de utilidad pública, como requisito procedimental previo a la expropiación forzosa, se entiende implícita en los planes de obras y servicios".

Según CHINCHILLA PEINADO[9], si bien "el Tribunal Supremo ha admitido, Sentencias entre otras, de 17 de junio de 1985 (Ar. 4130) y de 24 de octubre de 1983 (Ar. 4946), la posibilidad de que la legitimación de la ejecución de un sistema general y, por ende y en su caso, de la expropiación para su gestión, se realice por el propio Plan General. Ello ocurre únicamente en el supuesto en que el Plan General contenga una previsión detallada del sistema general, que haga innecesaria la aprobación de un planeamiento de desarrollo". Así, según la Sentencia de 6 de marzo de 2001 (Ar. 1379), carece de legitimación expropiatoria el proyecto de urbanización respecto de un sistema general carente de determinación en el plan general y huérfano del necesario planeamiento de desarrollo. Y la Sentencia de 30 de enero de 2007 (Ar. 330) niega eficacia legitimadora de la expropiación al plan general en cuanto falta en él la debida determinación de la necesidad de ocupación de los bienes, sin que baste lo haya efectuado un documento de ejecución o urbanización concreto, siendo necesario que conste esta determinación, al menos, en un plan especial.

Cabe citar también las Sentencias de 13 de febrero de 1988 (Ar. 9780), 26 de julio de 1990 (Ar. 5906), 22 de enero de 2000 (Ar. 910) y 6 de marzo de 2001 (Ar. 1379), así como la de 13 de octubre de 2006 (Ar. 9607) que admite la legitimación expropiatoria de un plan especial de reforma interior para cambiar el sistema de ejecución a la expropiación forzosa.

3.2. Validez y eficacia del plan: necesaria publicación y consecuencia de su nulidad.

Por supuesto, para que el plan despliegue su eficacia legitimadora de las expropiaciones, como para sus demás efectos, es necesario no sólo que esté aprobado definitivamente, sino también que haya sido publicado oficial y completamente su contenido normativo y haya transcurrido el plazo que en su caso corresponda para su entrada en vigor. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1.990 (Ar. 1.324) y 1 de diciembre de 1.992 (Ar. 9.737) indican que "va de suyo que esta ordenación ha de estar vigente, lo que dada la naturaleza normativa de los planes exige no sólo que haya culminado su tramitación a través de la aprobación definitiva sino que se haya producido su publicación, arts. 9.3 de la Constitución, 45 y 46 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y hoy muy especialmente 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. En este sentido se ha producido una muy frondosa jurisprudencia: Ss. 19 de enero de 1.987 (Ar. 1.778), 8 de julio, 22 de septiembre, 16 de octubre (Ar. 5.592, 6.609, 7.368 y 8.186) y 13 de noviembre de 1.989, 29 de enero de 1.990 (Ar. 356), etc." Ello viene ratificado por la redacción del citado art. 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local conferida por Ley de 30 de diciembre de 1994, para los casos en que la aprobación definitiva corresponda a la corporación local (y no a la Comunidad Autónoma).

[9] "Ejecución del planeamiento: expropiaciones urbanísticas: implicaciones. Valoraciones", *Revista de Derecho Urbanístico* nº 154, págs. 21 y 22.

Tradicionalmente, sólo el acuerdo de aprobación definitiva de los planes de urbanismo se publicaba en los periódicos oficiales. Las normas que contenían y el resto de su contenido (p.ej. planos) quedaban a disposición del público pero no eran objeto de publicación oficial. En este sentido, el art. 44 de la LS 1976 disponía que "los acuerdos... se publicarán en el Boletín Oficial del Estado o en el de la respectiva provincia" y el art. 56 de la propia Ley otorgaba ejecutividad al plan "una vez publicada su aprobación definitiva".

Evidentemente, tal modo de operar vulneraba el principio de publicidad de las normas que, como base del Estado de Derecho, garantiza el art. 9.3 de nuestra Constitución, principio recogido también en el art. 2.1 del Código Civil y el art. 52.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

En particular, el art. 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1.985, redactado actualmente por la Ley de 30 de diciembre de 1994, dispone que "las ordenanzas, incluido el articulado de las normas de los planes urbanísticos así como los acuerdos correspondientes a estos cuya aprobación definitiva competa a los entes locales, se publican en el Boletín Oficial de la Provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido ..." el plazo correspondiente, estando disponibles para los ciudadanos copias completas de los planes.

Desde luego, la misma regla había de aplicarse a los planes cuya aprobación definitiva correspondiese a una Administración supralocal (como la autonómica), más por las normas antes expuestas que, estrictamente, por la legislación de régimen local. En este sentido, se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de octubre de 1988 (Ar. 7846), aunque el mismo tribunal llegó a mantener que la publicación no era aplicable en estos casos (STS 24-1-1989, Ar. 431).

Finalmente, la tesis de que las normas de todos los planes, como normas que son, deben ser publicadas ha encontrado eco no sólo en la doctrina [10] sino también en la jurisprudencia, en, entre otras, las Sentencias de 10 de abril de 1990 (Ar. 3593) y 11 de julio y 22 de octubre de 1991 (Ar. 6352 y 8375).

La falta de publicación del plan determina su ineficacia, con repercusión en las disposiciones o actos de la Administración que se funden en el plan ineficaz por falta de publicación. En este sentido, SÁNCHEZ GOYANES [11] pone de manifiesto que la ineficacia del plan, por falta de publicación, puede tener repercusiones en las licencias otorgadas o denegadas al amparo de dicho plan y el planeamiento de desarrollo u otras resoluciones, como proyectos de expropiación, que puedan haberse aprobado de acuerdo con aquél.

4. PROCEDIMIENTO: EXAMEN ESPECIAL DE LA TASACIÓN CONJUNTA.

4.1. Procedimientos aplicables: regulación

La Ley del Suelo, Texto Refundido de 26 de junio de 1992, preveía, junto al procedimiento expropiatorio general, que denominaba de expropiación individual y que es el más frecuente, un procedimiento de tasación conjunta, que podría seguirse en todas las expropiaciones derivadas de la aplicación de la legislación urbanística (arts. 218 y ss.). La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1997 (Ar. 5382) anuló su art. 219, pero el motivo es que refundía normas reglamentarias que no pueden ser elevadas a rango de ley de esta forma, por lo que subsisten, con su rango reglamentario, los arts. 202 y ss. del Reglamento de Gestión Urbanística, de 25 de agosto de 1978 (RGU), así como, con carácter supletorio de la legislación autonómica, el art. 138 LS 1976.

Por su parte, el TRLS, al igual que la precedente LSV, prevé el procedimiento de tasación conjunta, junto con el ordinario, en su art. 29.3, limitándose a decir que “el justiprecio… se fijará… mediante expediente

[10] Cfr. RODRÍGUEZ DRINCOURT, Juan, “La obligatoriedad de publicar íntegramente las normas urbanísticas de los planes generales en el Boletín Oficial de la Provincia”, *Revista de Administración Pública* nº 121, págs. 281 y ss.; COLOM PASTOR, Bartolomé, en “Las normas de los planes urbanísticos se deben publicar*”, Revista Española de Derecho Administrativo* nº 67, y en “De nuevo sobre la publicidad de las normas de los planes urbanísticos”, *Revista de Administración Pública* nº 129; GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, en “La publicación de las normas de los planes de urbanismo en los Boletines de la Provincia como condición de eficacia”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 75, págs. 423 y ss.; y LLISET BORRELL, Francisco, “La publicidad de las normas de los planes urbanísticos, cuestión no resuelta”, *Revista de Derecho Urbanístico* nº 142, págs. 97-112.

[11] “Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos. Segunda parte: La falta de publicación de los planes y sus efectos”, *Revista de Derecho de Derecho Urbanístico* nº 162, junio 1998, págs. 11 y ss.

individualizado o por el procedimiento de tasación conjunta", procedimiento que no se regula pues es un procedimiento urbanístico, según la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que tiene establecida el Tribunal Constitucional en sus Sentencias, entre otras, 61/1997 y 164/2001 (por más que, a nuestro juicio, el Estado debería poder regular como procedimiento común el de tasación conjunta).

Así, por ejemplo, el art. 123 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001 (LSCM) dispone que "para la expropiación podrá aplicarse tanto el procedimiento individualizado como el de tasación conjunta, conforme a la legislación de expropiación forzosa".

Habrá que estar, por tanto, a la legislación urbanística aplicable, teniendo en cuenta que, de considerarse la supletoria LS 1976, la tasación conjunta puede aplicarse en la expropiación de un polígono o unidad de actuación pero no para actuaciones aisladas (STS 22-11-2006, Ar. 7174).

4.2. Especialidades procedimentales de la tasación conjunta

El art. 38 LSV, relativo a la aplicación al procedimiento de tasación conjunta de la declaración de urgente ocupación, fue declarado inconstitucional por la Sentencia 164/2001, de 11 de julio, por entender que "la declaración implícita de urgente ocupación (por medio de la aprobación del procedimiento de tasación conjunta) constituye una regulación procedimental específica para las expropiaciones urbanísticas que, por no tener carácter mínimo o principal, ni ser expresión de una garantía expropiatoria general, queda fuera de la competencia estatal sobre legislación de expropiación forzosa".

No obstante, la declaración de urgencia para el procedimiento de tasación conjunta viene prevista por los supletorios arts. 138 in fine LS 1976 y 203.1 RGU, lo que da por supuesto, por ejemplo, el art. 139 LSCM, al prever la declaración explícita de urgencia únicamente para el procedimiento ordinario. En esta línea, el art. 107 e) de la Ley catalana del Urbanismo, Texto Refundido de 26 de julio de 2005, dispone que "la aprobación definitiva del proyecto de tasación conjunta supone la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes o derechos afectados. En consecuencia, el pago o depósito del importe de la valoración establecida en el proyecto de tasación conjunta habilita para proceder a ocupar la finca, sin perjuicio de la valoración por parte del Jurado de Expropiación de Cataluña, en su caso, y de la tramitación de los recursos que correspondan respecto al justiprecio".

Una diferencia importante con el procedimiento de la LEF radica en que, en el de tasación conjunta de la legislación urbanística, "si los interesados no formularen oposición a la valoración en el... plazo de veinte días, se entenderá aceptada la que se fijó en el acto aprobatorio del expediente, entendiéndose determinado el justiprecio definitivamente y de conformidad" (arts. 138.3º LS 1976 y 202.9 RGU).

En la misma línea, el art. 107 c) de la Ley urbanística de Cataluña dispone que la notificación de la aprobación definitiva del proyecto de expropiación, que debe notificarse individualmente, "debe advertir a los interesados que la falta de pronunciamiento en el plazo de los siguientes veinte días se considera como una aceptación de la valoración fijada, caso en el que se entiende que la valoración ha sido definitivamente determinada. Si los interesados, en dicho plazo, manifiestan por escrito su disconformidad con la valoración aprobada, la Administración debe transferir el expediente al Jurado de Expropiación de Cataluña, para que fije su valoración".

Añade el art. 30.2 TRLS que en el procedimiento de tasación conjunta, los errores no denunciados y justificados en la fase de información pública no darán lugar a la nulidad o reposición de actuaciones, conservando, no obstante, los interesados su derecho a ser indemnizados en la forma que corresponda.

Del precepto parece deducirse, a sensu contrario, que, en el procedimiento de tasación individual los errores no denunciados inicialmente sí pueden dar lugar a la nulidad o reposición de actuaciones en el momento de ser recurridos posteriormente los acuerdos correspondientes, pero, según LÓPEZ-NIETO [12], "algunos autores han equiparado la interdicción de la retroacción de actuaciones en la tasación individual y en la tasación conjunta [13], mientras que otros opinan que la literalidad de los preceptos legales no permite

[12] LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*, Madrid, 1995, Ed. Bayer Hermanos, S.A., págs. 201 y 202.

[13] GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, Madrid, 1981, págs. 561 y 562.

ampliar la no retroacción al procedimiento de tasación individual" [14]. Nos parece más correcta esta segunda tesis.

5. OCUPACIÓN E INSCRIPCIÓN REGISTRAL.

El art. 31 TRLS regula la ocupación e inscripción en el Registro. Dice así:

> "1. El acta de ocupación para cada finca o bien afectado por el procedimiento expropiatorio será título inscribible, siempre que incorpore su descripción, su identificación conforme a la legislación hipotecaria, su referencia catastral y su representación gráfica mediante un sistema de coordenadas y que se acompañe del acta de pago o justificante de la consignación del precio correspondiente.
>
> A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la referencia catastral y la representación gráfica podrán ser sustituidas por una certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble de que se trate.
>
> La superficie objeto de la actuación se inscribirá como una o varias fincas registrales, sin que sea obstáculo para ello la falta de inmatriculación de alguna de estas fincas. En las fincas afectadas y a continuación de la nota a que se refiere la legislación hipotecaria sobre asientos derivados de procedimientos de expropiación forzosa, se extenderá otra en la que se identificará la porción expropiada si la actuación no afectase a la totalidad de la finca.
>
> 2. Si al proceder a la inscripción surgiesen dudas fundadas sobre la existencia, dentro de la superficie ocupada, de alguna finca registral no tenida en cuenta en el procedimiento expropiatorio, se pondrá tal circunstancia en conocimiento de la Administración competente, sin perjuicio de practicarse la inscripción".

Como puede comprobarse, el precepto, muy semejante al precedente art. 39 LSV, viene a coincidir, en lo sustancial, con el art. 53 LEF. Lo lógico sería reformar la LEF, introduciendo las mejoras y aclaraciones que el TRLS contiene, pues realmente no son específicamente urbanísticas.

Por otra parte, es de resaltar, como advierte GONZÁLEZ PÉREZ[15], que en la inscripción derivada de la expropiación forzosa "la función calificadora aparece enormemente limitada. Porque los poderes públicos muestran una tendencia innata a escapar de todo control. En cuanto pueden, invocan el consabido tema de la necesaria agilidad ... Ante esta realidad incuestionable es preferible reducir el ámbito de los controles a que éstos sean totalmente eliminados ... Pero lo que en modo alguno puede admitirse es llegar a concesiones de tal entidad que desnaturalicen los principios fundamentales".

Por lo demás, el art. 31.3 TRLS ordena que "los actos administrativos de constitución, modificación o extinción forzosa de servidumbres serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, en la forma prevista para las actas de expropiación". En realidad estamos ante una aclaración de la que podría prescindirse, pues la imposición forzosa de servidumbres es una expropiación forzosa (art. 1 LEF), luego, en principio, se le aplican las normas generales de la expropiación forzosa.

6. VALORACIÓN DEL SUELO RURAL

A tenor del art. 23.1 TRLS, "cuando el suelo sea rural a los efectos de esta Ley: a) Los terrenos se tasarán mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento de la práctica de la valoración. La renta potencial se calculará atendiendo al rendimiento de la explotación de que sean susceptibles los terrenos conforme a la legislación que les sea aplicable, utilizando los medios técnicos normales para su producción. Incluirá, en su caso, como ingresos las subvenciones que, con carácter estable, se otorguen a los cultivos y aprovechamientos considerados para su cálculo y se descontarán los costes necesarios para la explotación considerada".

---

[14] LLISET BORRELL, Francisco*, Ley del Suelo. Comentarios al Texto Refundido de 1992*, Ed. Abella, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 1993.

[15] Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, Ob. Cit., pág. 642.

Se vuelve así como método prioritario de valoración al de actualización o capitalización de rentas, método tradicional en la valoración del suelo rústico o no urbanizable, si bien la LSV de 1998 había antepuesto el método de comparación.

Efectivamente, para la valoración del suelo rústico se ha atendido generalmente al método de capitalización de rentas, reales o potenciales, que consiste en hacer equivaler el valor de la propiedad o titularidad de un bien al importe neto de las rentas obtenidas, u obtenibles, en cierto número de años.

Éste era el método de determinación del justiprecio de fincas sin valor urbanístico, a través del llamado valor inicial, en la legislación anterior a la LSV de 1998, que se remitía expresamente a la normativa catastral (arts. 107 de la Ley del Suelo de 1976, 66 de la Ley 8/1990, 48 y 49 el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, y 68.2 de la Ley de Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988).

Este mismo método fue recogido en la LSV de 1998, aunque sin remisión a la normativa catastral y, sobre todo, con carácter subsidiario al método de comparación (art. 26).

Como hemos avanzado, el TRLS (y antes la LS de 2007) elimina el método de comparación para el suelo rústico. Lo hace, según su exposición de motivos, "porque muy pocas veces concurren los requisitos necesarios para asegurar su objetividad y la eliminación de elementos especulativos". Esto es, por su dificultad pero también, y no menos importante, por un criterio de contención de los justiprecios. No nos engañemos, el problema es aplicar un método de capitalización de rentas agrarias a suelos que no tienen un destino rústico, y la nueva Ley lo aplica incluso al suelo urbanizable delimitado o sectorizado (sin perjuicio del régimen de Derecho transitorio y el cómputo de los gastos realizados, conforme a los artículos 25 y 26) y hasta al suelo urbano no efectivamente urbanizado, lo que resulta extremadamente alejado de la realidad.

Por otro lado, quizá convendría haber recogido también el criterio subsidiario de la redacción original de la Ley de Haciendas Locales (el conjunto de factores técnico-agrarios y económicos y demás circunstancias que afecten a la finca), al que, a menudo, es preciso descender[16].

Entrando en el método de actualización o capitalización de rentas, debe subrayarse que las rentas a capitalizar pueden ser reales (efectivamente percibidas en razón de la explotación existente en la finca) o potenciales (como expresamente recoge el art. 23.1 a) TRLS), por lo que en las fincas que carezcan de explotación o estén subexplotadas deberán justipreciarse en función de las rentas que se podrían obtener con una explotación adecuada a las características de la finca.

La Ley aclara, además, que "la renta potencial se calculará atendiendo al rendimiento de la explotación de que sean susceptibles los terrenos conforme a la legislación que les sea aplicable, utilizando los medios técnicos normales para su producción". Esto es, atendiendo sólo a las rentas agrarias y asimiladas, no a la posible utilización urbanística, dada la limitación de usos del suelo rural (art. 13 TRLS), pues los terrenos se valoran como tales. Lo confirma y ratifica, asimismo, el segundo apartado del propio art. 23 LS, al precisar que "en ninguno de los casos previstos en el apartado anterior podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados".

Es cierto que el art. 23.1 a) in fine TRLS admite un cierto valor "agrourbano", al señalar que "el valor del suelo rural así obtenido podrá ser corregido al alza hasta un máximo del doble en función de factores objetivos de localización, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico, cuya aplicación y ponderación habrá de ser justificada en el correspondiente expediente de valoración, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan", pero le es aplicable la misma cautela expresada: no pueden considerarse expectativas de edificabilidad no plenamente realizadas (art. 23.2 LS), teniendo en cuenta que para la Ley la previsión de edificabilidad no integra el derecho de propiedad hasta la realización material de la edificación (art. 7.2).

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001 (Ar. 9179) entiende que estimar este valor agrourbano "no es aplicar expectativas urbanísticas en sentido estricto y propio, sino tomar en consideración el hecho de la proximidad a centro urbano para fijar un justiprecio que, en lo posible,

[16] P.ej. STS 15-1-2002 (Ar. 16) y 5-11-2002 (Ar. 10304), si bien, en este segundo caso, por la razón, que no compartimos, de que el tipo de interés para la capitalización de las rentas no hubiese sido fijado para la localidad en cuestión.

se aproxime al valor real"[17]. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de julio de 1995 (Rec. 1455/93 s. 1ª) declaró que "al tratarse de suelo con la clasificación de no urbanizable... no es posible, salvo en casos muy excepcionales entre los que no se encuentra el que nos ocupa, tomar en consideración rendimientos que tengan relación directa o indirecta con la posible utilización urbana de los terrenos. Cuestión distinta es tomar en consideración la cercanía de una finca con un gran núcleo de población o con importantes vías de comunicación a los efectos de la posible incidencia que estas circunstancias pudiesen tener para elevar el valor en venta en el mercado de la finca en cuestión, pero no las expectativas urbanísticas de un terreno que por su calificación en los instrumentos de planeamiento no tiene". La Sentencia del mismo Tribunal de 7 de octubre de 1998 (Rec. 1701/95 s. 4ª, RJCA 1998\3696) apunta que "en el informe recogido en el aludido recurso, que además ha sido aportado a otros muchos recursos de esta Sala, se destaca el valor agrourbano de las fincas superior al valor meramente agrícola, que no se rige únicamente por posibles rendimientos agrícolas o ganaderos sino que por lo general por estar situadas en zona de los alrededores de Madrid, que al igual que cualquier núcleo de población importante, son tomadas como inversiones de futuro, lo que condiciona el mercado al alza" (teniendo en cuenta, pues, algo distinto del puro valor de explotación agrícola por la mera facilidad de transporte)[18].

En cambio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006 (Ar. 8682) niega la consideración de expectativas sobre equipamientos ante la colindancia a una carretera que exigirían la redacción y aprobación de un plan especial que ni se ha intentado siquiera, pues nos encontramos ante la pretensión de valoración de una expectativa de reclasificación más que ante la pura cercanía a líneas de transporte.

Además, la valoración "incluirá, en su caso, como ingresos las subvenciones que, con carácter estable, se otorguen a los cultivos y aprovechamientos considerados para su cálculo [que muchas veces permiten que haya renta neta, pues sin ellas la explotación sería ruinosa] y se descontarán los costes necesarios para la explotación considerada", pues se trata de un renta neta y no bruta.

Aclarado todo lo expuesto y siguiendo a LÓPEZ PELLICER [19], al aplicar el método de capitalización de rentas, el valor del suelo (Vs) ha de calcularse capitalizando la renta, real o potencial, de la tierra (Rt), al tipo de interés reglamentario (ti), por lo que en definitiva:

$$Vs = Rt \times 100 / ti$$

La renta de la tierra (Rt), a estos efectos, será una renta neta, esto es, habrá que deducir del rendimiento o producto bruto de la finca, sea real o potencial (Pb), el importe de los gastos de mano de obra, medios materiales, mecánicos, generales de explotación, etc. (g), así como el beneficio o renta del cultivador o empresario (b), de suerte que podemos desglosar la fórmula del modo siguiente:

$$Vs = (Pb - g - b) \times 100 / ti$$

Nótese que cuanto mayor sea el tipo de interés menor será el resultado, al actuar como divisor. Si aplicamos un 3% multiplicamos la renta neta por 33'33 años, si el 4 multiplicamos por 25, si el 5 por 20, etc.

La disposición adicional séptima del TRLS contiene, a este respecto, ciertas "reglas para la capitalización de rentas en el suelo rural". Dice, así, en primer lugar, que "para la capitalización de la renta anual real o potencial de la explotación a que se refiere el apartado 1 del artículo 23, se utilizará como tipo de capitalización la última referencia publicada por el Banco de España del rendimiento de la deuda pública del

[17] Cfr. también STS 12-12-2002 (Ar. 35/2003) y la más reciente STS 30-3-2006 (Ar. 6744), que reconoce que la finca rústica próxima a núcleo urbano no puede tener el mismo valor que fincas situadas a varios kilómetros del casco urbano. Cfr. asimismo CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio, "La problemática incorporación de expectativas urbanísticas en la determinación del valor de terrenos clasificados como suelo no urbanizable o urbanizable no sectorizado. La (hasta el momento irreductible) tensión entre el legislador y los tribunales", en *Revista de Derecho Urbanístico*, número 208 (2004), págs. 247 a 324.

[18] En semejante línea cabe citar las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de abril de 2003, de 21 de mayo de 2002 o de 16 de marzo de 2001; y las del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 8 de abril y de 14 de marzo de 2002.

[19] Ob. Cit., págs. 135 y 136.

Estado en mercados secundarios a tres años". A ello añade que "en la Ley de Presupuestos Generales del Estado se podrá modificar el tipo de capitalización establecido en el apartado anterior y fijar valores mínimos según tipos de cultivos y aprovechamientos de la tierra, cuando la evolución observada en los precios del suelo o en los tipos de interés arriesgue alejar de forma significativa el resultado de las valoraciones respecto de los precios de mercado del suelo rural sin consideración de expectativas urbanísticas". Esto es, si bien en principio el tipo de interés será el de la deuda pública en ciertas condiciones, si su aplicación supone un riesgo de alejamiento del mercado (eso sí, del suelo rural y sin consideración a expectativas urbanísticas) pueden fijarse tipos de actualización (inferiores, para dar resultados superiores) o incluso fijar valores mínimos para determinados cultivos (p.ej. decir que los terrenos de cereal de secano deben pagarse al menos a 5 /m2).

Además, el art. 33 de la Orden 805/2003, a la que se remite supletoriamente el TRLS, establece una fórmula distinta a la antes expuesta y pensada más para terrenos edificados que para predios agrícolas:

$$VA= j\ E_j/(1+i)^{tj} - j\ S_k/\ (1+i)^{tk} + \text{valor de reversión}/(1+j)^n$$

En ella, "VA" es el valor actual, "E_j" el importe de los cobros imputables al inmueble en el momento J, "S_k" es el importe de los pagos previstos en el momento K,"^{tj}" es el número de periodos de tiempo que debe transcurrir desde el momento de la valoración hasta que se produzca el correspondiente E_j,"^{tk}" es el número de periodos de tiempo desde el momento de la valoración hasta que se produzca el correspondiente S_k, "i" el tipo de actualización elegido correspondiente a la duración de cada uno de los periodos de tiempo considerados, "n" el número de periodos de tiempo desde la tasación hasta el final del periodo de estimación de los ingresos esperados, y el "valor de reversión" es el valor del terreno al final de su vida útil (si bien se refiere más bien a terrenos edificados y a la vida útil de estos).

Por lo demás, hay que apuntar que el valor, así determinado, del suelo rural incluye sus distintos aprovechamientos, de forma que no procede indemnizar el posible aprovechamiento cinegético y piscícola de la finca expropiada en ausencia de una explotación específica y resultar de la simple realidad física de la misma, que no comporta un bien especial indemnizable (STS 5-10-2002, Ar. 9800). Al contrario, sí procedería indemnizar, por ejemplo, la pérdida de un coto de caza en explotación.

Y, por otro lado, deben también indemnizarse las edificaciones, construcciones, instalaciones y plantaciones en los términos señalados en las letras b) y c) del art. 23.1 TRLS.

7. INDEMNIZACIÓN DE LA FACULTAD DE PARTICIPAR EN ACTUACIONES DE NUEVA URBANIZACIÓN.

7.1 Planteamiento

Los arts. 25 y 26 del TRLS regulan, según sus rúbricas, la indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización y la indemnización de la iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización o de edificación. Con ello, como reconoce la exposición de motivos de la Ley, se "contribuye a un tratamiento más ponderado de la situación en que se encuentran aquéllos" terrenos, particularmente los valorados como suelo rural.

Tales indemnizaciones son aplicables no sólo en caso de expropiación sino también, desde luego, a los supuestos de responsabilidad patrimonial, pues están incluidos en el título III, de las valoraciones, aplicable tanto a la expropiación y ventas forzosas como a la responsabilidad patrimonial, así como, de forma, supletoria, a los procesos de equidistribución.

Pero téngase en cuenta que no son supuestos indemnizatorios sino reglas valorativas, esto es, deben partir de una expropiación o de un supuesto de responsabilidad patrimonial.

Nos referiremos ahora al primer supuesto (art. 25), dejando el comentario al art. 26 para el epígrafe siguiente, en cuanto se refiere ya a terrenos en curso de urbanización, aunque calificados como rurales.

En particular, estas indemnizaciones, que parten de que se impida el ejercicio de esta facultad o se alteren las condiciones de su ejercicio modificando los usos del suelo o reduciendo la edificabilidad (art. 25.1 b) TRLS), será aplicable al supuesto de la letra a) del art. 35 TRLS, como supuesto indemnizatorio relativo a una alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios, así como el supuesto de la letra b) del mismo artículo, por vinculaciones o limitaciones singulares que conlleven restricción de edificabilidad o uso, no susceptible de redistribución.

Pero también es aplicable en materia expropiatoria, como indemnización adicional al valor del terreno como rural, cuando se cumplan sus requisitos.

7.2 Requisitos

Pues bien, conforme al art. 25.1 LS, "procederá valorar la facultad de participar en la ejecución de una actuación de nueva urbanización cuando concurran los siguientes requisitos":

> "a) Que los terrenos hayan sido incluidos en la delimitación del ámbito de la actuación y se den los requisitos exigidos para iniciarla o para expropiar el suelo correspondiente, de conformidad con la legislación en la materia".

Es preciso así que exista una actuación ya delimitada (ámbito, sector, polígono, etc.), lo que en la legislación vigente a la entrada en vigor del TRLS supone, al menos, un suelo urbanizable delimitado o sectorizado. Y, además, que se den los requisitos necesarios para iniciar la actuación (o expropiar el suelo).

Según el art. 14.2 TRLS, "a los solos efectos de lo dispuesto en esta Ley, las actuaciones de urbanización se entienden iniciadas en el momento en que, una vez aprobados y eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución que requiera la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para legitimar las obras de urbanización, empiece la ejecución material de éstas". Esto es, no sólo exige plan general, plan de sectorización en su caso, plan parcial, reparcelación cuando proceda y proyecto de urbanización sino también la iniciación de las obras en su sentido físico o material. De forma que, si entendemos que el inicio de la actuación a los efectos del art. 25 es el referido en el art. 14.2, la indemnización exigiría todos los pasos expuestos salvo el inicio de las obras, regla que, sin embargo, nos parece excesiva (pues dejaría sin indemnizar supuestos bien cercanos, p.ej. a la espera únicamente de la aprobación definitiva del proyecto de urbanización, con una diferencia que no parece justifique el distinto trato) y sería, por otro lado, de escasa aplicación, pues atendería únicamente a aquellos supuestos en que el inicio material de la actuación está plenamente autorizado pero no se ha producido todavía.

Por ello, entendemos que una interpretación lógica debe llevar a considerar que la actuación es susceptible de ser iniciada cuando, delimitado o sectorizado ya el ámbito correspondiente, concurra también la ordenación pormenorizada (que fija ya unos aprovechamientos concretos en el sector) y abre su ejecución, aunque ésta dependa todavía de algunas actuaciones jurídicas (como la designación o constitución del urbanizador, la reparcelación o el proyecto de urbanización). Esto es, cuando terminada la fase de planeamiento puede ya iniciarse la fase de ejecución o gestión del mismo. Dos fases claramente diferenciadas en la legislación urbanística, tanto en la legislación estatal aprobada en su día (Ley del Suelo de 1976 y, respectivamente, Reglamento de Planeamiento y Reglamento de Gestión) como en la vigente legislación autonómica.

De hecho, la propia LS contempla también como "dies a quo" el momento en que el suelo pueda ser expropiado, lo que la Ley no concreta. El art. 29.2 de la LS recoge la tradicional declaración implícita de utilidad pública y necesidad de ocupación por la aprobación del planeamiento, por lo que "las actuaciones previstas en los planes urbanísticos no necesitan, a efectos de la legitimación de las expropiaciones necesarias, ninguna declaración expresa y específica de utilidad pública o interés social" (STS 28-5-1997, Ar. 3949). Es más, en principio, cualquier plan urbanístico goza de eficacia legitimadora, por lo que, con los requisitos que en cada caso correspondan, la eficacia legitimadora de las expropiaciones puede predicarse tanto de los planes parciales y los planes especiales como incluso, directamente, del plan general (Cfr. STS 17-6-1985, Ar. 4130, y 24-10-1983, Ar. 4946).

> "b) Que la disposición, el acto o el hecho que motiva la valoración impida el ejercicio de dicha facultad o altere las condiciones de su ejercicio modificando los usos del suelo o reduciendo su edificabilidad".

Aquí tendríamos, aparte de la expropiación forzosa y como ya hemos señalado, los supuestos indemnizatorios de las letras a) y b) del art. 35 TRLS.

> "c) Que la disposición, el acto o el hecho a que se refiere la letra anterior surtan efectos antes del inicio de la actuación y del vencimiento de los plazos establecidos para dicho ejercicio, o después si la ejecución no se hubiera llevado a cabo por causas imputables a la Administración".

En esta letra c) se exige que el motivo de la indemnización surta efectos antes del inicio de la actuación. Si la actuación ya está iniciada, no es que no proceda la indemnización sino que será la prevista en el art. 26.2, que luego examinaremos, y es notoriamente superior.

Asimismo, como en otras reglas (p.ej. art. 35 a) LS), si el plazo ha transcurrido por demora imputable a la Administración se asimila al supuesto de que el plazo todavía no haya vencido. A este respecto, la jurisprudencia es muy severa en la imputación de la demora a la Administración, de suerte que es preciso, para exigirla, que el propietario haya desarrollado las actuaciones oportunas (STS 15-2-1994, Ar. 1448; y 9-12-1997, Ar. 667). Más aún, se exige que el daño derive exclusivamente de la pasividad administrativa (STS 26-1-1993 y 25-5-1993, Ar. 451 y 3507) y que el administrado haya obrado diligentemente, incluso denunciando la demora de la Administración (STS 29-10-1991, Ar. 8182). A nuestro juicio, sin embargo, estas últimas exigencias se han de suavizar en línea con la evolución jurisprudencial relativa a la concurrencia de causas: una relativa "culpa de la víctima" puede moderar pero no debe excluir la responsabilidad de la Administración cuya acción u omisión esté causalmente enlazada con el daño (Cfr. STS 9-6-1998, Ar. 5177; 29-6-1999, Ar. 6332; 12-7-1999, Ar. 7150; y 3-10-2000, Ar. 7799).

> "d) Que la valoración no traiga causa del incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la facultad".

Con lo que quedan excluidos los supuestos de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad.

7.3. Indemnización.

De conformidad con el art. 25.2 LS, "La indemnización por impedir el ejercicio de la facultad de participar en la actuación o alterar sus condiciones será el resultado de aplicar el mismo porcentaje que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para la participación de la comunidad en las plusvalías de conformidad con lo previsto en la letra b) del apartado primero del artículo 16 de esta Ley:

> a) A la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando se impida el ejercicio de esta facultad.
>
> b) A la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando se alteren las condiciones de ejercicio de la facultad".

Esto es, se aplica el mismo porcentaje de participación de los Ayuntamientos en las plusvalías, porcentaje que el TRLS LS fija, como regla general, entre un 5 y un 15% (y que, en general, las Comunidades Autónomas tienen establecido en el tradicional 10%). Pero es una pura coincidencia, pues este porcentaje es aquí el que se abona al propietario que no puede continuar con el desarrollo del proceso urbanizador. Y por ser pura coincidencia (ya que nada tiene que ver la participación de la Comunidad en las plusvalías con la indemnización por la pérdida de la expectativa no del 10 sino del 90% de las plusvalías), se genera una cierta desigualdad en la determinación de estas indemnizaciones en función de las distintas Comunidades Autónomas que, si bien puede tener sentido en cuanto a un aspecto urbanístico como es el porcentaje de aprovechamiento a favor del Ayuntamiento (que no puede fijar de forma exacta el Estado según la STC 61/1997), no tiene igual sentido cuando hablamos de las garantías de la expropiación forzosa o el sistema común de responsabilidad de la Administración (que son claras competencias estatales al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución).

En cualquier caso, ese porcentaje se aplica bien al cien por cien de la diferencia entre el valor del suelo con la actuación terminada (determinado por el método residual o el de comparación, conforme al art. 24 LS para el suelo urbanizado) y el valor de origen (esto es, como rústico conforme al art. 23 LS), si se pierde completamente la facultad de promover la urbanización, sea por pérdida total de edificabilidad o cambio de sistema que deje fuera al interesado, o bien a la merma correspondiente cuando no hay pérdida total sino sólo restricción.

8. INDEMNIZACIÓN DE LA INICIATIVA Y LA PROMOCIÓN DE ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN O DE EDIFICACIÓN.

8.1 Gastos y costes a indemnizar.

El art. 26 TRLS regula, en su primer apartado, la indemnización de gastos y costes que deben indemnizarse por devenir inútiles, sea por expropiación o por algún supuesto de responsabilidad patrimonial (p.ej. supresión o reducción del aprovechamiento, cambio de uso, cambio del sistema de ejecución, etc.).

Esta regla no distingue según que la actuación esté iniciada o no (art. 25 y 26.2, respectivamente). Ni siquiera, a diferencia del art. 25, reclama que la actuación puede ser ya iniciada, aunque lógicamente los gastos y costes estarán en función del grado de desarrollo del proceso urbanístico.

Esta indemnización será aplicable al que la Ley denominado suelo rural, esto es, suelo que no ha sido urbanizado efectiva y legalmente (sea por estar preservado de la urbanización o por no haber alcanzado el umbral necesario para considerarse "urbanizado"). No tiene, en cambio mucho sentido para el suelo completamente urbanizado y valorado como tal de conformidad con el art. 24 TRLS en el que se valora la urbanización, por lo que podemos considerar que se trata de indemnizaciones relativas a actuaciones iniciadas o no pero en cualquier caso no concluidas. Aun así, la norma no distingue expresamente entre una y otra situación y no debe descartarse su aplicación en suelo urbanizado en cuanto a aquellos gastos relativos a la urbanización que no sean computados en la valoración del suelo por no haberse materializado todavía (porque el valor del suelo urbanizado parte de un valor del producto inmobiliario menor a causa de obras pendientes respecto de las cuales existan gastos ya realizados) así como respecto de gastos relativos al proceso de edificación de suelo urbanizado pero todavía no edificado completamente (en cuanto la indemnización cubre la pérdida de la promoción de actuaciones tanto de urbanización como de edificación).

Pues bien, el art. 26.1 TRLS dispone que "cuando devengan inútiles para quien haya incurrido en ellos por efecto de la disposición, del acto o del hecho que motive la valoración, los siguientes gastos y costes se tasarán por su importe incrementado por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo:

> a) Aquéllos en que se haya incurrido para la elaboración del proyecto o proyectos técnicos de los instrumentos de ordenación y ejecución que, conforme a la legislación de la ordenación territorial y urbanística, sean necesarios para legitimar una actuación de urbanización, de edificación, o de conservación o rehabilitación de la edificación.
>
> b) Los de las obras acometidas y los de financiación, gestión y promoción precisos para la ejecución de la actuación.
>
> c) Las indemnizaciones pagadas" (como las que deben abonarse a los titulares de derechos en el ámbito o sector que deban extinguirse).

El importe del gasto o coste se incrementa por dos conceptos empleados por la nueva Ley para valorar la anticipación de gastos (tasa libre de riesgo, como medida del riesgo sistemático, asociado al riesgo del mercado como un todo, siendo en el ámbito mundial la tasa libre de riesgo por excelencia la que ofrecen los bonos del tesoro de los Estados Unidos) y el riesgo en sí mismo de acometer un gasto sin tener seguridad de su resultado (prima de riesgo, que es la rentabilidad incremental que un inversor exige a una determinada inversión por encima de la renta fija sin riesgo, p.ej. bonos del tesoro). Tasas o primas que se supone vendrán desarrolladas reglamentariamente (disposición final segunda TRLS), pero que, entretanto, podrán determinarse conforme a la supletoria Orden del Ministerio de Economía 805/2003 (disposición transitoria tercera.3), de acuerdo con la cual la tasa o tipo libre de riesgo es el tipo de interés nominal adecuado al riesgo del proyecto de inversión y que atienda, en particular, a su volumen y grado de liquidez, a la tipología del inmueble, a sus características y ubicación y al riesgo previsible en la obtención de rentas, mientras que la prima de riesgo será determinada a partir de la información sobre promociones inmobiliarias de que se disponga, mediante la evaluación del riesgo de la promoción, teniendo en cuenta el tipo de activo inmobiliario, su ubicación, liquidez, plazos de ejecución así como el volumen de inversión necesario (arts. 32 y 38).

Esta indemnización por haber incurrido en gastos inservibles en el proceso urbanizador había sido ya admitida por la jurisprudencia (STS de 17-6-1989, Ar. 4770; y 19-6-1991, Ar. 5259), sobre la base de las reglas generales de la responsabilidad administrativa; y puede tener lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento o por acordarse la expropiación.

Así, en primer lugar, en caso de cambio de la ordenación (actual art. 35 a) LS), se han considerado indemnizables los gastos de preparación de los instrumentos urbanísticos, aun sin haber adquirido todavía el derecho al aprovechamiento, por el principio de buena fe y confianza legítima aplicables al supuesto del particular que colabora con la Administración y la exigencia de equilibrio de prestaciones (STS 16-5-2000, Ar. 5487), lo que no es aplicable a todos los propietarios sino sólo a los que hayan desarrollado ciertas actuaciones sobre la base de la confianza en el plan (STS 21-3-1989, Ar. 2257; 9-12-1997, Ar. 667; y 17-2-1998, Ar. 1677).

Asimismo son indemnizables los gastos llevados a cabo en ejecución de un planeamiento anulado (STS 27-9-1999, Ar. 7930).

Debe precisarse que la legislación vigente a diferencia de la precedente, no limita los gastos abonables por la Administración a los relativos al proceso urbanizador, pues incluye también los del subsiguiente proceso de edificación. Ahora bien, mientras que los gastos inservibles propios del proceso de urbanización constituyen un concepto indemnizable que será imputable desde luego a la Administración, los que se correspondan con el proceso edificatorio se indemnizarán en principio por el conjunto de los propietarios si el ámbito respectivo se desarrolla por un sistema de compensación o cooperación y sólo se abonarán por la Administración en caso de expropiación o, si existe equidistribución urbanística, en defecto de ésta.

En cualquier caso, los gastos en cuestión deberán justificarse suficientemente (STS 22-12-1992, Ar. 10411).

8.2. Indemnización en caso de actuaciones iniciadas.

A tenor del art. 26.2 TRLS, "Una vez iniciadas, las actuaciones de urbanización se valorarán en la forma prevista en el apartado anterior o en proporción al grado alcanzado en su ejecución, lo que sea superior, siempre que dicha ejecución se desarrolle de conformidad con los instrumentos que la legitimen y no se hayan incumplido los plazos en ellos establecidos. Para ello, al grado de ejecución se le asignará un valor entre 0 y 1, que se multiplicará:

> a) Por la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando la disposición, el acto o hecho que motiva la valoración impida su terminación.
>
> b) Por la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando sólo se alteren las condiciones de su ejecución, sin impedir su terminación.
>
> La indemnización obtenida por el método establecido en este apartado nunca será inferior a la establecida en el artículo anterior y se distribuirá proporcionalmente entre los adjudicatarios de parcelas resultantes de la actuación".

Esta indemnización, que puede ser muy importante, tiene como mínimo el abono de los gastos del proceso urbanizador conforme a la regla anteriormente expuesta (como se señala al principio del precepto) y, al mismo tiempo, la indemnización prevista para las actuaciones no iniciadas como se precisa en el último párrafo del art. 26.2, de suerte que, para las actuaciones ya iniciadas, se aplicará la valoración superior que resulte de la aplicación de los arts. 25, 26.1 ó 26.2.

El inconveniente es que, precisamente, se exige que la actuación se haya iniciado, se encuentre ya en fase de ejecución, planteándose si, por una interpretación sistemática (en una ley tan poco sistemática) con el art. 14.2 es necesario que las obras hayan comenzado físicamente[20]. Pues si es así habrá poco espacio para esta regla indemnizatoria: sólo sería aplicable a sectores en obras.

Por otro lado, una vez las actuaciones hayan concluido, con la recepción de la urbanización, el suelo se valorará como urbanizado (art. 234) y no tendrá mucho sentido el abono de una indemnización por la pérdida del valor urbanístico. Aquí menos que en el caso de los gastos a que se refiere el primer apartado del art. 26. Con todo, si el valor que arrojase esta regla fuera superior al resultante del art. 24, especialmente por lo que se refiere a la pérdida del proceso de edificación, podría acaso encontrarse algún supuesto para su aplicación.

Al igual que en el supuesto de actuaciones no iniciadas (art. 25), el porcentaje o coeficiente que se toma en consideración (en este caso en función del grado de ejecución) se aplica bien al cien por cien de la diferencia entre el valor del suelo con la actuación terminada y el valor de origen (si se pierde completamente la facultad de promover la urbanización, sea por pérdida total de edificabilidad o cambio de sistema que deje fuera al interesado) o bien a la merma correspondiente (cuando no hay pérdida total sino sólo restricción).

Pero aquí no es un 10%, ni un 5 ni un 15 ni un 25% sino un coeficiente establecido en función del grado de ejecución que podría llegar al 100% (si se aplica el 1 por ejecución completa), con lo que en este supuesto,

[20] Recordemos cómo esta cuestión (si la ejecución de la urbanización exige operaciones materiales o se inicia con operaciones jurídicas) ha sido también debatida en materia fiscal, habiendo prevalecido al final la exigencia de operaciones materiales (STS 19-4-2003, Ar. 4010); si bien se trata de reglas muy distintas, que obedecen a finalidades también distintas, por lo que no procede ninguna analogía, sólo poner de manifiesto que esta misma discusión se ha producido en otro ámbito.

aparentemente, se podría obtener el 100% de la plusvalía, apreciación que debe corregirse con deducción del aprovechamiento que corresponda al Ayuntamiento (conforme al art. 16 b) TRLS).

Por lo demás, también en este caso es preciso que la ejecución se haya desarrollado en los plazos establecidos (o pasados los mismos por demora imputable a la Administración) y, por supuesto, de conformidad con los instrumentos que la legitimen.

8.3. Reglas especiales.

La regla general consiste en el reparto de esta indemnización entre todos los propietarios, en función del principio de equidistribución. Pero existen, además, dos reglas especiales.

La primera es la relativa al supuesto que se produce "cuando el promotor de la actuación no sea retribuido mediante adjudicación de parcelas resultantes, [en cuyo caso] su indemnización se descontará de la de los propietarios y se calculará aplicando la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo a la parte dejada de percibir de la retribución que tuviere establecida" (art. 26.3 LS).

Esto es, si el "agente urbanizador" no es retribuido mediante parcelas, que retienen los propietarios, a estos se les debe descontar la indemnización de aquél. Y esta indemnización se calcula aplicando el coeficiente de ejecución a la retribución esperada (o la parte dejada de percibir si percibe otra parte) así como la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo, conceptos a los que ya hemos hecho referencia al tratar del cómputo de los gastos y costes de urbanización.

Por otro lado, "los propietarios del suelo que no estuviesen al día en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, serán indemnizados por los gastos y costes a que se refiere el apartado 1, que se tasarán en el importe efectivamente incurrido" (art. 26.4 LS).

Esto es, los incumplidores no perciben nunca la importante indemnización contemplada en el art. 26.2 LS. Con todo, entendemos que, a pesar de la literalidad del precepto, el incumplimiento debería ser sustancial. Un pequeño retraso en una ínfima cantidad no debería impedir el abono de dicha indemnización (con los descuentos que procedan), salvo que queramos incurrir en grave infracción del principio de proporcionalidad (p.ej. imaginemos a quien ha pagado tres millones de euros y lleva tres días de demora en el pago de una última derrama de trescientos euros).

Por otro lado, si los incumplidores sólo tienen derecho al resarcimiento de los gastos, en la parte en que los hayan cubierto, la indemnización de los demás propietarios sigue pudiendo ser el mayor de los siguientes valores: (i) el abono de los gastos sufragados, proporcionalmente, o (ii) el incremento de valor en los términos señalados y referidos a la propiedad de cada interesado, por lo que la exclusión de los incumplidores no les perjudica ni beneficia.

9. VALORACIÓN DEL SUELO URBANO

9.1. Planteamiento.

Según la exposición de motivos de la LS de 2007, "en el suelo urbano, los criterios de valoración que se establecen dan lugar a tasaciones siempre actualizadas de los inmuebles, lo que no aseguraba el régimen anterior". Esta actualización se daría por abandonar la aplicación de los valores resultantes de las ponencias catastrales, salvo supuestos excepcionales de inexistencia, pérdida de vigencia temporal de las ponencias o modificación de las condiciones urbanísticas, que contempla la LSV, modificada por Ley 10/2003 (arts. 27 y 28). De este modo, la nueva Ley, tan militante en apariencia en la limitación de los justiprecios, cede aquí y admite la omisión de la aplicación de los valores resultantes de las ponencias catastrales.

El método principal sigue siendo, empero, el mismo: el llamado método residual (mismo método, además, que aplican las ponencias catastrales), que consiste en deducir del valor del producto inmobiliario (el precio del m2 construido) el importe de la construcción existente, los costes de la producción y los beneficios de la promoción, si bien para el suelo urbanizado edificado se permite también el empleo del método de comparación, si su resultado es superior al ofrecido por el método residual (art. 23, apartados 1 y 2).

Por lo demás, recordemos que, supletoriamente, se aplicará la Orden 805/2003, de valoraciones hipotecarias (d.t. 3.3ª TRLS).

9.2. Suelo urbanizado con edificación legal: posible aplicación del método de comparación.

Al amparo del art. 24.2 TRLS, "cuando se trate de suelo edificado o en curso de edificación, el valor de la tasación será el superior de los siguientes: a) El determinado por la tasación conjunta del suelo y de la edificación existente que se ajuste a la legalidad, por el método de comparación, aplicado exclusivamente a los usos de la edificación existente o la construcción ya realizada. b) El determinado por el método residual del apartado 1 de este artículo, aplicado exclusivamente al suelo, sin consideración de la edificación existente o la construcción ya realizada".

Esto es, frente a la alternativa del método residual, que después examinaremos y es un método por el cual se determina el valor del suelo (aunque se tome como punto de partida el valor del m2 construido, que incluye suelo y vuelo), se admite el método de comparación, de analogía con las valoraciones de fincas semejantes pero sólo para el suelo urbanizado que cuenta con edificación legal y no en ruina, o se encuentra en curso legal de edificación, pues el suelo urbanizado con edificación ilegal o en ruina física se asimila, a efectos valorativos, al suelo urbanizado no edificado (apartado 1 del art. 24 LS).

Si la edificación se encuentra en situación de ilegalidad o ruina no es posible la aplicación del método de comparación. Según el art. 22.3 LS, "se entiende que las edificaciones, construcciones o instalaciones se ajustan a la legalidad al tiempo de su valoración cuando se realizaron de conformidad con la ordenación urbanística y el acto administrativo legitimante que requiriesen, o han sido posteriormente legalizadas de conformidad con lo dispuesto en la legislación urbanística". Esto es, será normalmente precisa la licencia municipal de obras (arts. 1 RDU, 179 LUC y 151.1 LSCM) con carácter previo, o bien que se haya obtenido la legalización de las obras con posterioridad a éstas (p.ej. art. 198 LUC) pero siempre antes de la fecha de valoración, que recordemos es la del inicio del expediente de justiprecio individual o la exposición al público de la tasación conjunta (art. 20.2 LS). En cuanto a la ruina, a título de ejemplo el art. 190.2 de la LUC precisa que "se declara el estado ruinoso de una construcción o parte de una construcción en los siguientes supuestos: a) Si los daños suponen la necesidad de una verdadera reconstrucción del edificio porque no son reparables técnicamente por los medios normales. b) Si el coste de las obras de reparación necesarias para cumplir las condiciones mínimas de habitabilidad, en el caso de viviendas u otras similares para otros usos, es superior al 50% del coste de una construcción de nueva planta de características similares a la existente, en cuanto a tamaño y uso. c) Si es preciso ejecutar obras imprescindibles para la estabilidad de la edificación y seguridad de las personas, no autorizables en virtud del ordenamiento urbanístico en vigor".

Por otro lado, sin ruina ni ilegalidad, para gozar de la posible aplicación del método de comparación, el suelo ha de estar edificado o "en curso de edificación" legal. Nuevamente aquí se puede plantear si son precisas actuaciones materiales (al menos un movimiento de tierras previo a la edificación) o bastaría con actuaciones legales (solicitud de licencia), con el precedente, en materia de IVA, de haberse considerado por el Tribunal Supremo que "en curso de urbanización" exige actuaciones materiales.

Pues bien, en el suelo urbanizado con edificación legal y no ruinosa, o en curso de edificación sin ruina ni ilegalidad de su ejecución, se admite el valor superior que resulte bien del método residual, que por ser el único aplicable al suelo urbanizado que no cuenta con tal edificación lo examinaremos posteriormente, o bien del método de comparación.

Aplicando este último método compararíamos con transacciones de fincas análogas tanto el suelo como la edificación supraestante (con los usos existentes y que se ajuste a la legalidad). Esto es, a diferencia del método residual, que toma la construcción como factor pero no como resultado, se puede comparar directamente el precio del m2 construido, dando como resultado este mismo (que incluye suelo y vuelo). Consideraremos así, por ejemplo, el precio por m2 de viviendas colectivas, o de viviendas unifamiliares, o de oficinas, etc. en la zona y aplicaremos ese precio al bien a justipreciar, con los correspondientes coeficientes correctores[21].

Según puntualiza el art. 21.1 c) de la Orden 805/2003, serían necesarias al menos seis transacciones u ofertas comparables, amén de la existencia de un mercado representativo de los inmuebles comparables (con la dificultad, por ejemplo, de valorar suelos dotacionales o, en general, de usos con poco mercado) y disponer de suficientes datos sobre transacciones u ofertas que permitan, en la zona de que se trate, identificar parámetros adecuados para realizar la homogeneización de comparables. Y seguir el procedimiento que prevé su art. 22: a) establecimiento de cualidades y características que influyan en el valor, b) obtener precios actuales de mercado de los inmuebles comparables, c) selección de una muestra

[21] Así, el art. 22.1 d) de la Orden 805/2003 previene que "se realizará la homogeneización de comparables con los criterios, coeficientes y/o ponderaciones que resulten adecuados para el inmueble de que se trate".

representativa entre los precios obtenidos, d) aplicación del correspondiente procedimiento de homogeneización con los criterios, coeficientes y/o ponderaciones que resulten adecuados y e) asignación del valor del inmueble, neto de gastos de comercialización.

En este punto, sí cabe destacar un avance "realista" de la Ley de 2007, y ahora el TRLS. Se trata de suelos en los que el precio será normalmente fácil de determinar por comparación (siendo mucho más fácil que en el suelo rústico por el mayor número de operaciones inmobiliarias que afectan a suelo urbano y la menor incidencia en el valor del suelo de circunstancias específicas de las fincas) y donde este método arrojará un precio real o de mercado. No nos engañemos, sin embargo, el número de expropiaciones o de otras operaciones urbanísticas que afectan a estos suelos es muy limitado. Donde realmente se encuentra el mayor volumen de las expropiaciones y operaciones urbanísticas, tanto en superficie como en importe, es en el entorno de las ciudades, en suelos con un destino urbanístico más o menos mediato, suelos que, como hemos visto, el TRLS valora por un cierto número de cosechas, al margen del mercado real.

9.3. Suelo urbanizado sin edificación legal: aplicación del método residual.

A tenor del art. 24.1 TRLS, "para la valoración del suelo urbanizado que no está edificado, o en que la edificación existente o en curso de ejecución es ilegal o se encuentra en situación de ruina física[22]:

a) Se considerarán como uso y edificabilidad de referencia los atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística, incluido en su caso el de vivienda sujeta a algún régimen de protección que permita tasar su precio máximo en venta o alquiler.

Si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso privado por la ordenación urbanística, se les atribuirá la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías la ordenación urbanística los haya incluido.

b) Se aplicará a dicha edificabilidad el valor de repercusión del suelo según el uso correspondiente, determinado por el método residual estático.

c) De la cantidad resultante de la letra anterior se descontará, en su caso, el valor de los deberes y cargas pendientes para poder realizar la edificabilidad prevista".

Tenemos, pues, que determinar el uso y edificabilidad de la parcela (su aprovechamiento urbanístico) y el valor de repercusión, descontando los gastos de urbanización pendientes, a través del método residual, que luego comentaremos [23].

9.4. APROVECHAMIENTO PROMEDIO Y REFORMA INTERIOR.

Frente a la LSV, que distinguía entre el suelo urbanizable delimitado o sectorizado, el urbano no consolidado y el urbano consolidado, a efectos de aplicar un aprovechamiento más genérico para el sector o más concreto respecto del terreno, el TRLS no distingue, acaso porque sólo toma en consideración suelo urbanizado, asimilable en cierto modo al suelo urbano consolidado, respecto de la cual la LSV aplicaba el aprovechamiento concreto del terreno.

Y así ahora el art. 24.1 a) LS atiende al "uso y edificabilidad de referencia… atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística", pues ya ha culminado la urbanización y, con ella, la distribución equitativa de beneficios y cargas entre los propietarios, por lo que no es necesario acudir a un aprovechamiento promedio del sector.

El aprovechamiento promedio sí es aplicable a los supuestos de falta de asignación concreta de unos determinados usos y edificabilidades. "Si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso privado por la ordenación urbanística, se les atribuirá la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías la ordenación urbanística los haya incluido" (art. 24.1 a), segundo párrafo, TRLS). Pero se trata de terrenos que no tienen asignado un determinado aprovechamiento (p.ej. zonas verdes), no que lo hayan agotado.

---

[22] Sobre la situación de ruina, Cfr., a título de ejemplo el art. 190.2 de la LUC, más arriba citado.

[23] Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *El justiprecio de la expropiación forzosa*, Ed. Comares, 7ª ed., págs. 267 y ss.

Por otra parte, según precisa el art. 24.3 TRLS, "cuando se trate de suelo urbanizado sometido a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización, el método residual a que se refieren los apartados anteriores considerará los usos y edificabilidades atribuidos por la ordenación en su situación de origen"; esto es, se tratará de los usos y edificabilidades previstos en la ordenación anterior a la reforma o renovación, y no estos. A diferencia de la LSV (art. 28.2) no se admite, como alternativa, el aprovechamiento realmente existente, sino sólo el legal conforme a la ordenación previa, criterio que nos parece más acertado aun cuando suponga no valorar aprovechamientos existentes que, en principio, deberían mantenerse si se encuentra prescrita la infracción urbanística[24] o había existido, previamente, un cambio de planeamiento determinante de una situación de "fuera de ordenación", sin perjuicio de valorar la edificación existente en los términos del art. 22.3 *in fine* TRLS[25].

9.5. Aprovechamiento objetivo y subjetivo.

Se debe deducir "el valor de los deberes y cargas pendientes para poder realizar la edificabilidad prevista" (art. 24.1 c) TRLS), lo que, en principio, incluye los gastos de urbanización pendiente, que luego comentaremos, y también la obligación contenida en el art. 16.1 b) TRLS, consistente en "entregar a la Administración competente , y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial o urbanística… Con carácter general, el porcentaje… no podrá ser inferior al cinco por ciento ni superior al quince por ciento"[26]. Esta cesión de terrenos urbanizados con aprovechamiento determina una distinción entre aprovechamiento objetivo y sujetivo, si bien en el caso del TRLS7, al referir la valoración del aprovechamiento (usos y edificabilidades) exclusivamente al suelo urbanizado, asimilable en cierto modo al tradicional suelo urbano consolidado, puede afirmarse que no procede tal deducción, pues el proceso de urbanización se ha completado y no pende tal cesión (Cfr. art. 12.3 TRLS).

9.6. El método residual y el valor de repercusión

Una vez concretado el aprovechamiento urbanístico aplicable, el cálculo del valor urbanístico mediante el método residual requiere una operación ulterior, que consiste en la determinación del llamado valor de repercusión (lo que el suelo, como valor, representa o repercute en el precio final del m2, es decir, el valor del m2 edificable), que se multiplicará por el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación (los m2 edificables).

Para ello se deducirá del valor del producto inmobiliario el importe de la construcción existente, los costes de la producción y los beneficios de la promoción, obteniendo como resultado el valor de repercusión (en €/m2) que, multiplicado por la edificabilidad (m2 de construcción/m2 de suelo) permite conocer el valor unitario del suelo (esto es, el valor por m2 de superficie).

---

[24] Conforme al artículo 219.6 LUC, "los plazos de prescripción establecidos …", de 6 a 2 años en función de la gravedad, "no son aplicables en los supuestos regulados en el artículo 202.1", esto es, los supuestos de nulidad de pleno Derecho, "que en todos los casos son susceptibles de sanción y de la acción de reposición sin limitación de plazo".

[25] Por ejemplo, el artículo 64 b) de la LSCM, previene, como efecto de la alteración del planeamiento:"La declaración en situación de fuera de ordenación de las instalaciones, construcciones y edificaciones erigidas con anterioridad que resulten disconformes con la nueva ordenación, en los términos que disponga el Plan de Ordenación Urbanística de que se trate. A los efectos de la situación de fuera de ordenación deberá distinguirse, en todo caso, entre las instalaciones, construcciones y edificaciones totalmente incompatibles con la nueva ordenación, en las que será de aplicación el régimen propio de dicha situación legal, y las que sólo parcialmente sean incompatibles con aquélla, en las que se podrán autorizar, además, las obras de mejora o reforma que se determinen. Son siempre incompatibles con la nueva ordenación, debiendo ser identificadas en el Plan de Ordenación Urbanística, las instalaciones, construcciones y edificaciones que ocupen suelo dotacional o impidan la efectividad de su destino".

[26] De hecho, las legislaciones autonómicas han tendido a fijarlo en el tradicional diez por ciento, establecido como máximo por la LSV. En este sentido, cabe citar, por ejemplo, los arts. 40, 43 y 45 de la LUC, lo que supone multiplicar los valores correspondientes por 0,9 (al igual que la LRRU determinaba, en general, una cesión del 15% y un coeficiente determinante del aprovechamiento subjetivo de 0,85).

El TRLS ya no se remite a las valoraciones catastrales, que se confeccionan conforme al Real Decreto 1020/93, de 25 de junio de 1993, sobre normas técnicas de valoración y cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana. Norma ésta que, salvo excepciones, atiende también al método residual tradicional o "estático", que es el mismo que aplica el TRLS para el suelo urbanizado. La diferencia, sin embargo, es importante. Si se toman las valoraciones catastrales, dicho método habrá sido ya aplicado por la Administración tributaria para determinar el valor de repercusión, no alcanzando nunca el valor de mercado, y será a partir del valor fiscal de repercusión del que se obtendrá el valor urbanístico. En cambio, cuando se aplica el método residual sin observar el valor fiscal de repercusión, como hace la nueva Ley, se parte de un precio por m2 construido, determinado por el perito sobre la base de sus conocimientos o archivos. Ya hemos avanzado que en este punto (muy discreto pues las expropiaciones raramente se refieren al suelo urbanizado) el TRLS es claramente más favorable al expropiado que la normativa precedente.

De otro lado, el TRLS califica expresamente el método residual aplicable al suelo urbanizado como "estático", que es el tradicional, frente al "dinámico" (aplicable al suelo urbanizable delimitado o sectorizado por Ley 10/2003 y transitoriamente vigente tras la entrada en vigor de la LS de 2007 según su disposición transitoria tercera). Este método dinámico está pensado para los supuestos en que existe un proceso constructivo o rehabilitador y, en su caso urbanizador, se tienen datos de los correspondientes plazos y se determina los flujos de caja, esto es, cobros y pagos (arts. 35.2 y 37 de la Orden 805/2003). De hecho, se trata de un procedimiento más complejo, justificado en la inexistencia actual, sino potencial, del producto inmobiliario del que se parte, lo que constituye la situación normal del suelo urbanizable y, en algunos casos, puede resultar aplicable el urbano (especialmente en caso de reforma interior, que implica una "reurbanización"). En cambio, el método estático considera suelos en los que existe ya un producto final (aunque no lo haya justo en el terreno a valorar).

De forma gráfica, podríamos explicar el método residual imaginando el edificio construido e ir quitando partes del mismo (los elementos que dan valor a la construcción, algunos visibles y otros invisibles), hasta llegar al suelo "pelado".

Así, a tenor del art. 40 de la Orden 805/2003, para el cálculo del valor residual por el procedimiento estático se seguirán los siguientes pasos, justificándose siempre, de forma razonada y explícita, las hipótesis y parámetros de cálculo adoptados:

a) Se estimarán los costes de construcción y edificación así como ciertos gastos necesarios (los que antes hemos denominado "elementos invisibles", tales como impuestos, honorarios, licencias, tributos, seguros, administración y estudios), los de comercialización y, en su caso, los financieros normales para un promotor de tipo medio y para una promoción de características similares a la analizada. En el caso de inmuebles en rehabilitación y en aquellos terrenos que cuenten con proyecto de obra nueva también se tendrán en cuenta los costes de construcción presupuestados en el correspondiente proyecto.

b) Se estimará el valor en venta del inmueble a promover para la hipótesis de edificio terminado en la fecha de la tasación.

c) Se fijará el margen de beneficio del promotor.

d) Se aplicará la fórmula de cálculo.

Por lo que se refiere margen de beneficio del promotor, el art. 41 de la Orden determina que "se fijará por la entidad tasadora, a partir de la información de que disponga sobre promociones de semejante naturaleza, y atendiendo al más habitual en las promociones de similares características y emplazamiento, así como los gastos financieros y de comercialización más frecuentes".

Finalmente, el art. 42 de la Orden 805/2003 establece la fórmula de cálculo del valor residual por el procedimiento estático:

$F = VM \times (1 - b) - j\ Ci$

En donde:

F = Valor del terreno o inmueble a rehabilitar.

VM = Valor del inmueble en la hipótesis de edificio terminado.

b = Margen o beneficio neto del promotor en tanto por uno.

Ci = Cada uno de los pagos necesarios considerados

Nótese bien, en todo caso, que estamos ante una fórmula teórica, que pretende obtener el valor del suelo a partir de descontar del precio de la finca edificada todos los factores excepto el suelo, y así deducir el precio de éste. No se valora la edificación misma, sujeta a otras reglas (arts. 22.3 LS), ni es necesaria la existencia real de la edificación.

En cualquier caso, el método residual debe apoyarse en datos sólidos. Así, tanto para el estático como el dinámico, el art. 35 de la Orden 805/2003 exige a) la existencia de información adecuada para determinar la promoción inmobiliaria a desarrollar, b) la existencia de información suficiente sobre los costes gastos y demás importes a computar, c) la existencia de información de mercado que permita calcular los precios de venta más probables de los elementos a considerar o del edificio y d) la existencia de información suficiente sobre los rendimientos de promociones semejantes. De todo ello debemos destacar la información sobre los precios de venta del producto final, pues esta es la piedra de toque de todo el sistema, la base sobre la cual se construye (o se "desconstruye" pues se trata de deducir partidas) todo el cálculo.

9.7. Deducción de los gastos de urbanización pendientes

Por otro lado, el art. 24.1 c) TRLS señala que "de la cantidad resultante de la letra anterior [aplicación del valor de repercusión a la edificabilidad o aprovechamiento urbanístico] se descontará, en su caso, el valor de los deberes y cargas pendientes para poder realizar la edificabilidad prevista".

De forma semejante el art. 30 LSV establecía que "del valor total determinado por aplicación al aprovechamiento correspondiente de valores de repercusión, se deducirán, cuando proceda, los costes de urbanización precisa y no ejecutada, y los de su financiación, gestión y, en su caso, promoción, así como los de las indemnizaciones procedentes, según las normas o determinaciones de este carácter contenidas en el planeamiento o en el proyecto de obras correspondiente o, en su defecto, los costes necesarios para que el terreno correspondiente alcance la condición de solar. En el supuesto de suelos urbanos sujetos a operaciones de reforma interior, renovación o mejora urbana, se deducirán asimismo los costes adicionales que estas operaciones puedan conllevar"[27].

A tenor del artículo 16.1 TRLS, "las actuaciones de transformación urbanística comportan, según su naturaleza y alcance, los siguientes deberes legales:

a) Entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención.

En las actuaciones de dotación, la entrega del suelo podrá ser sustituida por otras faenas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

b) Entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística…[cuestión a la que ya nos hemos referido al tratar del aprovechamiento urbanístico objetivo y subjetivo].

c) Costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas, sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de servicios con cargo a sus empresas prestadoras, en los términos establecidos en la legislación aplicable.

En las obras e infraestructuras a que se refiere el párrafo anterior, se entenderán incluidas las de potabilización, suministro y depuración de agua que se requieran conforme a su legislación reguladora.

d) Entregar a la Administración competente, junto con el suelo correspondiente, las obras e infraestructuras a que se refiere la letra anterior que deban formar parte del dominio público como soporte inmueble de las instalaciones propias de cualesquiera redes de dotaciones y servicios, así como también dichas instalaciones cuando estén destinadas a la prestación de servicios de titularidad pública.

---

[27] Con la Ley 10/2003, se aclara que, tanto en el suelo urbanizable delimitado como en el suelo urbano, del valor de repercusión (o, en su caso, el valor unitario), "se deducirán los gastos [de urbanización] que establece el artículo 30 de esta Ley, salvo que ya se hubieran deducido en su totalidad en la determinación de los valores de las ponencias" (arts. 27.1, primer párrafo*, in fine*, y 28.5).

e) Garantizar el realojamiento y el retorno de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, cuando tengan derecho a ello y en los términos establecidos en la legislación vigente.

f) Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse".

Cabe destacar aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1997 (Ar. 8882), de la que fue ponente el Excmo. Sr. GONZÁLEZ RIVAS, parece imponer la carga de la prueba de la falta de urbanización a quien pretende deducir los gastos de urbanización, al considerar improcedente su deducción debido a que "en ningún momento se ha alegado, ni mucho menos acreditado ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional que la parcela expropiada estuviera sin urbanizar y, en consecuencia, tampoco el presupuesto de esos hipotéticos gastos de urbanización".

10. RETASACIÓN POR RECALIFICACIÓN.

Junto a la retasación ordinaria por el transcurso del plazo de dos años desde la fijación del justiprecio por el Jurado sin que sea pagado (art. 58 LEF), que es de aplicación general y por tanto también a las expropiación urbanísticas, para estas últimas el art. 34.2 TRLS señala que "en los casos en que el suelo haya sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización: … b) Procede la retasación cuando se alteren los usos o la edificabilidad del suelo, en virtud de una modificación del instrumento de ordenación territorial y urbanística que no se efectúe en el marco de un nuevo ejercicio pleno de la potestad de ordenación, y ello suponga un incremento de su valor conforme a los criterios aplicados en su expropiación. El nuevo valor se determinará mediante la aplicación de los mismos criterios de valoración a los nuevos usos y edificabilidades". A todo lo cual se añade que "corresponderá al expropiado o sus causahabientes la diferencia entre dicho valor y el resultado de actualizar el justiprecio"; y que "en lo no previsto por el párrafo anterior, será de aplicación al derecho de retasación lo dispuesto para el derecho de reversión, incluido su acceso al Registro de la Propiedad" (Cfr. arts. 54 y 55 LEF, redactados por Ley 38/1999).

Por tanto, en primer lugar es preciso que "el suelo haya sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización". Quedan así excluidas las expropiaciones no urbanísticas. Es más, quedan también excluidas las expropiaciones para actuaciones de dotación, que junto con las actuaciones de urbanización, conforman, en el sistema del TRLS (Cfr. art. 14.1), las actuaciones de transformación urbanística. Es preciso, pues, que estemos ante una expropiación de nueva urbanización o que tenga por objeto reformar o renovar la urbanización, excluyéndose, además de las expropiaciones para dotaciones, las que tengan por causa el incumplimiento de la función social de la propiedad, e incluso la dotación de patrimonios públicos del suelo (arts. 38 y 39 TRLS), que es, precisamente, el caso más frecuente de expropiación como rústico para después recalificar como urbanizable o urbano.

Por otra parte, es preciso que "se alteren los usos o la edificabilidad del suelo, en virtud de una modificación del instrumento de ordenación territorial y urbanística que no se efectúe en el marco de un nuevo ejercicio pleno de la potestad de ordenación", esto es, que no se trate de lo que comúnmente se denomina revisión sino de una modificación puntual[28].

Finalmente, es necesario que lo anterior "suponga un incremento de su valor conforme a los criterios aplicados en su expropiación. El nuevo valor se determinará mediante la aplicación de los mismos criterios de valoración a los nuevos usos y edificabilidades". Parece la Ley hacer referencia a los criterios de valoración que rigieron en la expropiación. Por tanto, los de la LS 76, la LSV o el TRLS de 2008 (o la previa Ley del Suelo de 2007 que éste refunde) según proceda. Y, de hecho, deberá ser una legislación anterior para que la cláusula legal tenga sentido toda vez que, dado que con la LS 2007 (y ahora el TRLS) el suelo se valora siempre como rural hasta su efectiva urbanización, la simple recalificación de los terrenos no altera su valor a efectos de la propia Ley. Así pues la merced concedida por la nueva Ley tiene, en realidad, sólo una eficacia transitoria, para expropiaciones anteriores a la misma (en tanto no se modifiquen sus criterios valorativos).

El resultado, en su caso, será que "corresponderá al expropiado o sus causahabientes la diferencia entre dicho valor y el resultado de actualizar el justiprecio"; esto es, la diferencia entre el justiprecio determinado

[28] Sobre la diferencia entre revisión del planeamiento y modificación puntual, p.ej., arts. 68 y 69 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001. Cfr. HERNÁEZ SALGUERO, Elena, "Planificación urbanística", en la obra colectiva *Urbanismo. La propiedad ante el Urbanismo*, 2ª ed., Ed. Comares.

conforme al régimen valorativo que se aplicó en su momento pero teniendo en cuenta la recalificación de los terrenos, de un lado, y la indexación, en principio al IPC, del justiprecio originario.

ASPECTOS PRÁCTICOS Y CRITERIOS JUDICIALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Susana Martínez Novella
Cap del Servei d'Assistència Jurídica
Local de la Diputació de Barcelona

UUUINTRODUCCIÓN 1

I. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A INDEMNIZACIÓN 2

a) Prescripción del derecho a reclamar 2

b) Posibilidad de interrumpir la prescripción 3

b) cómputo del plazo 4

d) Prescripción del derecho a hacer efectiva la reclamación 5

II. EN RELACIÓN CON LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO 5

a) necesario emplazamiento en el procedimiento administrativo de "las partes implicadas" 5

b) el dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora 6

c) estándares como pautas de calidad en la prestación de los servicios 6

III. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CUANDO INTERVIENEN CONTRATISTAS O CONCESIONARIOS 10

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL 11

1. Análisis del precepto (art. 121 CP) 12

2. Examen de la jurisprudencia dictada al amparo del art. 121 del CP 12

3. El criterio que sostenemos en relación a la interpretación del art. 121 del CP 15

V. CASUÍSTICA 17

1. La reclamación previa al Consorcio de Compensación de Seguros, excluye la posterior responsabilidad de la Administración 17

2. Problemática de las vallas de protección (IPN/CPN) 17

3. Piedras en calzada procedentes de muro "privado" lateral. 17

4. Accidente de automóvil por irrupción de jabalí en la calzada. 18

5. Petición de responsabilidad por caída en la vía pública 19

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad destacar algún aspecto práctico relativo a la materia de responsabilidad patrimonial de las entidades locales. Aspectos todos ellos que no sólo se derivan de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), sino también de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y del artículo 121 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, a cuya regulación se remite el actual art. 146 LPAC, y que será igualmente objeto de comentario.

Los comentarios teóricos serán breves, puesto que se dan por sabidos todos los postulados referidos a la materia, pero intentaré ilustrar ampliamente cual es el tratamiento que actualmente están recibiendo por nuestros Juzgados de lo contencioso administrativo o por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. De ahí que en el título de la ponencia haya hecho referencia a criterios judiciales y no jurisprudenciales en sentido estricto.

Así, abordaré en relación con el tiempo, el tema de la prescripción del derecho a reclamar la indemnización por responsabilidad patrimonial; a continuación algunos aspectos que tienen lugar durante la fase de instrucción del procedimiento (emplazamiento de los interesados, emisión de dictámenes por la Comisión Jurídica Asesora, estándares de funcionamiento de los servicios públicos y su alegación); responsabilidad de la Administración cuando median contratistas o concesionarios; responsabilidad subsidiaria de aquélla en el ámbito penal; para finalmente hacer alusión a una serie de supuestos desde el tratamiento que le otorgan, como decía, nuestros Juzgados de lo contencioso administrativo (piedras en la calzada, vallas de protección de las vías públicas, irrupción de animales en las vías, caída en la calle, entre otros).

I. Prescripción del derecho a indemnización

En orden a la extinción del derecho a la indemnización es necesario distinguir entre la prescripción del *derecho a reclamar,* de la prescripción *del derecho a exigir el pago de la indemnización*, sometidas a regímenes distintos, si bien que en ambos casos nos hallamos ante plazos de prescripción[1].

a) Prescripción del derecho a reclamar

El plazo para formular la reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración pública se regula con carácter general en el art. 142.5 de la LPAC[2] que establece que *"el derecho a reclamar prescribe al año*", norma que reitera el art. 4.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RPRP).

No estamos ante un plazo puramente procesal o procedimental, sino ante un plazo de prescripción, por lo que el no ejercicio del derecho dentro del mismo producirá el efecto de la extinción del derecho.

Aquí he traído a colación[3] una **Sentencia de 5 de noviembre de 2007 (nº 251/2007) del Juzgado Contencioso-Administrativo número 14** que ante la inadmisibilidad de la reclamación formulada por prescripción del derecho a reclamar, al haber transcurrido más de un año desde la producción del accidente, la actora opuso que el plazo es de tres años según lo previsto en el art. 121.21.d) del Código Civil Catalán. La Magistrada zanja la cuestión, en los términos siguientes:

"*Segundo.-* *La resolución de 29 de noviembre de 2005, declara la inadmisibilidad por prescripción del derecho a reclamar, pues el escrito tiene entrada en la Diputación el 27 de octubre de 2005 y los hechos se produjeron el día 19 de junio de 2004, por lo que en aplicación del art. 142 de la Ley 30/92, al tratarse de daños materiales**,** por reparación de vehículo,* ***el plazo es de un año desde la producción del accidente*** *el día 19 de junio de 2004, sin que sea de aplicación el plazo de tres años previsto en el art. 121.21.d) del Código Civil Catalán, por referirse éste a la responsabilidad en el ámbito del derecho privado y ser la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas materia de derecho público.(…).*

Tercero.- *Conviene recordar que la responsabilidad de las administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio se regula en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 y disposiciones*

---

[1] González Pérez, Jesús: Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Civitas, Segunda Edición, pág. 425.

[2] Existiendo alguna norma especial si de lo que se trata es de la lesión de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en cuyo caso la acción caducará a los cuatro años de producida la lesión (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo).

[3] Porque también fue invocado el plazo de tres años por un catedrático de Derecho Civil que visitó este Seminario hace un par de años.

dictadas en su desarrollo. Así, el artículo 142.5 de la Ley establece que "el derecho a reclamar prescribe al año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse el efecto lesivo". Únicamente en el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empieza a contarse desde la curación o determinación de las secuelas (…)". (El subrayado en negrita es nuestro)

Hay que señalar como aspecto a tener en cuenta que cuando se nos presente una reclamación que ya haya prescrito (por el transcurso de un año desde que se produjeron los daños), nuestra resolución no ha de ser desestimatoria de la misma, sino de inadmisibilidad. De esta forma, podremos obviar abordar todos los aspectos relativos a las cuestiones de fondo. Y, en su caso, ante la eventual interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la misma, el Magistrado sólo revisará la adecuación o no a derecho de esa declaración de inadmisibilidad.

b) Posibilidad de interrumpir la prescripción

A efectos de interrupción, se aplican las normas de los arts. 1973 y 1974 del Código Civil (en adelante Cc)[4]. En consecuencia se interrumpe la prescripción por reclamación ante la propia Administración.

Ahora bien, si el perjudicado hubiese formulado reclamación contra la Administración y diera lugar con su inactividad a que caducara el procedimiento, se estará a lo dispuesto en el art. 92.3 de la LPAC, según el cual *"los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción".*

. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Id Cendoj 08019330022006100251) nº 358/2006, pone de manifiesto que el ejercicio de una acción penal previa da lugar a la no prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, o lo que es lo mismo interrumpe el plazo de prescripción. El supuesto enjuiciado es la reclamación por un accidente de carretera, por la existencia en ella de placas de hielo (la cantidad demandada a la Generalitat de Catalunya en tanto que titular de la vía es de 773.713,41 euros) y, al respecto nuestro Tribunal Superior señala:

"*Segundo.-* *Entrando en primer lugar a examinar la alegada prescripción, señalaremos que es doctrina reiterada de esta Sala y Sección que, ejercitada acción penal dirigida contra los eventuales responsables del siniestro, comparecidos en aquel proceso, no puede predicarse la prescripción alegada, pues, se tenia expreso conocimiento de la acción y reclamación ejercitada e intervenido de forma directa en aquel proceso. La sentencia absolutoria dictada por apreciar la prescripción de la falta imputada debido a la paralización de las Diligencias Previas incoadas al efecto, no impide que, posteriormente, en tiempo y legal forma pueda plantear el actor su reclamación por responsabilidad patrimonial ante la Administración a la que eventualmente atribuye la misma. Dictada sentencia penal el 11 de octubre de 1999 y presentada la reclamación ante el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas el 10 de octubre de 2000,* ***la alegación de prescripción no puede prosperar*****"**.

Frente a esta doctrina podría oponerse la previsión del apartado segundo del art. 146 de la LPAC al señalar que "la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial".

. La sentencia de 16 de julio de 2008 dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 9 de Barcelona, recoge otro supuesto de prescripción de la acción y la posible interrupción por el envío de un burofax. Los hechos son los siguientes:

El abogado de los reclamantes, por un accidente de coche, envía un burofax a la Diputación reclamando indemnización por los daños materiales y por las lesiones sufridas y, a los efectos de interrumpir la prescripción. La Diputación le requiere para que, en 10 días, acredite su representación y subsane los defectos de que adolece su reclamación, bajo apercibimiento que de no hacerlo les consideraría desistidos de su petición.

[4] Según el 1973 del Cc la prescripción se interrumpe por: a)Por el ejercicio de la acción ante los Tribunales (si son AA.PP. por la incoación del procedimiento administrativo, b) Por reclamación extrajudicial, c)Por cualquier acto de reconocimiento de la deuda.

Se envía nuevo burofax por los reclamantes arguyendo que aún no pueden valorar su reclamación, que tan pronto puedan la formularán. La Diputación dicta resolución de archivo por entender que no se había subsanado y se le notifica a los reclamantes quienes no recurrieron contra la misma.

Cinco meses después presentan la reclamación, la cual fue inadmitida por concurrir prescripción. La Magistrada entra a valorar la cuestión argumentando al respecto que:

"*Debe recordarse que no se está en presencia de una reclamación civil sino administrativa y si bien es cierto que la jurisprudencia contencioso-administrativa es proclive a hacer una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, no lo es menos, que en este supuesto concurre un hecho determinante que no se da en las reclamaciones civiles, y es que la Administración dictó un acto administrativo de archivo del procedimiento administrativo y contra el mismo no se recurrió por lo que devino firme y consentido con los efectos que de él se derivan*.

No es que el burofax no tuviera efectos de interrupción de la prescripción que a criterio de este Juzgador si los tenía, máxime cuando la demandada inició una serie de actuaciones, por lo que en condiciones normales precisamente por ese efecto interruptivo, se habría considerado que se volvía a iniciar el plazo de cómputo (sic) habiéndose presentado en plazo la reclamación de 31-10-05, pero es que aconteció entre medio un hecho importante cual es el decreto de archivo del procedimiento con el que la parte se aquietó. Ello no podía significar más que lo que se acordaba que no era otra cosa que el archivo y éste quedó firme.

Es decir definitivamente quedó terminado el procedimiento administrativo por lo que ya no se podían producir efectos interruptivos de la prescripción respecto de algo que estaba finalizado y además había sido consentido". (El subrayado en negrita es nuestro)

b) cómputo del plazo

El cómputo del plazo de un año se rige por las reglas generales de los plazos que vengan dados por años (art. 48.2 LPAC), y se computará a partir del día siguiente del hecho o del acto que motivó la indemnización o de la manifestación de su efecto lesivo.

El principio general de la *actio nata* al que frecuentemente aluden las sentencias "significa que el cómputo del plazo para ejercerla sólo puede comenzar cuando ello es posible".

La expresión de "fecha a fecha", rectamente interpretada, supone que producido un hecho que determina la iniciación del cómputo del plazo, éste empieza a contarse desde el día siguiente, y el plazo vencerá el mismo día en que se produjo el hecho que dio lugar a la iniciación.

Al respecto, procede traer a colación **la Sentencia nº 141/2008, de 27 de mayo, dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 10 de Barcelona,** donde se hace una interesante distinción -planteada ya en la resolución administrativa que revisa, e informada por la Comisión Jurídica Asesora en su dictamen 388/06 el cual se adjunta como anexo al presente trabajo- entre *"daños continuados o evolutivos"* y *"daños permanentes"* a los efectos del inicio del cómputo de plazo de un año. La resolución judicial acaba apreciando la prescripción de la acción y desestimando el recurso deducido contra la Diputación.

La reclamación formulada por importe de 275.360 euros más los intereses legales desde el 2005, versaba sobre los daños producidos, por unas obras de la Diputación, en una tubería de riego de la reclamante, lo que durante muchos años le impidió, según argumentaba, regar unas parcelas de su propiedad, sin que ella hubiese formulado al respecto reclamación anterior alguna.

La Magistrada arguye al respecto: *"(…) con carácter previo deben distinguirse los denominados* ***"daños continuados o evolutivos" y "daños permanentes";*** *los primeros son aquellos causados por diferentes actos, continuados también (…) y que determinan que el plazo de prescripción no empiece en tanto se sigan produciendo los daños, ya que estos no pueden ser determinados; los segundos, caso en que nos encontramos, se refieren a un daño único, que perdura en el tiempo y que es producto de un solo acto (o dicho de otro modo un daño originado por la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo) y en cuya hipótesis el curso del plazo empieza desde que se conoce el quebrantamiento ocasionado aunque la situación lesiva no haya cesado, ya que en este caso los daños están determinados tanto en su aspecto*

jurídico como material, aun pendientes de cuantificación matemática (…) Como tiene señalado el TS (STS de 9 de marzo de 1992 y 15 de octubre de 1990) "En efecto, el principio general de la actio nata, significa que el cómputo del plazo para ejercitarla sólo puede comenzar cuando ello es posible (y es posible cuando, como en el presente caso, los daños están determinados tanto en su aspecto jurídico como material y el interesado tiene conocimiento de ello) y se recoge en las Sentencias de 27 de diciembre de 1985 y 13 de marzo de 1987".

d) Prescripción del derecho a hacer efectiva la reclamación

Una vez fijada la indemnización por acto administrativo firme o por sentencia firme, el plazo de prescripción del derecho a exigir el pago es de cuatro años, según el art. 25. de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

II. En relación con la instrucción del procedimiento

El primer aspecto práctico a destacar es que no es imprescindible, ni tan siquiera necesario nombrar formalmente un instructor para impulsar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, cualquier letrado puede llevarlo a cabo, sin mayores formalismos que los que, en relación al procedimiento prevé el RPRP.

a) necesario emplazamiento en el procedimiento administrativo de "las partes implicadas"

Sin duda que el perjudicado es en un procedimiento de estas características el interesado principal. Ahora bien junto a éste pueden existir lo que González Pérez denomina "otros interesados principales"[5]: a) en el supuesto de concurrencia de culpas de las Administraciones Públicas, aquellas Administraciones distintas de aquélla a la que se dirija el procedimiento y a la que se estime imputable el hecho (tanto en el supuesto de solidaridad, según el art. 140 LPAC, como en supuestos en que no se aplique esa norma, ya que en cualquier caso la resolución que se adopte puede afectar su patrimonio. De no haber sido citada no podrá afectarle la resolución)[6]; b) el contratista, en el supuesto previsto en el art. 1,3 del RPRP, en el que expresamente se exige su audiencia "notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento".

. **La Sentencia nº 412/ 2006, de 19 de diciembre, dictada por el Juzgado Contencioso administrativo nº 11 de Barcelona**, da buena prueba de ello, al ordenar retrotraer actuaciones hasta el trámite de audiencia a los bomberos.

La reclamación se formulaba a raíz de un accidente de moto, por la existencia de una sustancia deslizante en la calzada (sepiolita). Frente a ella, la Diputación argüía su falta de responsabilidad por dos causas, culpa de la víctima por exceso de velocidad y subsidiariamente, caso de existir responsabilidad de la Administración, por falta de legitimación de la misma por la intervención de un tercero, Bomberos de Martorell, sin que constase que dicho sujeto haya sido oído en vía administrativa ni en vía judicial.

La Magistrada argumenta al respecto: "*Pues bien, de lo anterior se deduce que tanto en vía administrativa la Administración debió oir a los Bomberos de Martorell, como ante el requerimiento judicial efectuado mediante Providencia de 18 de julio de 2005 (Fol. 11 de las actuaciones) en la que se hace constar, de conformidad con el art. 49 de la LJCA (y art. 72.3 del mismo cuerpo legal), "debiendo proceder la Administración demandada a emplazar personalmente a los que aparezcan como interesados para que puedan comparecer y personarse en autos en el plazo de NUEVE DIAS...", no se evacuó el traslado señalado por lo que se incurrió en una falta de forma. Entendiendo este órgano jurisdiccional que, en aras a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión**, **el acto administrativo impugnado es nulo debiendo retrotraerse las actuaciones al momento en el que debió habérsele oído en vía administrativa".***

[5] Op. cit. Pág. 454.
[6] Lo que en el supuesto de responsabilidad solidaria será indiferente para el perjudicado. Pero en supuesto de responsabilidad no solidaria, perjudicaría al lesionado, por lo que éste deberá dirigirse a ambas.

b) el dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora

El expediente de responsabilidad patrimonial junto con la propuesta de resolución será sometido al Dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora, cuando el importe de lo reclamado sea igual o superior a 50.000 euros, según establece el art. 8.3.a) de la Ley 5/2005, de 2 de mayo.

Desde un punto de vista práctico, deberá enviarse el expediente original de todo lo actuado, debidamente indexado y foliado, junto con una copia compulsada del mismo. En dicho expediente constará también el decreto que acredite que se ha suspendido el procedimiento de declaración de responsabilidad, por un período máximo de tres meses, que es el plazo de que dispone la Comisión para emitir su dictamen sobre todos los extremos de la reclamación.

La solicitud irá firmada por el Presidente de la Entidad local peticionaria y deberá dirigirse a la Comisión, a través de la *Direcció General d'Administració Local, del Departament de Governació i Administracions Públiques de la Generalitat.*

Según reiterada jurisprudencia, éste se configura como un trámite esencial. Se adjunta, a modo de anexo, como ya dijimos uno de los dictámenes que han sido emitidos en un asunto de la Diputación de Barcelona.

c) estándares como pautas de calidad en la prestación de los servicios

Ante un sistema como el nuestro, donde la responsabilidad es objetiva y exigible tanto ante supuestos de funcionamiento normal como anormal de los servicios, se impone cada vez más, que a los Jueces se les proporcione por vía legal y por parte del legislador, unas *pautas sobre como debe ser el actuar de la Administración,* de lo contrario y, en ausencia de principios cada Juez los sustituirá por sus propios y personales criterios.

Otra alternativa a la ley son las llamadas "cartas de servicios", entendidas como una especie de *autocompromiso* de la Administración para mantener determinadas cotas de calidad en la prestación de los servicios.

La ausencia de esos referentes determina que el resultado sea muy dispar. De ahí la casuística que impregna todo el sistema. Porque resulta que si el Juez toma idealmente el elemento comparativo a partir de un estándar alto de calidad en el funcionamiento medio de de los servicios los supuestos de responsabilidad se amplían, pues todo funcionamiento por debajo de ese nivel óptimo –ciertamente irreal- implicaría un *"funcionamiento anormal",* cuyos daños serían siempre indemnizables. Mientras que si la comparación se hace presuponiendo un funcionamiento medio de los servicios muy bajo, sucedería lo contrario: los supuestos de responsabilidad se reducirían porque por encima de ese estándar medio no existiría un "funcionamiento anormal" o sobre el que existe obligación de soportar por los ciudadanos.

En ausencia de estándares fijados por la normativa o por la misma Administración, deberá aceptarse pues, que sean los Tribunales los que delimiten las prestaciones exigibles en atención a una valoración de razonabilidad y de percepción social. Esta fijación jurisprudencial de estándares debe hacerse no sólo en atención a las circunstancias del caso, sino teniendo en cuenta el servicio en su conjunto y valorando factores como la sostenibilidad del mismo.

Así, la relación de causalidad no puede ser entendida como título de imputación en sentido estricto. El título de imputación ha de ser la existencia de una obligación administrativa de prestación, de abstención o de vigilancia, jurídicamente exigible, no la mera y simple titularidad de una competencia general. En otras palabras, no puede obtenerse una indemnización respecto una prestación o una situación que jurídicamente no sea exigible de la Administración en condiciones normales.

Ello comporta nuevamente la necesidad de objetivar estándares que delimiten el perímetro de los servicios o prestaciones públicas, más allá de los cuales no existe actividad u omisión administrativa a la que vincular la responsabilidad.

La experiencia práctica de la Diputación de Barcelona, particularmente en materia de vías locales, pone de manifiesto que la existencia de unos estándares a modo de protocolo de funcionamiento, la exonera de responsabilidad en el noventa y nueve por ciento de las veces en que es demandada.

Las sentencias basculan entre los dos extremos que ahora veremos, la del Juzgado nº 14, que trae a colación los estándares, sin que le hayan sido invocados en esas actuaciones, y las del Juzgado nº 13 que considera a los mismos inadmisibles por defectuosos, entre ambas recogemos las de los Juzgados número 1, 7, 5, 15, 3 y 12, y una del TSJC, que unánimemente exoneran a la Administración, en virtud de esos protocolos de actuación.

. La Sentencia nº 110/2007, de 14 de mayo, del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 14 de Barcelona, dictada en un supuesto de accidente en carretera por la existencia de una mancha de aceite y, ante la ausencia de invocación de los estándares de funcionamiento del servicio, por parte de la Diputación, argumenta que: *"(…) Nada figura sin embargo sobre el protocolo de actuación que se sigue por parte de dicha empresa, como tampoco consta el que sigue el Servicio de Vías Locales, a pesar de que el instructor del expediente solicitaba de este último Servicio dicha información (folio 69),* ***si bien debe precisarse que el protocolo de actuación de la Diputación no es desconocido para esta Juzgadora, pues ha tenido ocasión de examinarlo en el recurso 412/2005 seguido contra la Administración demandada,*** *del que resulta que el servicio público de mantenimiento por lo que se refiere a la detección de incidencias, se encuentra dentro de los parámetros de la razonabilidad exigible".*

. La Sentencia nº 148/2007, de 18 de mayo, del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 13 de Barcelona, dictada en un supuesto de accidente de coche como consecuencia de la existencia de placas de hielo en la vía, debidamente señalizada, y en la que frente al mismo protocolo, por lo demás unánimemente aceptado por los restantes Juzgados de lo Contencioso, así como por el propio TSJC argumenta: *"(…) no puede admitirse que la Administración responsable del cuidado de la carretera, no disponga de registros o de instrumentos de control idóneos, con los que verificar la prestación regular del servicio de supervisión y conservación de las vías de circulación.*

Como tampoco es excusable que no se aporte un mínimo estudio susceptible de justificar la bondad de los estándares de prestación.

La falta de diligencia sobre estos particulares constituye un claro incumplimiento, por la demandada, de las cargas asociadas al principio de mayor facilidad probatoria (art. 217.6 LEC) con todas las consecuencias que cabe anudar a esa circunstancia".

Entre ambas sentencias, se dan multiplicidad de otras, procedentes del resto de Juzgados que, de forma unánime, exoneran a la Administración (Diputación en este caso), en base justamente a la existencia de esos mismos protocolos de actuación.

. La Sentencia nº 346/2008, de 10 de diciembre, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo número 1 en un supuesto de accidente de coche como consecuencia de la existencia de barro en la calzada, utiliza para exonerar de responsabilidad a la Administración los siguientes argumentos: *"(…) aquí que resulta debidamente acreditado en los presentes autos que la vía pública de referencia se encontraba a la fecha de autos sujeta a control del Centre de Conservación de Martorell-Terrassa, con los trabajos de conservación semi-integral adjudicados para el año 2005 a la UTE XX, y a un detallado protocolo de actuaciones también por parte del Servicio de Vías Locales de la Corporación provincial demandada, una vez detectada una incidencia en la misma (...) consta asimismo acreditada en autos la alta frecuencia de paso de vehículos por el punto de la red viaria de continua referencia (…) extremo éste confirmado también en su declaración testifical por la conductora del vehículo accidentado y muy frecuente usuaria de dicha vía por paso diario por la misma, quien, a su vez, asimismo confirmo en su declaración testifical que la vía pública de referencia no presentaba tal estado de peligro por presencia de barro o fango en la calzada de la misma el día anterior al del siniestro de autos, lo que confirma, decisivamente, la necesaria inmediatez en el orden temporal del indebido vertido por parte de los camiones de la concesionaria de las obras colindantes de la arenilla causante, en su accidental combinación con la lluvia, del barro en el lugar de los autos durante un lapso de tiempo inmediatamente anterior al momento de producirse el lamentable accidente de autos.*

OCTAVO.- En *tales circunstancias, no puede razonablemente afirmarse que los servicios de vigilancia, mantenimiento, conservación o limpieza de la administración provincial demandada funcionaran*

deficientemente, o que por parte de la administración demandada titular de la competencia sobre la vía de constante referencia no se adoptaron con carácter general las medidas preventivas ciertamente exigibles para el mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de la red viaria en el punto de la red que aquí interesa, ***en los términos que al respecto pueden ser racionalmente exigibles de acuerdo con el estándar social medio de rendimiento, calidad y seguridad de los servicios públicos de referencia*** *(STSJ de Cataluña nº 563 de 22-7-1997, STSJ del País Vasco nº 26 de 18-1-2002, STS 7-10-1997, entre otras muchas)* ***que no incluye, obviamente, una presunta obligación administrativa de prevención y eliminación instantánea de cualquier perturbación sobrevenida en cualquier momento y lugar y en cualquiera de los puntos de la red viaria (…).***

(…) *en lo que ahora principalmente aquí interesa no resultará posible establecer la imputación automática de tales daños a la administración titular de la vía pública en los (sic) que se produjo el accidente por el simple hecho de serlo y sin prueba alguna del mal funcionamiento del servicio de mantenimiento de la misma, ya que en modo alguno puede confundirse el sistema de responsabilidad objetiva (…) con la pretensión distinta de tener a dichas administraciones públicas por aseguradoras universales de todos los riesgos que se produzcan eventualmente en sus instalaciones o en el soporte físico o estructural de sus competencias, transformando aquél en un sistema providencialista (…)".*

. La Sentencia nº 19/2009, de 19 de enero, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 7 de Barcelona, en un supuesto de reclamación por la caída de un jugador en un campo de fútbol, al pisar una boca de riego. Para exonerar a la Diputación de responsabilidad, la Magistrada argumenta: *"No es pot demanar a l'administració una activitat consistent en mantenir de forma constant cadascuna de les instal·lacions i serveis públics que gestiona en un estat absolutament impecable. En aquest sentit* ***cal reconduir la idea de funcionament normal a uns estàndards de qualitat determinats que seran els estàndards exigibles pel ciutadà, i si la mateixa administració no fixa aquests estàndards, caldrà deduir-los de forma casuística a partir d'allò que sigui raonable i pressupostàriament sostenible. En allò que superi aquests estàndards és el ciutadà o l'usuari el que ha d'assumir els riscos inherents a les seves activitats –activitats que hom exerceix en règim de llibertat i sota la pròpia responsabilitat-.***

(…) *En aquest cas ha quedat acreditat que l'estat del camp es revisa cada tres dies aproximadament, quan es talla la gesta: si es veuen forats es tapen amb sorra (…) segons es desprèn de les proves realitzades, no estem davant d'un forat que es pugui considerar remarcable o generador de riscos especials, donat que després que el Sr. X patís la lesió, els altres companys van continuar jugant la qual cosa indica que es tractava de un lleu enfonsament de la boca de reg que no requeria als futbolistes cap precaució especial. Per altra banda, el futbol és un esport de contacte que té un risc de caigudes i lesions que les persones que el practiquen lliurement assumeixen (…) Així doncs, cal imputar en el present cas la causa del dany a la manca de precaució exigible de l'actora i no a la responsabilitat de la Diputació de Barcelona en el manteniment de les instal·lacions esportives, raó per la qual cal desestimar aquest recurs*".

. La Sentencia nº 344/2008, de 11 de noviembre, dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 5 de Barcelona, en un supuesto de accidente en carretera, al colisionar el vehículo con una señal de tráfico que se hallaba cruzada en la vía. El Magistrado-Juez exonera de responsabilidad a la Diputación y, al respecto argumenta que: *"(…) consta en el expediente administrativo que (…) el servicio no recibió ningún comunicado respecto del accidente, (…)la intensidad diaria en esa vía es de 6423 vehículos y finalmente que la carretera pertenece al Centro de Conservación de Granollers-Sant Celoni (…) Asimismo consta el Protocolo de actuación durante las incidencias en la red de carreteras gestionadas por el Servicio de vías locales de la Diputación de Barcelona.*

Consta en el informe del Agente local antes mencionado que la señal se encontraba ocupando la vía como consecuencia de un accidente que se había producido minutos antes (..) lo que hace razonable pensar que la señal no podía llevar en la posición en la que se la encontró el recurrente mucho tiempo y sin que por éste se haya desvirtuado tal circunstancia de tal forma que pudiera ponerse en duda la aplicación del sistema establecido en el Protocolo de actuación de la Diputación de Barcelona.

En este punto cabe decir, que no puede exigírsele a la Administración que su deber de vigilancia sea tan intenso que siempre estén presentes antes de que se produzca algún siniestro por la existencia de obstáculos, objetos o, en este caso, piedras en las carreteras que estén a su cargo. La responsabilidad les será exigible si, una vez avisados los servicios de mantenimiento, no actuaran con la debida diligencia y prontitud a solucionar el problema".

. La Sentencia nº 152/2008, de 30 de septiembre, dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 15 de Barcelona, en un supuesto de accidente en carretera, por existencia de una mancha de aceite en la misma. El Magistrado exonera de responsabilidad a la Diputación en base a la siguiente argumentación: *"(…) le corresponde, también, a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el standard de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos, en el caso de que se actúen tales situaciones de riesgo.(…)*

En el caso de autos, de las pruebas practicadas no cabe concluir déficit en el cumplimiento del estándar de rendimiento de la prestación del servicio. Es cierto que no puede establecerse con exactitud el tiempo de permanencia del obstáculo en la calzada, de la existencia del aceite en la calzada, mas los datos con los que contamos, y que así han quedado acreditados, consta que la Administración realiza un recorrido diario de vigilancia (diligencia) de la calzada como, a su vez, que no concurría llamada alguna a la Administración de la constancia de aceite en ese punto kilométrico y se produjera una inacción (omisión –negligencia).

(…) *en el presente caso estamos ante una falta de antijuricidad, el daño no es antijurídico, al no haber rebasado la Administración su "stándar"(sic) de seguridad jurídica exigido en el riesgo inherente a su deber de conservación de las vías de circulación de vehículos a motor en condiciones de ser usadas. La pretensión debe ser desestimada*".

. La **Sentencia 186/2007, de 13 de marzo, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta**), en un supuesto de accidente en carretera, por la existencia de una mancha de aceite. El Tribunal exonera de responsabilidad a la Diputación con base en la siguiente argumentación: *"(…) los servicios de la Diputación Provincial recibieron aviso de la existencia de la mancha de aceite veinte minutos antes de la producción del accidente, lo que pone de relieve la imposibilidad de desplazarse hasta Martorell para restablecer las condiciones de la vía pública antes de que se produjese el accidente de autos en tan breve lapso de tiempo. Por otra parte, no es imputable a la demandada la actuación de la policía de tráfico, que no depende de aquélla, a los efectos de determinar si pudo o no señalizar con antelación la existencia de la mancha de aceite".*

. La Sentencia 345/2007, de 13 de diciembre, dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona, en un supuesto de accidente en carretera por la existencia de una mancha de líquido deslizante (sepiolita) en el pavimento. El Juzgado exonera de responsabilidad a la Diputación, argumentando ampliamente al respecto: *"(…) No es pot pressuposar el millor dels estàndards imaginables en cadascuna de les activitats o responsabilitats administratives, doncs aquesta responsabilitat eventualment il·limitada seria pressupostàriament insostenible i afectaria els recursos necessaris per la satisfacció de la resta de responsabilitats de l'administració i, conseqüentment, per la consecució dels interesaos públics i dels drets dels ciutadans que depenen dels pressupostos públics en general.*

(…) la ***càrrega de provar l'estàndard de rendiment i l'eventual intervenció de tercer o la concurrencia de força major pertoca a l'Administració, de forma que l'acreditació d'un estàndard de mitjans –no de resultat- pot tenir un efecte alliberador de la responsabilitat de l'Administració*** (STS de 3 de desembre de 2002).

(..) *és clar que no es pot demanar a l'administració una activitat consistent en mantenir en forma constant cadascuna de les instal·lacions i serveis públics que gestiona en un estat absolutament impecable. En aquest sentit cal reconduir la idea de funcionament normal a uns estàndards de qualitat determinats que seran els estàndards exigibles pel ciutadà, i si la mateixa administració no fixa aquests estàndards, caldrà deduir-los de forma casuística a partir d'allò que sigui raonable i pressupostàriament sostenible. En allò que superi aquests estàndards és el ciutadà o l'usuari el que ha d'assumir els riscos inherents a les seves activitats – activitats que hom exerceix en règim de llibertat i sota la pròpia responsabilitat*.

(..) *S'ha acreditat així mateix que la Diputació titular de la carretera no va rebre avís del primer accident, ni va ser la que va disposar l'aplicació de sepiolita. L'únic que consta és que els serveis provincials van ser avisats de la necessitat de retirar la sepiolita i que així ho van fer de forma inmediata. Per tant, no tant sols no es constata una situació de negligencia de la Diputació, sinó que acredita en aquest cas un estàndard de mitjans aplicats al manteniment, vigilancia i resposta davant incidències que es produeixen a les carreteres de la seva titularitat. (..)* ***no seria raonable exigir a l'administració un deure de manteniment de les vies públiques que comporti una reacció inmediata a qualsevol desperfecte en l'estat de conservació que***

***es produeixi, ni tampoc que assumeixi sense més les responsabilitats o els riscos que generen els altres usuaris de les vies*".**

. La Sentencia nº 213/2006, de 18 de octubre, dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3, en un supuesto de accidente en carretera, como consecuencia de la ejecución de unas obras. La Magistrada exonera de responsabilidad a la Diputación argumentando al respecto: *"(…) aún admitiendo que el estado de la vía no fuera el óptimo deseable, no existe prueba que permita inferir que fue tal estado el desencadenante,... En otro caso, se llegaría a la exigencia de un estándar de eficacia que excedería de lo que comúnmente se reputa obligatorio y convertiríamos a la Administración Pública en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados con independencia del actuar administrativo, transformando el sistema de responsabilidad de la Administración Pública en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico como afirman las STS de fecha 5 de junio de 1998 y 13 de septiembre de 2002".*

III. Responsabilidad de la Administración cuando intervienen contratistas o concesionarios

Ante la circunstancia de que la Administración ejecute las obras públicas a través de empresas contratistas y que, durante la ejecución de los trabajos, puedan infligirse daños a los ciudadanos, el artículo 198.3 de la Ley 30/2008, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante LCSP) establece que, en esos supuestos, los terceros perjudicados pueden requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. Hemos de señalar que la omisión de éste pronunciamiento, por parte de las Administraciones públicas, supone que los Tribunales, para garantizar los derechos del particular reclamante, impongan la responsabilidad patrimonial a la Administración.

Se trata de un procedimiento especial que prevé la legislación de contratos públicos y que se ha de tramitar como un incidente del expediente de contratación correspondiente. En lo no previsto en la Ley de contratos y en sus normas de desarrollo, a este procedimiento le resultan de aplicación supletoria las normas de la LPAC, por aplicación de la Disposición final octava de la LCSP (Disposición adicional séptima del antiguo TRLCAP).

No obstante, no hay que olvidar que, como regla general, será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, excepto en los casos en que los daños hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración, o de los vicios del proyecto elaborado por aquella Administración en el contrato de obras (artículos 198.1 y 198.2 de la LCSP y artículos 97.1 y 97.2 del TRLCAP).

La clave para que esa responsabilidad del contratista prospere, es que la Administración debe resolver a quien corresponde indemnizar (si a ella o al contratista), pues en otro caso deberá responder directamente. Por tanto, deberá incoar como decíamos, el expediente al que hemos hecho referencia, como un procedimiento incidental dentro del expediente de contratación que haya instruido al efecto, porque si lo "tildamos" de expediente de responsabilidad patrimonial, el fracaso del mismo está servido, condenándola la resolución judicial al abono de los daños, y ello sin perjuicio, según se arguye habitualmente, de la acción de regreso que asiste a la Administración respecto de sus contratistas o concesionarios.

. La **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 551/2006, de 12 de junio, Sala Contencioso-Administrativa (Sección Segunda**), da buena prueba de ello al condenar solidariamente a la Diputación y a su contratista, argumentando al respecto justamente la falta de ese expediente, dentro del ámbito de la Ley de contratos. Concretamente afirma: *"(…) la depuración de responsabilidad por lo ocurrido ni resulta clara ni ha sido objeto de una decisión administrativa en el ámbito de la Ley de Contratos ya que la Administración se limita en la resolución impugnada a negar responsabilidad por los hechos que dan lugar al daño cuya indemnización se pretende y a indicar a la actora que se dirija a la empresa X, siguiendo en su caso la vía civil".*

. Por su parte, **la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 89/2007, de 2 de febrero, Sala Contencioso-Administrativa (Sección Quinta)** condena también a la Administración con similar argumento, expuesto de forma más concluyente, y que dada su importancia, reproducimos literalmente: *"QUINTO.- Tampoco este alegato puede ser acogido tal como ha sido formulado ya que según el art. 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (anterior artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), en los supuestos de daños derivados de la actuación de contratistas, la Administración ante quien se dirige la reclamación de responsabilidad patrimonial, debe pronunciarse por la procedencia de la indemnización, según se derive o no del servicio público concedido la lesión sufrida por el particular, y, caso de estimar procedente aquélla, optar entre hacerse cargo de su pago o imponer tal obligación al concesionario. La omisión de este pronunciamiento, supone que, para garantizar los derechos del particular reclamante, se imponga la responsabilidad patrimonial a la Administración. Las SSTS de 9 de mayo de 1989 y 12 de febrero de 2000, entre otras, establecen el principio de que la Administración, titular del servicio público, no puede en modo alguno desentenderse de los daños causados por la actuación de la empresa que gestiona el indicado servicio, con lo que ha de resolver sobre la procedencia de la indemnización y sobre quien debe pagarla, quedando en caso contrario obligada a responder.*

En supuestos como el aquí examinado, en el que la Administración muestra una pasividad total, sin pronunciamiento de responsabilidad ni de sujeto responsable, el perjudicado puede válidamente reclamar judicialmente de la Administración y si ésta resulta condenada repetir contra el concesionario (STS, de 12 de febrero de 2000)".

Frente a estas dos sentencias encontraríamos una anterior en el tiempo, es decir de 19 de enero de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (R.A. 84437) que señala que la Administración ha de limitarse a determinar a quien compete abonar los daños, y si resulta que es al contratista, la reclamación la habrá de hacer el perjudicado ante los órganos de la jurisdicción civil.

Así las cosas, me decanto por afirmar –siguiendo la tesis de la sentencia más reciente de 2 de febrero de 2007- que las Administraciones públicas habremos de pronunciarnos sobre la existencia misma de responsabilidad así como sobre la eventual responsabilidad del contratista, de lo contrario, nos veremos condenadas por los Tribunales a asumir nosotras el importe de la indemnización pertinente, ello sin perjuicio de la posible acción de regreso contra el contratista o concesionario. (Se adjunta al presente escrito una minuta de decreto, donde se resuelve una reclamación de responsabilidad, habiendo mediado la intervención de un contratista en la ejecución de unas obras).

IV. Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en el ámbito penal

Mención aparte merece este artículo 121 del CP al tratarse de uno de los preceptos que, en palabras del Magistrado del Tribunal Supremo Francisco Soto Nieto[7], más interés e inquietud ha suscitado – dentro de la temática de la responsabilidad civil ex delicto - . Su interés se potencia en cuanto su exégesis y aplicación han de ir indefectiblemente relacionadas con la ordenación ofrecida por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Naturalmente también, y por lógica conexión con el Real Decreto de 26 de marzo de 1993, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. Y por supuesto, antes y por encima de todo, con los arts. 106.2 y 149 apartados 1 y 18 de la Constitución española.

Según el referido art. 121 del CP:

" *El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del*

[7] "La responsabilidad civil subsidiaria del estado y Entes Públicos en general (art. 121 del Código Penal). Diario La Ley, Sección doctrina, 1996, Ref. D-30, tomo 1. Ed. LA LEY.

funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario."

1. Análisis del precepto (art. 121 CP)

Este precepto establece la responsabilidad civil *ex delicto* directa de autoridades y personal al servicio de las entidades públicas, siempre que sean declarados penalmente responsables, y subsidiaria de la Administración, en defecto de solvencia del delincuente, siempre y cuando la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. Se invierte así el sistema general de responsabilidad directa de la Administración.

De otro lado, solo se predica la responsabilidad subsidiaria por los daños que sean consecuencia de delitos dolosos o imprudentes (*dejando fuera el régimen de daños causados por las faltas de los funcionarios*) lo cual constituye una omisión, que algún autor, generosamente, atribuye a un lapsus del legislador[8], pero que en realidad responden al deseo de evitar que la vía penal se utilice para obtener "fines" que deberían ser exigibles de forma mucho más directa y, además deberían ser obtenidos de una manera más rápida y eficaz por otra vía jurisdiccional, concretamente la contencioso-administrativa.

La enumeración del personal que se contiene en el referido precepto (*autoridad, agentes, contratados o funcionarios públicos*) es una descripción ejemplificativa y no exhaustiva, de "*vínculo personal del autor con la Administración*", según terminología del Tribunal Supremo[9].

El daño tiene que haber sido causado en el ejercicio de los cargos o funciones, esto es "*que hayan actuado en el ejercicio de su competencia funcional*".

Y, por último, *ser consecuencia del funcionamiento del servicio público* que estuviera confiado al responsable criminal.

El triple requisito se basa en la idea rectora de que el autor del hecho punible esté funcionalmente vinculado con el Estado (o con otro ente de derecho público) para que la acción pueda ejercitarse en el proceso penal. Si no es así, la pretensión hay que ejercitarla en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En el aspecto procesal solo resta añadir que cuando se quiera exigir, en el proceso penal, la responsabilidad civil de las autoridades, agentes y contratados de la Administración o funcionarios públicos, conforme determina el artículo que comentamos, *la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.*

2. Examen de la jurisprudencia dictada al amparo del art. 121 del CP

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aún no teniendo que enjuiciar ningún supuesto a la luz del precepto, *"apuntó"* maneras desde el principio y así, mediante reiterados *"obiter dicta"* muy tempranamente efectuó consideraciones, en torno al mismo, que favorecen la tesis contraria a la pretendida por el legislador, al afirmar *"que no sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del*

---

[8] Yzquierdo Tolsada, Mariano: Aspectos civiles del Nuevo Código Penal. Ed. Dykinson, SL, 1997, pág. 316, citando a Soto Nieto. Al igual que la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 11 de setiembre de 2003 (Ar. 703) que todo y enjuiciar un supuesto de delito, que no de faltas, afirma en su F. jurídico Sexto *"A este respecto no se entiende, parece más bien un olvido semántico y así hay que interpretarlo, porqué no se habla también de faltas, pues es evidente que en alguno de ellos(sic) se pueden irrogar daños y perjuicios atribuibles a sujetos relacionados con entes públicos":*

[9] Por todas, STS de 28-6-2000 (RJ 2000, 5649).

vocablo "delito" en el artículo 121 del Código de 1995", para entender comprendidas en él, también, a las faltas.

La primera de la Sentencias donde vierte la Sala de lo Penal del TS sus consideraciones es en la de 11 de enero de 1997 (Ar. 1128)[10], y se nutren de la misma la STS de 26 de septiembre de 1997 (Ar. 6366)[11], conocida como la de la "colza"; y la STS posterior de 24 de octubre de 1997 (Ar. 7290)[12].

Fuera del análisis de esas tres emblemáticas e iniciales sentencias, el Tribunal Supremo, todo y no pronunciarse de forma expresa sobre la cuestión y resolver en materia de delitos, no pierde oportunidad de afirmar e ir recordando que a los efectos de establecer la responsabilidad subsidiaria de las Administraciones públicas – con fundamento en el art. 121CP- será necesario, entre otros requisitos, que una persona sea declarada penalmente responsable por delito doloso o culposo *"a los que se ha entendido también como asimilables las faltas",* sirvan como ejemplo por todas las SSTS de 5-7-2002 (Ar. 7936) y 16-4-2003 (Ar. 4381).

Algunas Audiencias Provinciales, tomando como base esas resoluciones y, siempre, al igual que el Tribunal Supremo, al enjuiciar la posible responsabilidad subsidiaria de la Administración en supuestos de delitos, que no de faltas que seria lo propio, aprovechan la circunstancia para entender que aquellas (las faltas) son asimilables a los delitos dolosos y culposos. Señalamos como ejemplos, por todas, las Sentencias de la

---

[10] En esta sentencia aborda el tema que aquí nos ocupa en sus Fundamentos Jurídicos Sexto y Séptimo. En el FJ 6 después de enfatizar que tanto el Código Penal de 1944, como el de 1973, se refirieron explícitamente tanto a los delitos como a las faltas, hace un seguimiento por el tratamiento que dan al tema los distintos Proyectos de Código Penal, que se suceden desde el de 1980, para concluir acusando al Código de 1995 de *"avenirse mal con la corriente representada por la aceptación del sistema "numerus clausus" en las infracciones imprudentes"* y poniendo de manifiesto que con esa opción de exclusión de las faltas *"se retrocedió, al menos formalmente, hasta los textos de 1848-1850 (articulo 17), 1870 (artículo 20) y 1932 (artículo 21)".*
Pero donde más palmaria se manifiesta la postura del Tribunal, es en el Fundamento Jurídico Séptimo que dada su importancia, reproducimos literalmente:
"Ocurre, no obstante, que el silencio de este artículo 121.1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código, al igual que los anteriores, ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo "delito" como sinónimo de infracción criminal. Veánse, por todos, el párrafo primero del número 4º del artículo 130, en relación con el artículo 639 y el número 5º del repetido artículo 130, o los artículos 80.4 y 86. En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse también –desde la perspectiva de la responsabilidad civil subsidiaria- las faltas dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios. La exégesis deberá practicarse precepto por precepto, acudiendo no sólo al criterio gramatical, sino también al lógico y al sistemático, y sin olvidar dos directrices básicas: de un lado, el valor que el artículo 3.1 del Código Civil atribuye a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, con atención fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas; y de otro, que no se está en presencia de disposiciones penales (aunque se ubiquen en el Código Penal), sino de un artículo de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva conforme a la línea seguida por el Tribunal Supremo para objetivar al máximo esa misma responsabilidad civil subsidiaria en el marco del artículo 22 del Código Penal de 1973. No sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocablo "delito" en el artículo 121 del Código de 1995".

[11] Esta sentencia, conocida como la "del caso de la colza", en su apartado IX, FJ 3º de los argüidos frente al Recurso del Abogado del Estado, no obstante no poder aplicar el precepto controvertido (artículo 121CP), al haber casado la Sentencia calificando los hechos como constitutivos de delito y no de simple falta, considera de interés entrar en su examen y, así, vuelve a reproducir *"el obiter dicta"* de la Sentencia anterior, de forma literal, concluyendo que:
"(...) 2º Se podría contraargumentar que esta interpretación del precepto, aunque lógica, tiene un carácter extensivo, no sujeto a su propia literalidad o concreción como exige la hermenéutica penal. Sin embargo, hay que tener en cuenta, como después tendremos ocasión de repetir, que aunque las cuestiones sobre responsabilidad civil nacida del delito, tanto las directas, como las indirectas, estén reguladas o ubicadas por tradición legislativa (técnica no exenta de reproches) en el Código Penal, su naturaleza es puramente civil, de ahí que no debe extrañar que las normas que las regulan puedan (y deban) interpretarse, bien extensivamente, bien por analogía, no ciñéndose al estrecho margen interpretativo que necesariamente se impone cuando se trata de normas puramente penales. O lo que es lo mismo, y según antes hemos dicho, la palabra "delito" que emplea el artículo 121 hay que entenderla en el sentido de "infracción penal", comprensiva, tanto de los delitos "strictu-sensu" como de las faltas".

[12] En ella se arguye que al mantenerse la condena por delito y no por falta, quiebra uno de los motivos que se argumentaron, pero aunque así no fuera, y lo decimos a efectos puramente dialécticos, continúa el Tribunal, la solución seria la misma dado lo que nos enseñan dos sentencias anteriores, invocando las que acabamos de reseñar, para reproducir literalmente, a continuación, los argumentos que ya hemos expuesto.

Audiencia Provincial de Madrid de 11-5-2006 (Ar. 370); y de la Audiencia Provincial de Lleida de 8-11-2005 (Ar.2006, 91791).

Por lo que respecta a las Audiencias Provinciales, no hay unanimidad de criterio, la balanza se inclina de uno u otro lado, según, entre las que consideran que en el 121 del CP no deben entenderse incluidas las faltas, que es la tesis que nosotros sostenemos por cuanto de forma clara pone de manifiesto la voluntad del legislador, y las que se decantan por la tesis contraria. Así, la Audiencia Provincial de Huelva en Sentencia de 7 de abril de 1998 (Ar. 1731)[13]; la Audiencia Provincial de Girona, en Sentencia de 18 de febrero de 1999 (Ar. 618)[14], la Audiencia Provincial de Burgos en Sentencia de 10 de diciembre de 1999 (Ar. 5086)[15] y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 18 de marzo de 1999 (Ar. 2671), se muestran favorables a la tesis que estamos sosteniendo de no entender incluidas las faltas.

Frente a las tres Sentencias anteriores, la de la Audiencia Provincial de Navarra, de 13 de mayo de 1998 (Ar. 2371), se manifiesta favorable a considerar incluidas las faltas en el artículo 121 del CP[16] y en igual

---

[13] Esta sentencia estimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Lepe, quien junto con la Asociación de Vecinos La Péndola habían sido condenados, en primera instancia, como responsables civiles subsidiarios por las lesiones causadas con un cohete pirotécnico, por uno de los vecinos (condenado como autor responsable de una falta de imprudencia leve causante de lesión constitutiva de delito prevista en el artículo 621.3CP), en actos autorizados por aquélla entidad municipal, porque no se cumplían ninguno de los requisitos exigidos en los arts. 120 y 121 del CP.

[14] La Audiencia desestimó el recurso de apelación de una Señora que paseando por terrenos de una Zona Militar de L'Escala fue mordida por un perro de propiedad particular. En primera instancia, el Juzgado de Instrucción condenó a la propietaria del animal como autora de una falta contra los intereses generales del artículo 631 CP/1995.
La Audiencia de Girona, además de considerar aquél hecho – es decir, que el animal no pertenecía al Ministerio de Defensa - y, frente a la pretendida citación, por la apelante, del Ministerio Fiscal a quien entiende responsable civil, por ocurrir los hechos en terrenos militares, arguye lo siguiente: ***"(...) Olvida el recurso, que el artículo 121 del CP vigente, no contempla la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas en supuestos de faltas, al aludir expresamente a "delitos dolosos y culposos", por lo que, en cualquier caso, nunca era posible citar como tal al Ministerio de Defensa, en esta jurisdicción."***

[15] En esta sentencia la Audiencia resolvió un recurso de apelación contra un Auto de apertura de Juicio Oral y de sobreseimiento con respecto a las acusaciones formuladas por el recurrente, acusador particular, contra unos agentes de la Policía Local, por delitos de detención ilegal, torturas, encubrimiento, falsedad en documento público, así como contra el Excmo. Ayuntamiento de Burgos, como responsable civil subsidiario.
En el Fundamento de Derecho Sexto, la Audiencia de Burgos, se expresa de la siguiente manera: *"(...)* El precepto así transcrito – refiriéndose al artículo 121 CP - viene a sustituir al anterior artículo 22 del CP de 1973 en el que se extendía dicha responsabilidad civil, no sólo por los delitos, sino también por las faltas. La diferencia es importante en el presente caso, pues, no determinada la existencia de los delitos dolosos imputados por el recurrente a los agentes policiales y que han sido objeto de estudio en los fundamentos jurídicos anteriores, únicamente queda como hecho delictivo las lesiones presentadas por éste y que dice producidas durante su detención en las dependencias de la Policía Local, por agresión intencionada de los dos agentes acusados por el Ministerio Fiscal. *El precepto invocado deberá ser interpretado en su sentido literal y en beneficio de la parte acusada, bien penalmente, bien civilmente, y, por ende, deberá llegarse a la conclusión de que si la imputación recogida en el auto de apertura del Juicio Oral es por falta, no por delito doloso o imprudente, no cabrá fijar responsabilidad civil subsidiaria alguna, tal como se indica en el escrito de calificación provisional presentado por el Ministerio Fiscal, cuyo contenido es recogido en el auto de apertura del Juicio Oral impugnado y que en el presente auto se ratifica y reproduce en su integridad".* (La cursiva es nuestra)

[16] Los hechos enjuiciados, en esta Sentencia, se concretan en la no-realización de un TAC craneal y observación hospitalaria durante 24 horas de una paciente con traumatismo craneal debido a una caída, con pérdida de conocimiento, que al poco tiempo de ser dada de alta en el servicio de urgencias falleció debido a un coágulo de sangre en el cerebro. Por esos hechos fueron condenados dos médicos, como autores de una falta de imprudencia y, declarado responsable civil subsidiario el Hospital Reina Sofía de Tudela (perteneciente al Gobierno de Navarra).
En su recurso de apelación, el Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, solicitó la absolución de los médicos y, subsidiariamente de mantener la autoría por falta, se absuelva en todo caso a la Comunidad Foral de Navarra, por no ser posible legalmente tenerla por responsable civil subsidiaria al amparo del 121 CP, al no reunir el ilícito penal la consideración de delito.
Frente a esa alegación, arguye la Audiencia Provincial " (...) aún cuando sea cierto que el pronunciamiento penal condenatorio lo es por una falta, y no por un delito, no por ello debe entenderse que no pueda declararse la responsabilidad civil subsidiaria, porque el artículo 121 del nuevo Código Penal, sólo contempla los daños causados por la penalmente responsable de los delitos dolosos o culposos; ya que como ha declarado el Tribunal Supremo (Sentencia entre otras de 11 de enero de 1997*), la exclusión del vocablo falta, no implica su exclusión, pues puede entenderse el vocablo delito como sinónimo de infracción penal que contemplan otros preceptos, y que permite dada la naturaleza civil de la materia que regula dicho precepto, una interpretación extensiva del vocablo "delito", que permite incluir el surgimiento de la responsabilidad civil subsidiaria, del ente público, en supuestos de faltas culposas, lo que ampara cumplidamente la desestimación del recurso de apelación en este extremo".* (La cursiva es nuestra).

sentido su más reciente resolución de 17 de diciembre de 2002 (Ar. 45949) y la de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de julio de 2000 (Ar. 292), en la que se condenó a un policía instructor de atestado judicial, que durante la toma de declaración de un detenido, impidió a la abogada la libre formulación de preguntas, y que además intentó influir en el declarante para que cambiara de dirección letrada, por una falta de coacción o vejación injusta, estableciendo la responsabilidad subsidiaria del Estado[17] o, finalmente, la de la Audiencia Provincial de La Rioja de 16 de septiembre de 2002 (Ar. 281200) que confirmando la sentencia del Juzgado de Instrucción declaró responsable civil subsidiaria a la Consejería de Educación del Gobierno de la Rioja, por una falta de lesiones a un menor, producidas por una de sus profesoras.

3. El criterio que sostenemos en relación a la interpretación del art. 121 del CP

A modo de conclusión, podemos acabar recordando que conforme a los criterios hermenéuticos del artículo 3 del Código Civil, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Pues bien, parece que ninguno de los criterios es el seguido por el Tribunal Supremo, y algunas Audiencias Provinciales, al interpretar el artículo 121 del CP.

En efecto, desde una interpretación gramatical parece más que claro que el tenor literal del precepto se refiere a los "delitos dolosos y culposos", sin hacer mención alguna a las faltas.

Además, el hecho mismo de que la responsabilidad civil subsidiaria de carácter empresarial aparezca regulada, en diferentes términos, en el art. 120 del CP. La cercanía de los dos preceptos analizados (120 i 121 CP), con diferente fundamento cada uno (culpa *in vigilando y principio de riesgo y beneficio*, respectivamente*)*, que hacen casi imposible poder "justificar" un "olvido semántico" del legislador. La propia existencia de la vía administrativa, que el precepto analizado (art. 121 CP) contempla y admite, a través de una regulación legal y reglamentaria específica. Y, por último **los antecedentes legislativos[18],** la única *interpretación auténtica,* por otro lado, creo que no dan la razón a esa *"tenaz"* jurisprudencia del Tribunal Supremo, como hemos visto, puesto que es indubitada la voluntad del legislador de evitar que se utilice el proceso penal, en supuestos de infracciones susceptibles de ser sancionadas con pena leve[19], para obtener el resarcimiento de la Administración, como hasta hace escasos años se venía haciendo.

No obstante ello, estimo que el espíritu i finalidad del artículo 121 del CP se conservan, desde un punto de vista procesal, respecto a su precedente inmediato artículo 22 del CP de 1973, en el sentido de mantener que en una mismo proceso, esto es el penal, puedan ejercitarse dos tipos de acciones, de distinta naturaleza: la penal, encaminada a la satisfacción del agraviado y la consiguiente condena del culpable; y la civil, destinada al resarcimiento de los daños materiales o morales que aquél hubiera podido sufrir. Ahora bien, frente a su precedente inmediato, el artículo 121 CP actual, sufre una variación, como es la de no admitir la responsabilidad subsidiaria de los Entes Públicos en los supuestos de faltas. Ello no es más que el resultado de la acomodación de la norma al contexto histórico y legislativo en el que se inserta.

---

[17] A este último respecto, en el Fundamento Jurídico Sexto, se recogen de manera literal los FJ 6º y 7º de la STS 1997/1128, que ya hemos reproducido, además de añadir :"Que en lo referente a la responsabilidad civil del Estado hemos de precisar que aunque el artículo 121.1. silencia las faltas, ello no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales. Como viene manteniendo una uniforme línea jurisprudencial de esta Sala, la aplicación del precepto que establece la responsabilidad subsidiaria (artículo 22 CP derogado y 121 CP nuevo) del Estado ha sido interpretada extensivamente y se ha encaminado hasta una especie de responsabilidad objetiva del Estado que va más allá de los tradicionales parámetros marcados por la culpa *"in vigilando"* o culpa *"in eligendo"* para deslizarse por los campos marcados por la creación del riesgo o peligro, hasta llegar al principio de que, quien se aprovecha de las ventajas de una actividad o servicio debe soportar las cargas que de él se derivan, siempre que exista una situación de dependencia entre el autor del delito o falta y la persona individual o jurídica que bajo dependencia actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extralimitándose en ellas, como sucede en el caso presente (STS 1271/1997, de 21 de octubre)."

[18] No se ha insertado un resumen de los trabajos parlamentarios, porque eso casi convertiría al apartado en una monografía del tema, pero pueden consultarse en el núm. 0 de la revista "Quaderns de Dret Local" editados por la Fundación Democracia y Gobierno Local"

[19] Concepto que de la falta contiene el artículo 13.3CP al establecer: "Son faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve".

En efecto, por un lado es consecuente con el espíritu de la Ley 30/1992, que en su reforma del artículo 146 operado por la Ley 4/1999, impide incluso – acertadamente o no - demandar la responsabilidad civil directa de los funcionarios y autoridades, imponiendo que ésta se solicite ante la propia Administración y, por otro, y ese es el dato relevante, pretende evitar la utilización del proceso penal con la "ligereza" y "frivolidad" propias del que acude a él, no para obtener directamente la condena penal del funcionario que ha delinquido, ya que en la mayoría de supuestos desconoce incluso la identidad de aquél, sino que se actúa el proceso penal para obtener un más rápido "resarcimiento material o económico", asegurándose la responsabilidad subsidiaria de la Administración, sustrayéndole por esa vía indirecta, tanto a ella, como a la jurisdicción contencioso-administrativa, después, el conocimiento de unos asuntos que el legislador ha querido que sean de su exclusiva competencia, para eliminar la gran disparidad de criterios con que se estaba tratando el tema por todas las jurisdicciones (civil, penal, social y, obviamente, por la contencioso-administrativa).

No podemos olvidar al respecto, como señalábamos al principio, que el legislador ha ido intentando cerrar el sistema a través de la promulgación de sucesivas leyes: Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, la Ley 29/1998 de la Jurisdicción contencioso- administrativa, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, con la única pretensión de que los asuntos que tengan que ver con la responsabilidad de las Administraciones públicas, sean conocidos por éstas y, en su caso por la jurisdicción contenciosa. Permitir, por otro lado, que entrara en juego la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en caso de faltas, no seria más que otorgar carta de naturaleza a una *"fisura"* –de imprevisibles consecuencias - en el sistema laboriosa y paulatinamente creado.

En todo caso, además, la sustracción a los Tribunales de lo penal de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en los supuestos de faltas, no es tan grave, si tenemos en cuenta que a partir del día siguiente a la producción de los hechos, el perjudicado puede iniciar simultáneamente el proceso penal y el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, que no se verá suspendido por aquél, excepto que fuese necesaria la determinación de los hechos en la vía penal[20], lo cual muy pocas veces ocurre en los procesos por faltas.

4. El conflicto de jurisdicción como mecanismo de reacción de las Administraciones públicas ante los *"procesamientos"* de los Tribunales Penales, en los juicios de faltas

Consecuentemente con la tesis que estamos sosteniendo, esto es que los Tribunales penales carecen de habilitación legal para pronunciarse en materia de responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas, en los supuestos de faltas cometidas por los agentes o funcionarios de éstas, el conflicto de jurisdicción se nos antoja un buen mecanismo de defensa para recabar la que, sin duda, creemos que es materia de nuestra competencia.

El conflicto de jurisdicción entre la Administración y los Juzgados y Tribunales viene regulado en la Ley Orgánica de conflictos jurisdiccionales, 2/1987, de 18 de mayo y su promoción presenta la "ventaja", frente a otros posibles mecanismos, de que una vez requerido de inhibición el Juez que está conociendo de un asunto, si éste decide mantener su competencia y, cuando de procedimientos penales se trate, podrá proseguir las actuaciones pero sin dictar sentencia, momento en el cual deberá elevar el conflicto planteado, así como las actuaciones practicadas, al Presidente del Tribunal de Conflictos para que, previamente, dirima la controversia planteada, esto es quien de los dos - si Juzgado o Tribunal o bien la Administración pública - ha de conocer del asunto de que se trate. Simultáneamente el Juez requerido habrá de anunciar a la Administración requirente que el conflicto ha quedado formalmente planteado para que ésta, a su vez, de traslado de las actuaciones practicadas hasta el momento al Presidente del Tribunal de Conflictos.

En el ámbito de cada Administración pública (Estatal, Autonómica o Local) tan sólo podrán promoverlo los órganos taxativamente señalados en la ley[21], mientras que el resto de órganos o departamentos deberán de hacerlo a través de ellos. Así, para el Estado, están facultados los miembros del Gobierno, los Delegados del Gobierno en las CC.AA., y los Delegados de Hacienda; en la Administración autonómica se faculta al órgano que determine cada uno de sus respectivos Estatutos y, en su defecto lo pueden plantear el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o cualquiera de sus miembros por conducto de su Presidente. Y,

[20] Artículo 146.2. LPAC.
[21] Art. 3 de la Ley orgánica de conflictos jurisdiccionales.

finalmente, en la Administración local se faculta a los Alcaldes Presidentes de los Ayuntamientos, Presidentes de las Diputaciones Provinciales o Presidentes de Cabildos y Consejos Insulares previo acuerdo del Pleno corporativo, adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros, e informe del Secretario que deberá ser emitido en 10 días.

Por lo demás, el procedimiento es sencillo. Aparece regulado detalladamente en la Ley invocada, determinándose que el Tribunal de Conflictos antes de pronunciarse dará vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la Administración interviniente, por plazo común de diez días, debiendo dictar sentencia dentro de los diez días siguientes.

Finalmente, la sentencia declarará a quien corresponde la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado.

V. Casuística

1. La reclamación previa al Consorcio de Compensación de Seguros, excluye la posterior responsabilidad de la Administración

En un supuesto de accidente de carretera por existencia de mancha de aceite, la reclamación del perjudicado, por los daños personales sufridos, al **Consorcio de Compensación de Seguros** y la posterior reclamación de los daños materiales a la Diputación de Barcelona son incompatibles.

El Juzgado Contencioso-Administrativo nº 13 de Barcelona, desestima la demanda interpuesta arguyendo: "Principio de vinculación de los actos propios: Como bien se infiere de los alegatos expuestos por la defensa letrada de la demandada**, el hecho de que el recurrente acudiera en su momento al Consorcio de Compensación de Seguros, lleva implícita la aceptación de una premisa excluyente de la responsabilidad de la Diputación de Barcelona; a saber: la imputación de tal responsabilidad al vehículo desconocido causante del vertido".**

2. Problemática de las vallas de protección (IPN/CPN)

La **Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona,** dictada en un supuesto de responsabilidad por muerte provocada por un accidente en carretera, analiza la existencia de vallas protectoras del tipo IPN, frente a las del tipo CPN que según el abogado de la familia de la víctima hubieran podido evitar su muerte. El Magistrado desestima la pretensión y argumenta al respecto: *"Doncs bé, en el cas que ens ocupa no s'ha acreditat ni tan sols s'han aportat indicis suficients per pensar que una protecció lateral de la carretera diferent a l'existent fins aleshores haguera pogut evitar el dany.(…) Conduïa la motocicleta sense carnet,…, va avançar un vehicle en zona de línia contínua,…, no consta que en el desequilibri intervingués cap circumstància relacionada amb el ferm de la carretera,…, la protecció lateral estava en bon estat. (…) No hi ha constància certa si el cop mortal es va produir contra la tanca o contra el suport vertical de la mateixa, i no hi ha cap indici seriós que permeti deduir que una protecció lateral diferent haguera evitat la mort del conductor.(..) És cert que els suports existents eren del tipus IPN, però no s'ha aportat cap indici mínimament solvent que permeti entendre que un suport vertical tipus CPN hagués pogut evitar la mort del conductor".*

En parecidos términos se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de mayo de 2001 (JUR 2001/258177).

3. Piedras en calzada procedentes de muro "privado" lateral.

Se declara la responsabilidad de la Diputación de Barcelona con independencia de que el muro pertenezca a una propiedad privada. Doctrina extrapolable a piedras procedentes de taludes o árboles situados en zona de dominio público (3 metros).

La Sentencia nº 129/2007, de 22 de mayo, dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo número 11 de Barcelona argumenta al respecto:*"Resulta, pues, que existen indicios suficientes para afirmar que la piedra que propició el accidente sufrido por la recurrente procedía de los referidos muros de cierre de las fincas que lindan con la carretera, muros cuyo mantenimiento es defectuoso y conocido por el propio Servei de Vies Locals de la Diputación de Barcelona.*

Es por ello que no puede sino afirmarse la existencia del necesario nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos de la Administración demandada y el daño sufrido por la recurrente toda vez que siendo la Diputación de Barcelona conocedora del mal estado del muro lateral que bordea la carretera cuyo mantenimiento le compete, no adoptó las medidas necesarias a su alcance para evitar el desprendimiento de piedras a la calzada, desprendimiento previsible según el propio informe del Server de Vies Locals, o en su caso para prevenir a los usuarios de la vía de dicho peligro, ***sin que pueda ampararse la Administración demandada en la titularidad privada de dichos muros de cierre, puesto que a la misma le compete el mantenimiento de la vía en perfecto estado de circulación*** *(…)".*

Ahora bien, frente a esta Sentencia nos encontramos con la nº 79/2009 dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 11 de Barcelona, que en un supuesto de accidente de tráfico, presuntamente provocado por la caída a la vía de un árbol, que todo y estar en la zona de dominio de la carretera, se hallaba plantado, antes de su caída en una finca privada. En este caso, se exonera de responsabilidad a la Diputación, arguyendo que: *"(…) Del examen del expediente administrativo se concluye que el árbol caído causante de los daños se encontraba fuera de la arista exterior de la plataforma de la carretera y, aunque se encontrase en zona de servidumbre de dominio público exterior a la calzada, era propiedad de terceros, no siendo responsabilidad de la Administración demandada el mantenimiento y conservación de los árboles en terrenos que no son propiedad o gestionados por el Servicio de Vías Locales de la Diputación de Barcelona".*

4. Accidente de automóvil por irrupción de jabalí en la calzada.

Se exonera a la Administración y se hace "culpable" al coto de caza, en unos casos y, en otro se equipara el hecho con un supuesto de fuerza mayor. Las dos primeras sentencias ilustran la primera solución y la tercera sentencia la segunda de las soluciones.

La Sentencia nº 407/2008, de cinco de diciembre, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 11 de Barcelona, argumenta al respecto: *"(…) no cabe pretender articular una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración demandada por negligencia en la conservación de la vía por falta de señalización relativa al peligro de cruce de animales salvajes, pues como resulta de la documental obrante en autos, no había constancia de que se hubiesen producido con anterioridad accidentes en este punto kilométrico por tales motivos, teniendo en cuenta que la intensidad media diaria de vehículos en ese tramo de carretera a lo largo del año 2005 fue de 937 vehículos según resulta del propio informe, por lo que no cabe imputar responsabilidad a la Administración.*

En su caso debería la parte actora dirigirse contra los titulares de los aprovechamientos cinegéticos si los mismos no adoptaron las medidas adecuadas para evitar los riesgos derivados del uso del coto de caza, procediendo al vallado de los terrenos, como así lo ha recogido la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, entre otras en Sentencia de 17 de marzo de 2006 (…)".

La Sentencia nº 233/2008, de 5 de septiembre, procedente del Juzgado Contencioso Administrativo nº 10 de Barcelona, arguye: "(…) *los cotos de caza constituyen una actividad económica de explotación cinegética que generan un riesgo cuando, como es el caso, los límites del coto no se hallan vallados, razones por las que ha de responder de los accidentes que produzcan los animales al entrar o salir del mismo salvo que se acredite que el accidente se debió a culpa exclusiva de la víctima, lo cual no es el caso….* ***Por todas esas razones procede tan solo condenar a la Sociedad de Cazadores".***

La Sentencia nº 659/2007, de 26 de julio, procedente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, equipara ese hecho "imprevisible" a un supuesto de fuerza mayor, argumentando al respecto: *"(…) debe resaltarse el hecho de que la carretera por la que circulaba el actor es una carretera convencional, no segregada, de modo que no puede impedirse el acceso a la misma de animales salvajes, lo que constituye, desde esta perspectiva, un supuesto*

imprevisible que pueda equipararse a la fuerza mayor (…) ya que, como ha declarado de forma reiterada la doctrina del Consejo de Estado, no puede imputarse a una negligencia de los servicios administrativos titulares de la carretera el hecho de la irrupción súbita de un animal en la calzada, por la imposibilidad de previsión y evitación de este hecho".

Finalmente, **la Sentencia nº 181/2008, de 27 d'octubre, dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 15**, en un supuesto de irrupción de jabalí en la calzada, al equipararlo a fuerza mayor, hace esta interesante argumentación, que puede extrapolarse a las caídas en la vía pública :*"no es posible extender la cobertura del servicio público viario hasta garantizar la inexistencia en la calle de charcos de tan escasa entidad pues tales deficiencias, aún siéndolo difícilmente pueden ser consideradas como jurídicamente relevantes en la generación de un riesgo cuya producción constituya a la Administración en la obligación de resarcirlo, por cuanto, más que una ausencia de servicio o un servicio defectuoso, la existencia allí de aquel concreto reguero de agua, al igual que la de otros obstáculos o desniveles en la vía pública (aceras y bordillos, señales de ordenación del tráfico rodado, báculos del alumbrado público,...), al encontrarse dentro de los parámetros de la razonabilidad, deben en todo caso calificarse como riesgos socialmente admitidos como propios de la vida en común, siendo los daños de ellos derivados más una cuestión de tolerabilidad social que de objetivo resarcimiento por imputable a la Administración que presta el servicio".*

5. Petición de responsabilidad por caída en la vía pública

El Juzgado Contencioso Administrativo nº 16, dicta sentencia de 16 de febrero de 2009, donde exonera a un Ayuntamiento de responsabilidad por la caída de una señora en la vía pública, a consecuencia de un desnivel existente en la calzada, lo que considera un hecho probado. Al respecto argumenta que:*"(…) De la prueba practicada resulta que la responsabilidad del daño debe atribuirse en exclusiva a la falta de cuidado de la propia víctima, pues si se observan atentamente los documentos fotográficos aportados, se desprende que el lugar donde se encontraba el desnivel se encontraba alejado del paso de peatones por donde debería haber cruzado la demandante, pretendiendo por el contrario acceder al paso de peatones en diagonal y a través del desnivel aquel, al que debían sortear saltándolo o pisando en su interior, cuando podrían haber accedido fácilmente al paso de peatones a través de la acera cuyo firme se encontraba asolado correctamente y practicable para acceder al mismo, resultando a su vez de las testificales practicadas que el indicado lugar era frecuentado por la actora, por lo que debía conocer perfectamente la existencia del citado desnivel (…)".*

Barcelona, 1 de abril de 2009

Anexo I

DICTAMEN 388/06

Reclamació d'indemnització instada per la Sra. [redacted] pels danys causats a unes parcel·les de regadiu de la seva propietat, i que atribueix a unes obres realitzades per la Diputació de Barcelona que inutilitzen una conducció d'aigua de rec

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 14 de desembre de 2006, sota la presidència del Sr. Tomàs Font i Llovet i actuant com a secretari el Sr. Gabriel Capilla i Vidal, amb la participació de les Sres. i els Srs. Enric Argullol i Murgadas, Ferran Badosa i Coll, Mercè Barceló i Serramalera, Anna Casanovas i Mussons, Eladi Crehuet i Serra, Joaquim Ferret i Jacas, Jaume Galofré i Crespi, Àngel Garcia i Fontanet, Manuel Gerpe i Landín, Josep-Enric Rebés i Solé, Susana Sartorio i Albalat, i Carles Viver i Pi-Sunyer, i essent-ne ponent la Sra. M. Jesús Montoro i Chiner, ha aprovat el Dictamen següent.

ANTECEDENTS

1. El 21 de desembre de 2005, la Sra. [redacted] formulà una reclamació davant la Diputació de Barcelona en què sol·licitava una indemnització de 275.360 euros pels danys causats a unes parcel·les de la seva propietat, i que atribueix a unes obres realitzades l'any 1995 a l'antiga rectoria de Sant Pere de Vallcàrquera, del terme municipal de Figaró-Montmany, que inutilitzaren una conducció que subministrava aigua de rec a les seves parcel·les des de la Comunitat de Regants del Rec de Dalt de la Riera de Vallcàrquera.

GENERALITAT DE CATALUNYA
COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA

cp/ma

2. Mitjançant ofici de 18 de gener de 2006, el Servei d'Assessoria Jurídica de la Diputació de Barcelona sol·licità un informe sobre els fets al director dels Serveis d'Espais Naturals.

3. Per ofici de 20 d'abril de 2006 s'incorporà a l'expedient l'informe cronològic de les actuacions realitzades, emès per la directora del parc natural del Montseny el 6 d'abril de 2006.

4. Per ofici del mateix dia 20 d'abril es remeté a la interessada l'informe emès per la directora del parc natural del Montseny el 6 d'abril de 2006, en què se li concedia un termini de vista i d'audiència per formular al·legacions en relació amb la concurrència d'una possible causa d'inadmissibilitat.

5. El 23 de maig de 2006 s'incorporà a l'expedient un informe complementari relatiu a la situació actual i a les actuacions realitzades, emès per la directora del parc natural del Montseny el 22 de maig de 2006.

6. En la mateixa data de 22 de maig, la instant presentà un escrit d'al·legacions. Per ofici de 30 de maig de 2006 s'atorgà a la interessada un nou tràmit de vista i d'audiència de l'expedient. No hi consta que aquest ofici s'hagués pogut notificar.

7. Per Edicte de 6 de juliol de 2006, publicat al *Butlletí Oficial de la Província de Barcelona* el 15 de juliol, es notificà a la instant el tràmit d'audiència concedit. Durant el termini atorgat, no hi consta que presentés al·legacions.

8. Per Decret del president de la Diputació de Barcelona de 27 de juliol de 2006 es resolgué sol·licitar un dictamen a la Comissió Jurídica Assessora i suspendre el procediment. Aquest Decret fou notificat a la interessada i a la companyia d'assegurances per oficis d'1 d'agost de 2006.

9. El 17 d'agost de 2006, el lletrat de la Diputació de Barcelona proposà declarar inadmesa la reclamació per prescripció de l'acció, o, subsidiàriament, desestimar-la per manca de prova del dany.

10. El 22 de setembre de 2006, la cap de la Secció de Patrimoni de les Entitats Locals i el cap del Servei de Règim Jurídic i de Relacions amb les Entitats Locals del Departament de Governació i Administracions Públiques informaren favorablement sobre la tramesa de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.

11. El 4 d'octubre de 2006 tingué entrada en aquesta Comissió Jurídica Assessora la petició de dictamen formulada per la Diputació de Barcelona i tramesa pel conseller de Governació i Administracions Públiques.

12. El 10 d'octubre de 2006, el Ple de la Comissió admeté a tràmit la consulta referida i en nomenà ponent.

FONAMENTS JURÍDICS

I. En aquest Dictamen s'analitza la reclamació d'indemnització instada davant la Diputació de Barcelona per la Sra. [redacted], en què

sol·licitava una indemnització de 275.360 euros pels danys causats a parcel·les de la seva propietat, i que atribueix a obres realitzades l'any 1995 en l'antiga rectoria de Sant Pere de Vallcàrquera, en el terme municipal de Figaró-Montmany.

Segons la legislació vigent, aquesta Comissió Jurídica Assessora ha d'entrar a analitzar els extrems següents: *a)* l'existència del dany; *b)* l'existència de relació de causalitat entre els danys produïts i el funcionament dels serveis públics, i *c)* si s'escau, la valoració del dany i les quantitats i modalitats de la indemnització.

El dictamen d'aquesta Comissió Jurídica Assessora s'emet en els casos de reclamació de responsabilitat tramitats per les entitats locals, segons el que disposa l'article 8.3.a) de la Llei 5/2005, respecte de les reclamacions de responsabilitat de les administracions públiques, la quantitat de la qual sigui igual o superior a 50.000 euros.

La proposta de resolució que efectua la Diputació de Barcelona s'efectua en el sentit de declarar la inadmissibilitat i, subsidiàriament, desestimar la reclamació formulada.

II. La institució de la responsabilitat patrimonial de l'Administració de la Generalitat és reconeguda en l'article 87.1 de la Llei 13/1989, de 14 de desembre, d'organització, procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya. Aquest precepte estableix que l'Administració pública respon patrimonialment dels danys i perjudicis que puguin patir els particulars per causa del funcionament dels serveis públics, d'acord amb el que estableix la legislació vigent.

La institució de la responsabilitat patrimonial té el fonament constitucional en l'article 106.2 de la norma suprema, i ha estat desplegada per la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del

procediment administratiu comú (LRJPAC), com també pel seu Reglament, aprovat per Reial decret 429/1993, de 26 de març, que en regula el procediment.

Aquesta normativa, dictada en funció del mandat contingut en l'article 106.2 de la Constitució, "en els termes establerts per la llei", regula quins són els paràmetres d'exercici i admissibilitat de l'acció, així com els elements materials necessaris perquè la petició prosperi i el perjudicat tingui dret a ser indemnitzat. Aquests últims es concreten en els articles 139 i següents de la LRJPAC de la forma següent: s'ha d'haver produït un dany real i efectiu, que es pugui avaluar econòmicament, i que es trobi individualitzat en relació amb una persona o un grup de persones. A més, la lesió produïda ha de ser antijurídica, en el sentit que el particular que la pateix no té el deure jurídic de suportar-la. Així mateix, cal que el dany ocasionat sigui conseqüència del funcionament dels serveis públics, que no hi hagi intervingut cap força major ni cap actitud o acció del perjudicat capaç de trencar el nexe causal, o, el que equival a dir, el dany o perjudici directe ocasionat pels serveis públics. (A part, és clar, dels supòsits de concurs de causes o concausació.) El dany ha de ser imputable als serveis públics i, per tant, se n'ha de buscar el títol d'imputació, si bé és cert que no sempre és fàcil trobar-lo desvinculat perfectament de la idea de culpa o de la idea d'il·legalitat.

Utilitzant una mera classificació, es podria dir que el títol d'imputació de la responsabilitat patrimonial que sorgeix del sacrifici originat a un particular per actes lícits no és idèntic del que deriva d'actuacions de risc en les quals no hi hagi hagut culpa ni funcionament anormal dels serveis públics, o la derivada d'actuacions que infringeixen i vulneren el deure de cautela o de precaució difícils de distingir del funcionament anormal en sentit estricte; i els anteriors no tenen res a veure amb el títol que es pot fer valer en el cas d'adoptar actes administratius contraris a dret, il·legals i, en general, no ajustats a dret. Naturalment, el títol d'imputació no es

fonamenta en els diversos sectors (urbanisme, ensenyament, prestació de serveis sanitaris), sinó en l'actuació i en la manera d'actuar.

En el cas sobre el qual ara es dictamina, tal com els fets es dedueixen de l'expedient, es podria qualificar de funcionament anormal dels serveis públics en el supòsit que, efectivament, aquests haguessin omès el deure legal d'actuar per evitar, segons la reclamant, els desperfectes sobre el seu sistema de drets d'aigua que travessen la finca de la Diputació de Barcelona en la qual estava situada la rectoria, les obres de rehabilitació de la qual van ser, sempre segons la reclamant, l'origen dels danys patits. A reserves del que es dirà en el fonament jurídic III.

Doncs bé, com aquesta Comissió Jurídica ha declarat en nombrosos dictàmens (340/00, 222/06 i 300/06), els supòsits de responsabilitat patrimonial relacionats amb danys en sistemes de rec i de captació d'aigües revesteixen una complexitat singularitzada, ja que no sempre és fàcil de provar quan els serveis públics han originat, per qualsevol causa, desperfectes en sistemes de conducció o de captació d'aigua emparats per drets dels particulars, i molt més difícil resulta provar l'inici d'aquells desperfectes, la seva continuació en el temps o les conseqüències efectives de la reparació d'aquells desperfectes pels mateixos serveis públics.

III. Des del punt de vista formal, l'examen de l'expedient posa de manifest que la reclamant té legitimació activa com a titular de les parcel·les de regadiu de la seva propietat i, com a tal, ha comparegut al llarg de l'expedient.

La legitimació passiva no planteja cap problema, ja que aquesta es dóna a la Diputació de Barcelona, al mateix temps titular de la finca que es veu travessada per uns drets d'aigua dels quals és titular la reclamant.

En l'àmbit procedimental, la tramitació de l'expedient s'ha ajustat a les determinacions contingudes en el Reglament aprovat pel Reial decret 429/1993. En

GENERALITAT DE CATALUNYA
Comissió Jurídica Assessora

especial, el tràmit d'audiència de la interessada s'ha atorgat en diverses ocasions i algunes comunicacions s'han notificat tant personalment o per correu certificat, com per edictes.

Ara, doncs, és procedent analitzar si la reclamació ha estat interposada en el termini de l'any a què es refereix l'article 142.5 de la LRJPAC o, per contra, com es considera en la proposta de resolució, la reclamació ha estat interposada extemporàniament.

La reclamant, en l'escrit de 21 de desembre de 2005, dirigit a la Diputació de Barcelona, sosté que "l'any 1995, amb motiu de les obres que aquesta Diputació de Barcelona va fer a l'antiga rectoria de Sant Pere de Vallcàrquera, del municipi de Figaró-Montmany, es va veure afectada i inutilitzada la conducció de l'aigua de rec que es subministrava des de la Comunitat de Regants del Rec de Dalt de la Riera de Vallcàrquera fins a les parcel·les de regadiu de la meva propietat, de la qual es disposa de la pertinent concessió per part de l'Agència Catalana de l'Aigua <*sic.*>". La reclamant al·lega que el fet es va posar en coneixement de la Diputació en un moment inicial i en reiterades ocasions posteriors i que no poder regar les parcel·les de la seva propietat li causava un gran perjudici econòmic, ja que només podia efectuar conreu de secà.

A l'efecte d'establir la relació entre els fets i el transcurs del temps com a factor determinant de la viabilitat de l'acció de responsabilitat patrimonial, resulta convenient ressaltar el que segueix (tal com consta en diversos informes que hi ha en l'expedient).

1. En efecte, el 4 de desembre de 1995, el guarda de parc de la zona realitzà l'informe núm. 9359, en què notificava i confirmava el fet que s'havia trencat el tub de la Comunitat de Regants.

2. Mitjançant una inspecció tècnica es comprovà la veracitat dels fets i s'adoptà la decisió de reparar no només el tros trencat, sinó tota la longitud de la canonada, ja que es veia que el tub estava reblert per manca d'ús o manteniment.

3. La construcció que s'efectua per reparar els danys substitueix l'antic tub de pòrtland de la Comunitat de Regants per un tub de PVC de 160 mm de diàmetre. En conjunt són 124 metres lineals des de sota la bassa de rec fins al marge final de la finca, més 7 polzes 45 mm i una rasa de 80 cm de fondària. Els treballs es van realitzar al final de l'any 1996.

4. En el període des de 1997 fins a 2005, no hi ha constància de la utilització del rec ni cap avís o sol·licitud per part de la reclamant que el rec no funcionés. En el mateix període, tampoc no es va fer arribar cap queixa a la Diputació de Barcelona ni a l'Ajuntament de Figaró-Montmany sobre perjudicis complementaris a la finca de la reclamant.

5. El 9 de maig de 2005, en una reunió a l'Ajuntament de Figaró-Montmany amb la reclamant, el regidor de Medi Ambient, la directora del parc del Montseny i el tècnic de manteniment s'arriba a l'acord de vehicular el pas de l'aigua a través de la finca de la Diputació, ja que la instant insisteix en la manca d'aigua de rec de la finca can [redacted].

6. Efectuades les investigacions a través de la Comunitat de Regants, la setmana del 16 al 20 de maig de 2005 es realitza una nova reunió a la finca de la Diputació de Barcelona amb la reclamant i se li explica que es conduirà el rec des del pericó de distribució fins a la captació soterrada de la finca de la Diputació, soterrant la conducció. "En la mateixa reunió, la Sra. [...] informà d'un segon rec per a uns altres camps, dels quals no es tenia cap coneixement."

7. El 26 de maig de 2005 es comencen les obres de reparació del primer rec. El 4 de juliol finalitzen les obres amb ajuda d'un grup motobomba. El cost va ser de 1.844,40 euros.

GENERALITAT DE CATALUNYA COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA

8. Pel que fa al segon rec anunciat per la reclamant en la reunió citada, el qual no és operatiu, la instant no aporta informació cadastral ni d'ubicació respecte de les finques que insinua que estan afectades.

De tot l'anterior es deriva que, des que es reparà el tub de rec l'any 1996 fins a la data en què la reclamant formulà la reclamació, han transcorregut nou anys sense que s'hagués queixat, la qual cosa fa presumir que les obres realitzades el 1996 per reparar la situació havien estat efectives.

Si s'hagués entès que la reclamant estava patint danys, l'extensió en el temps dels quals havia perdurat des de 1996 fins a 2005, això hauria obligat a distingir si es tractava de danys el caràcter dels quals era de *continuïtat* o si s'haurien de poder qualificar com a *permanents*, en què l'acte que els genera s'esgota en un moment concret, tot i que el resultat lesiu romangui inalterable en el temps.

Doncs bé, en termes de la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa de l'Audiència Nacional, Recurs 341/2003, la distinció entre danys *permanents* i *continuats* té un caràcter jurídic amb conseqüències econòmiques. Són danys *permanents* aquells en què l'acte generador s'esgota en un moment concret encara que el resultat lesiu sigui inalterable i permanent en el temps (se cita la Sentència del Tribunal Suprem de 7 de febrer de 1997). Mentre que són danys *continuats* aquells que sobre la base d'una unitat d'actes es produeixen dia rere dia d'una manera prolongada en el temps i sense solució de continuïtat.

Aquesta diferència ha originat un criteri jurisprudencial que porta a assenyalar que el termini de prescripció de responsabilitat no comença a computar-se fins que no cessen els efectes lesius en el supòsit dels danys continuats; mentre que, en els casos de danys permanents, el termini comença a computar-se en el moment en què es produeix l'actuació o el fet danyós.

Aquesta Comissió Jurídica Assessora entén que els danys que al·legava la reclamant tenen el caràcter de danys suposadament permanents, és a dir, el resultat

lesiu s'està produint d'una manera inalterable i permanent en el temps, i, per tant, el termini per reclamar ha de computar-se des del moment en què es produeix l'actuació o el fet danyós, és a dir, després de les obres de reparació de la canonada el 1996 (un any a partir d'haver-se realitzat les obres), en el cas hipotètic que aquestes no haguessin estat degudament realitzades i els sistemes de rec de la reclamant patissin pertorbacions similars a les esdevingudes quan el 1995 va posar en coneixement de la Diputació la ruptura del sistema de rec per les obres realitzades en la rectoria.

Resulta també rellevant, a l'efecte de tot l'anterior, que el dictamen pericial que la reclamant aporta reconegui que la finalitat de l'informe és determinar i valorar els perjudicis causats als terrenys de regadiu de la finca masia can [redacted] a causa de la destrossa en la conducció del rec de la riera de Vallcàrquera arran de les obres efectuades per la Diputació de Barcelona l'any 1995, en arreglar la rectoria de Sant Pere de Vallcàrquera per destinar-la a escola de natura, sense que en cap moment tingui en compte la reparació de la canonada efectuada per la Diputació el 1996; i també resulta rellevant, a l'efecte de la prescripció, que en el dictamen pericial no s'individualitzin les pèrdues per anys, sinó que s'estableixi una valoració global de pèrdues econòmiques sense puntualitzar ni desglossar cada un dels anys.

Doncs bé, a la vista de l'anterior, i atesa la naturalesa del caràcter permanent dels danys suposadament al·legats, aquesta Comissió Jurídica és del parer que l'acció de responsabilitat ha estat interposada fora dels límits de l'article 142.5 de la Llei 30/1992, i que, en conseqüència, ha prescrit el dret a l'exercici.

La circumstància anterior evita entrar a conèixer el fons de l'assumpte al qual es refereix la reclamació i, per tant, no s'entrarà a analitzar el pressupost de la lesió, l'efectivitat i la relació de causalitat.

CONCLUSIÓ

És procedent informar favorablement, en el sentit de declarar prescrita l'acció de responsabilitat patrimonial, sobre la reclamació d'indemnització instada per la Sra. [redacted] pels danys causats a unes parcel·les de regadiu de la seva propietat, i que atribueix a unes obres realitzades per la Diputació de Barcelona que inutilitzen una conducció d'aigua de rec.

[redacted] i [redacted]
President

Àrea de Presidència
Servei d'Assessoria Jurídica

Londres, 55 / 08036 Barcelona
Tel 934 022 245 / Fax 934 020 745
s.assessoriaj@diba.cat / www.diba.cat

DECRET (ADAPTAT A LA LLEI 30/07 DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC)

Núm. expedient		**Codi XBMQ**	
Promotor	Servei d'Assessoria Jurídica		
Tipus expedient	Altres		
Objecte	Resol el procediment especial de l'article 198.3 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, amb motiu de la reclamació de danys derivats de l'execució d'un contracte administratiu d'obres formulada pel senyor ...		
Destinataris		**NIF/DNI**	
Núm. op. Comptable		**Import total**	
Altres unitats gestores		**Núm. acte de referència**	

En data 20 de setembre de 2006 va tenir entrada en el Registre General de la Diputació de Barcelona un escrit pel qual *el senyor ... reclama pels danys materials soferts el mes de juny de 2006 mentre circulava amb la seva motocicleta per la carretera BV-5303, entre els punts quilomètrics 6 i 8, quan, en arribar a una zona d'obres consistents en l'asfalt de la calçada, els operaris li van fer indicacions perquè pogués passar, moment en què el quitrà que encara no estava ben adherit al terra va tacar la part baixa de la moto.*

El reclamant fixa la indemnització en ... euros.

El Servei de Vies Locals d'aquesta Diputació, mitjançant informe emès en data *15 de novembre de 2006, confirma que la carretera BV-5303* és gestionada per la Diputació de Barcelona, i disposa que en les dates indicades pel perjudicat s'estaven duent a terme en aquell tram unes obres a càrrec de la societat ....., amb qui la Diputació havia signat un contracte administratiu d'obres en data ..... Per tant, es tracta d'uns presumptes danys produïts sobre un tercer com a conseqüència de les operacions d'execució d'un contracte administratiu d'obres.

L'article 198.3 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP) estableix que, en aquests supòsits, els tercers perjudicats poden requerir prèviament, dins de l'any següent a la producció del fet, a l'òrgan de contractació perquè aquest, escoltat el contractista, es pronunciï sobre a quina de les parts contractants correspon la responsabilitat dels danys. Es tracta d'un procediment especial que preveu la

legislació de contractes públics i que s'ha de tramitar com a un incident de l'expedient de contractació que correspongui, en aquest cas de l'expedient del contracte d'obres adjudicat a la mercantil ..... En allò no previst en la Llei de contractes i en les seves normes de desenvolupament, a aquell procediment li resulten d'aplicació supletòria les normes de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant, LPAC), per aplicació de la *Disposició addicional setena del TRLCAP* / **Disposició final vuitena de la LCSP.**

En el cas que ara s'examina, comprovat el fet que el perjudicat senyor ... ha formulat el requeriment dins el termini d'un any, mitjançant ofici de data 4 de desembre de 2006, notificat en forma el dia 22 de desembre, s'ha donat tràmit d'audiència al contractista pel termini de deu dies, *sense que havent transcorregut amb escreix aquest termini res no hagi manifestat / dins del qual s'ha personat en l'expedient i ha formulat les al·legacions que ha considerat oportunes en defensa dels seus drets.*

Per ofici de 30 de gener de 2007 s'ha donat trasllat al perjudicat de les al·legacions formulades pel contractista, i mitjançant escrit de data ... ha presentat al·legacions.

Així les coses, procedeix sense més tràmits resoldre el procediment i determinar a qui correspon l'eventual responsabilitat pels danys reclamats.

I. Com a regla general, serà obligació del contractista indemnitzar tots els danys i perjudicis que es causin a tercers com a conseqüència de les operacions que requereixi l'execució del contracte, tret dels casos en què els danys hagin estat ocasionats com a conseqüència immediata i directa d'una ordre de l'Administració o dels vicis del projecte elaborat per aquella Administració en el contracte d'obres (*articles 97.1 i 97.2 del TRLCAP* / **articles 198.1 i 198.2 de la LCSP)**.

Si examinem les circumstàncies del cas que ens ocupa, és fàcil convenir en què *els danys derivats de l'adherència de les restes d'asfalt a la motocicleta del senyor ...* no obeeixen a una ordre directa de l'Administració ni tampoc a un defecte del projecte d'obres, sinó que es tracta de danys que tenen el seu origen en l'execució material de les obres, és a dir, *si el perjudicat podia o no passar en aquell moment pel tram recentment asfaltat depenia de les indicacions o senyalitzacions que a peu d'obra estaven realitzant els operaris, cosa que ve confirmada pel silenci mantingut ara pel contractista en el tràmit d'audiència*.

Per tant, com que l'objecte de la reclamació no és altre que els danys derivats de l'execució d'un contracte administratiu, i com que no queda acreditat que fossin com a conseqüència d'una ordre directa administrativa o d'un vici del projecte d'obres, es pot afirmar que no hi ha nexe causal entre aquell dany i el servei públic titularitat de la Diputació de Barcelona, ja que, com diu la Sentència del Tribunal Suprem, Sala contenciosa administrativa, de 24 d'abril de 2003 (RJ 2003\5409) que resol un cas similar al que ara ens ocupa, "*entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa y efecto, ya que la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenas a la organización o a la actividad administrativa, pues la responsabilidad de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños*

derivados de actos puramente personales de otros sujetos de derecho que no guardan relación alguna con el servicio".

En el mateix sentit, la Sentència del Tribunal Suprem de 19 de setembre de 2002 (RJ 2002\8401) i la més recent de 20 de juny de 2006 (RJ 2006\3388).

II. Les consideracions anteriors faculten la Diputació de Barcelona, i mitjançant aquesta resolució, a declarar que la responsabilitat pels danys soferts pel *senyor ...* correspon a la societat .....

En virtut de tot el què antecedeix,

RESOLC:

Primer. Declarar que la responsabilitat dels danys soferts *pel senyor ..., consistents en una sèrie de desperfectes a la part baixa de la seva motocicleta en ser esquitxada pel quitrà de la calçada que encara no hi era ben adherit al terra, quan circulava a primers del mes de juny de 2006 per la carretera BV-5303, entre els punts quilomètrics 6 i 8, on s'hi estaven fent unes obres de reasfaltament de la calçada,* correspon a la societat *.....",*

Segon. Requerir la societat *.....* perquè aboni al senyor .... la indemnització per un import de ... euros, en el termini de ..... dies *(a determinar en cada cas)*.

Barcelona,

En dono fe.

La secretària general

El president delegat de l'Àrea d'Infrastructures, Urbanisme i Habitatge

...

...

8a sessió

15/05/09

Prestacions públiques i tarifes privades en la gestió dels serveis locals.
Emilio Aragonés Beltrán, magistrat del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

La participació remota a les sessions del Ple en situacions assimilables al permís de maternitat o paternitat.
Jordi Cases Pallarès, Secretari General de l'Ajuntament de Barcelona.

Els drets de participació del regidor no adscrit.
Especial referència al trencament de les coalicions electorals.
Susana Sánchez Pérez, Cap del Servei d'Assessoria Jurídica de la Diputació de Barcelona.

PRESTACIONES PÚBLICAS Y TARIFAS PRIVADAS EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES

Emilio Aragonés Beltrán
Magistrat

Sumario

I. NORMATIVA: 1

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: 1
Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004: 1
Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril: 4
Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 junio 1955: 4
Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre: 6
Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público: 7

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 8

1. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 29 enero 1998 (RJ 1998\1094) 8
2. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 2 julio 1999 (RJ 1999\7094) 16
3. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 15 abril 2000 (RJ 2000\3781) 22
4. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 29 octubre 2003 (RJ 2003\7950) 26
5. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 26 enero 2004 (RJ 2004\825) 32
6. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 2 marzo 2004 (RJ 2005\3038) 34
7. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2) de 20 octubre 2005 (RJ 2006\53) 41
8. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2) de 7 marzo 2007 (RJ 2007\2030) 47
9. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2) de 19 diciembre 2007 (RJ 2008\1810) 54
10. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2) de 12 febrero 2009 (Recurso de Casación núm. 3349/2006.) 62

III. SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA 79

STSJ PAÍS VASCO, Contencioso sección 1ª, del 30 de Julio del 2004 (STSJ PV 1438/2004) 79
STSJ CATALUNYA, Contencioso sección 3ª, de 5 de Abril del 2005 (STSJ CAT 4144/2005) 86
STSJ CATALUNYA, Contencioso sección 1ª, del 09 de Marzo del 2006 (STSJ CAT 2062/2006) 88
STSJ COMUNIDAD VALENCIANA, Contencioso sección 3ª, del 30 de Septiembre del 2008 (STSJ CV 6095/2008) 90

IV. BIBLIOGRAFÍA 93

I. NORMATIVA:

LEY 58/2003, DE 17 DE DICIEMBRE, GENERAL TRIBUTARIA:

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

1. Esta Ley establece los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español y será de aplicación a todas las Administraciones tributarias en virtud y con el alcance que se deriva del artículo 149.1.1ª, 8ª, 14ª y 18ª de la Constitución.

2. Lo establecido en esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo dispues-to en las leyes que aprueban el Convenio y el Concierto Económico en vigor, respectivamente, en la Comunidad Foral de Navarra y en los Territorios Históricos del País Vasco.

Artículo 2. Concepto, fines y clases de los tributos.

1. Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.

2. Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos:

a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utiliza-ción privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuan-do los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del ser-vicio público y su titularidad corresponda a un ente público.

b) Contribuciones especiales son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos.

c) Impuestos son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente.

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY REGULADORA DE LAS HACIENDAS LOCALES, TEXTO REFUNDIDO APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2004:

Artículo 20. Hecho imponible.

1. Las entidades locales, en los términos previstos en esta Ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administra-dos. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:

Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.

Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

2. Se entenderá que la actividad administrativa o servicio afecta o se refiere al sujeto pasivo cuando haya sido motivado directa o indirectamente por éste en razón de que sus actuaciones u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico, o cualesquiera otras.

3. Conforme a lo previsto en el apartado 1 anterior, las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por los siguientes:

(…)

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:

(…)

n) Asistencias y estancias en hospitales, clínicas o sanatorios médicos quirúrgicos, psiquiátricos y especiales, dispensarios, centros de recuperación y rehabilitación, ambulancias sanitarias y otros servicios análogos, y demás establecimientos benéfico-asistenciales de las entidades locales, incluso cuando los gastos deban sufragarse por otras entidades de cualquier naturaleza.

ñ) Asistencias y estancias en hogares y residencias de ancianos, guarderías infantiles, albergues y otros establecimientos de naturaleza análoga.

o) Casas de baños, duchas, piscinas, instalaciones deportivas y otros servicios análogos.

p) Cementerios locales, conducción de cadáveres y otros servicios fú-nebres de carácter local.

q) Colocación de tuberías, hilos conductores y cables en postes o en galerías de servicio de la titularidad de entidades locales.

r) Servicios de alcantarillado, así como de tratamiento y depuración de aguas residuales, incluida la vigilancia especial de alcantarillas particulares.

s) Recogida de residuos sólidos urbanos, tratamiento y eliminación de éstos, monda de pozos negros y limpieza en calles particulares.

t) Distribución de agua, gas, electricidad y otros abastecimientos públicos incluidos los derechos de enganche de líneas y colocación y utilización de contadores e instalaciones análogas, cuando tales servicios o suministros sean prestados por entidades locales.

u) Servicio de matadero, lonjas y mercados, así como el acarreo de carnes si hubiera de utilizarse de un modo obligatorio; y servicios de inspección en materia de abastos, incluida la utilización de medios de pesar y medir.

v) Enseñanzas especiales en establecimientos docentes de las entidades locales.

w) Visitas a museos, exposiciones, bibliotecas, monumentos históricos o artísticos, parques zoológicos u otros centros o lugares análogos.

x) Utilización de columnas, carteles y otras instalaciones locales análogas para la exhibición de anuncios.

y) Enarenado de vías públicas a solicitud de los particulares.

z) Realización de actividades singulares de regulación y control del tráfico urbano, tendentes a facilitar la circulación de vehículos y distintas a las habituales de señalización y ordenación del tráfico por la Policía Municipal».

Artículo 21. Supuestos de no sujeción y de exención.

1. Las entidades locales no podrán exigir tasas por los servicios siguientes:

a) Abastecimiento de aguas en fuentes públicas.

b) Alumbrado de vías públicas.

c) Vigilancia pública en general.

d) Protección civil.

e) Limpieza de la vía pública.

f) Enseñanza en los niveles de educación obligatoria.

2. El Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales no estarán obligados al pago de las tasas por utilización privativa o aprovecha-miento especial del dominio público por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y por todos los que inmediatamente interesen a la seguridad ciudadana o a la defensa nacional.

(…)

Artículo 24. Cuota tributaria.

1. El importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fijará de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. A tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada.

b) Cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación.

c) Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.

(…)

2. En general, y con arreglo a lo previsto en el párrafo siguiente, el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.

Para la determinación de dicho importe se tomarán en consideración los costes directos e indirectos, inclusive los de carácter financiero, amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa, todo ello con independencia del presupuesto u organismo que lo satisfaga. El mantenimiento y desarrollo razonable del servicio o actividad de que se trate se calculará con arreglo al presupuesto y proyecto aprobados por el órgano competente.

3. La cuota tributaria consistirá, según disponga la correspondiente ordenanza fiscal, en:

a) La cantidad resultante de aplicar una tarifa,

b) Una cantidad fija señalada al efecto, o

c) La cantidad resultante de la aplicación conjunta de ambos procedimientos.

4. Para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas.

(…)

Artículo 25. Acuerdos de establecimiento de tasas: informe técnico-económico.

Los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquéllos, respectivamente.

(…)

Artículo 41. *Concepto.*

La entidades locales podrán establecer precios públicos por la prestación de servicios o la realización de actividades de la competencia de la entidad local, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias especificadas en el artículo 20.1.B) de esta Ley.

Artículo 42. Servicios y actividades excluidas.

No podrán exigirse precios públicos por los servicios y actividades enumerados en el artículo 21 de esta Ley.

Artículo 43. Obligados al pago.

Estarán obligados al pago de los precios públicos quienes se beneficien de los servicios o actividades por los que deban satisfacerse aquéllos.

Artículo 44. Cuantía.

1. El importe de los precios públicos deberá cubrir como mínimo el cos-te del servicio prestado o de la actividad realizada.

2. Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior. En estos casos deberán consignarse en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante si la hubiera.

Artículo 45. *Gestión.*

Las entidades locales podrán exigir los precios públicos en régimen de autoliquidación.

Artículo 46. *Cobro.*

1. La obligación de pagar el precio público nace desde que se inicie la prestación del servicio o la realización de la actividad, si bien las entidades podrán exigir el depósito previo de su importe total o parcial.

2. Cuando por causas no imputables al obligado al pago del precio, el servicio o la actividad no se preste o desarrolle, procederá la devolución del importe correspondiente.

3. Las deudas por precios públicos podrán exigirse por el procedimiento administrativo de apremio.

Artículo 47. *Fijación.*

1. El establecimiento o modificación de los precios públicos corresponderá al Pleno de la corporación, sin perjuicio de sus facultades de delegación en la Comisión de Gobierno, conforme al artículo 23.2.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

2. Las entidades locales podrán atribuir a sus organismos autónomos la fijación de los precios públicos, por ella establecidos, correspondientes a los servicios a cargo de dichos organismos, salvo cuando los precios no cubran su coste. Tal atribución podrá hacerse, asimismo y en iguales términos, respecto de los consorcios, a menos que otra cosa se diga en sus estatutos.

En ambos supuestos, los organismos autónomos y los consorcios enviarán al ente local de que dependan copia de la propuesta y del estado económico del que se desprenda que los precios públicos cubren el coste del servicio».

TEXTO REFUNDIDO DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES EN MATERIA DE RÉGIMEN LOCAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 781/1986, DE 18 ABRIL:

«Artículo 97.

1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere:

a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.

b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.

(…)

Artículo 107.

1. La determinación de las tarifas de los servicios que, con arreglo a la legislación sobre política general de precios, deban ser autorizadas por las Comunidades Autónomas u otra Administración competente, deberá ir precedida del oportuno estudio económico. Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas.

2. Las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate. No obstante, cuando las circunstancias aconsejaren mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los exigidos por la referida autofinanciación, la Comunidad Autónoma o Administración competente podrá acordarlo así, autorizando simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes».

REGLAMENTO DE SERVICIOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES, APROBADO POR EL DECRETO DE 17

JUNIO 1955:

«Artículo 115.

En toda concesión de servicios se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, que serán las que se juzguen convenientes y, como mínimo, las siguientes:

(…)

6ª Tarifas que hubieren de percibirse del público, con descomposición de sus factores constitutivos, como base de futuras revisiones.

(…)

Artículo 116.

(…)

3. Serán también nulas las cláusulas que establecieran la irrevisabilidad de las tarifas en el transcurso de la concesión, o confiriesen al concesionario derecho de preferencia a la gestión del servicio una vez extinguido el plazo de la otorgada.

(…)

Artículo 127.

1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

1ª Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras:

(…)

b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.

(…)

2. La Corporación concedente deberá:

(…)

2º Mantener el equilibrio financiero de la concesión para lo cual:

(…)

b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

(…)

Artículo 148.

Para la validez de las tarifas se requerirá que sean fijadas y aprobadas por la Corporación titular del servicio y, en su caso, además, cuando se tratare de servicios de carácter industrial o mercantil, por el Ministerio al que correspondiere la inspección del mismo.

Artículo 149.

1. La cuantía de las tarifas de los servicios públicos de competencia municipal o provincial podrá ser igual, superior o inferior al coste del servicio, según aconsejaren las circunstancias sociales y económicas relevantes en orden a su prestación.

2. Si fuere inferior al costo del servicio, la parte no financiada directamente por los ingresos tarifados se cubrirá mediante aportación del Presupuesto municipal o provincial, que si el servicio fuere gestionado en forma indirecta revestirá el carácter de subvención, a la que se aplicará la limitación dispuesta por el párrafo 4 del artículo 129.

3. Si la tarifa se calculare para que sus productos excedieren del costo del servicio, el sobrante se aplicará al destino a que hubiere lugar, según los casos.

4. Las tarifas por prestación de servicios de primera necesidad o relativos a la alimentación o vestido no suntuarios no excederán del costo necesario para la financiación de los mismos.

Artículo 150.

1. La tarifa de cada servicio público de la Corporación será igual para todos los que recibieren las mismas prestaciones y en iguales circunstancias.

2. No obstante, podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles.

Artículo 151.

1. Las tarifas de los servicios públicos podrán ser modificadas, en todo momento, por la Corporación concedente atendiendo a las circunstancias económicas y sociales relevantes en el servicio.

2. Si se prestare por Empresa mixta o por concesión, la Empresa o el concesionario, respectivamente, tendrán intervención en el expediente de modificación.

3. La modificación de las tarifas habrá de ser aprobada por la Corporación y, en su caso, por el Ministerio al que correspondiere la aprobación inicial, que deberá dictar la resolución en el plazo máximo de tres meses, a contar de la fecha en que hubieren tenido entrada en el Registro los documentos y transcurrido ese término quedará ratificada la aprobación de la Corporación.

Artículo 152.

1. Las tarifas de Empresas mixtas o concesionarias se entenderán sujetas a revisión periódica y extraordinaria.

2. La revisión periódica se efectuará en los plazos que se señalaren, que no excederán de diez años.

3. La revisión extraordinaria procederá de oficio o a petición de la Empresa o concesionario, siempre que se produjere un desequilibrio en la economía de la Empresa o de la concesión, por circunstancias independientes a la buena gestión de una u otro.

Artículo 153.

En la escritura constitutiva de las Empresas mixtas podrá estipularse que la revisión de tarifas no afectará al beneficio mínimo que se determinare.

Artículo 154.

Las Corporaciones locales que asumieren la prestación directa de los servicios benéficos de farmacia y, en general, cualesquiera otros cuyas tarifas estuvieren aprobadas por el Ministerio competente, no necesitarán la aprobación especial de tarifas del servicio.

Artículo 155.

1. En los servicios prestados directamente por la Corporación, con o sin órgano especial de administración o mediante fundación pública del servicio, o indirectamente por concesión otorgada a particular o Empresa Mixta o por Consorcio con otros Entes públicos, las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasa y serán exaccionables por la vía de apremio.

2. Si el servicio se prestare con arreglo a las formas de Derecho privado y, en especial, por Sociedad privada, municipal o provincial, arrendamiento o concierto, las tarifas tendrán el carácter de precio o merced, sometido a las prescripciones civiles o mercantiles.

3. Cualquiera que fuere la forma de prestación, tendrán, no obstante, carácter de tasa las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados y a los que fueran de recepción obligatoria para los administrados».

REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, APROBADO POR EL REAL DECRETO 1098/2001, DE 12 OCTUBRE:

«**Artículo 67.** Contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

(…)

4. En los contratos de gestión de servicios públicos los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes:

(…)

c) En su caso, tarifas a abonar por los usuarios y procedimiento para su revisión.

(…)

Artículo 71. Documento de formalización de los contratos.

(…)

5. En los contratos de gestión de servicios públicos el documento de formalización del contrato, además de

los datos que se especifican en el apartado 3, contendrá los siguientes:

b) Tarifas que hubieren de percibirse de los usuarios, con descomposición de sus factores constitutivos y procedimiento para su revisión.

(…)

Artículo 122. Contenido de los anteproyectos.

Los anteproyectos constarán, al menos, de los documentos siguientes:

(…)

5. Cuando la obra haya de ser objeto de explotación retribuida se acompañarán los estudios económicos y administrativos sobre régimen de utilización y tarifas que hayan de aplicarse».

LEY 30/2007, DE 30 OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO:

«**Artículo 4.** Negocios y contratos excluidos.

1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

(…)

b) Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general.

(…)

Artículo 113. Anteproyecto de construcción y explotación de la obra.

2. El anteproyecto de construcción y explotación de la obra deberá contener, como mínimo, la siguiente documentación:

(…)

d) Un estudio relativo al régimen de utilización y explotación de la obra, con indicación de su forma de financiación y del régimen tarifario que regirá en la concesión, incluyendo, en su caso, la incidencia o contribución en éstas de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial.

(…)

Artículo 117. Pliegos y anteproyecto de obra y explotación.

1. De acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración.

(…)

Artículo 229. Obligaciones del concesionario.

Serán obligaciones generales del concesionario:

(…)

c) Admitir la utilización de la obra pública por todo usuario, en las condiciones que hayan sido establecidas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono, en su caso, de la correspondiente tarifa.

(…)

Artículo 230. Uso y conservación de la obra pública.

(…)

3. El concesionario podrá impedir el uso de la obra pública a aquellos usuarios que no abonen la tarifa correspondiente, sin perjuicio de lo que, a este respecto, se establezca en la legislación sectorial correspondiente.

(…)

Artículo 238. Retribución por la utilización de la obra.

(…)

2. Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras públicas serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente.

3. Las tarifas serán objeto de revisión de acuerdo con el procedimiento que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares.

De conformidad con el artículo 115.1.c).4º, el plan económico-financiero de la concesión establecerá la incidencia en las tarifas de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen, respectivamente, los niveles mínimo y máximo que se consideren en la oferta.

(…)

6. El concesionario deberá separar contablemente los ingresos provenientes de las aportaciones públicas y aquellos otros procedentes de las tarifas abonadas por los usuarios de la obra y, en su caso, los procedentes de la explotación de la zona comercial.

Artículo 240. Obras públicas diferenciadas.

(…)

3. En todo caso, para la determinación de las tarifas a aplicar por la utilización de la obra objeto de concesión se tendrá en cuenta el importe total de las obras realizadas.

(…)

Artículo 241. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

(…)

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por 100 de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por 100 de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquélla no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación».

Artículo 258. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico.

1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por 100 de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente».

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

1. STS (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª) DE 29 ENERO 1998 (RJ 1998\1094)

Recurso de Apelación núm. 3915/1991.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Rouanet Moscardó

PRECIOS: Transporte urbano: denegación de incremento de tarifas del servicio de transporte urbano de autobuses, por la Comisión de Precios de la Comunidad Autónoma: competencia existente: necesidad y precisión del aumento de tarifas, no acreditadas: errores, deficiencias y omisiones en el estudio económico: denegación procedente.

ADMINISTRACION LOCAL: Servicios de las Corporaciones Locales: tarifas: aplicabilidad del régimen de control de precios: yuxtaposición de intervenciones en ejercicio de la potestad tarifaria y de la potestad de ordenación de precios: examen.

TASAS MUNICIPALES: Por prestación de servicios: concepto: distinción entre potestad tarifaria y potestad tributaria.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid dictó Sentencia, de fecha 25-1-1991, estimatoria del recurso interpuesto por la empresa «Autobuses Urbanos de Valladolid, SA» contra un Acuerdo de la Comisión de Precios de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León fechado el 18-4-1989; mediante este se había denegado el recurso de reposición promovido contra un Acuerdo anterior de 18 febrero, sobre aprobación de la elevación de las tarifas del servicio urbano de autobuses.

El TS estima el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, revoca la sentencia apelada y declara la conformidad a derecho de los acuerdos impugnados.

En la Villa de Madrid, a veintinueve de enero de mil novecientos noventa y ocho.

Visto el presente recurso de apelación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y dirigida por su Letrado, don Fernando Herrero Batalla, contra la Sentencia número 85 dictada, con fecha 25 enero 1991, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, estimatoria del Recurso de dicho orden jurisdiccional número 854/1989 promovido por la empresa «Autobuses Urbanos de Valladolid, SA (Auvasa)» -que ha comparecido en esta alzada, como parte apelada, bajo la representación procesal del Procurador don Argimiro Vázquez Guillén y la dirección técnico jurídica de Letrado- contra el Acuerdo de la Comisión de Precios de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León de 18 abril 1989 por la que se había denegado el recurso de reposición deducido contra el Acuerdo de la misma Comisión del 18 febrero anterior, sobre aprobación de la elevación de las tarifas del servicio urbano de autobuses prestado por la citada AUVASA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En la indicada fecha de 25 enero 1991, la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León dictó la Sentencia número 85, con la siguiente parte dispositiva: FALLAMOS: «Que, estimando el presente recurso contencioso- administrativo, debemos anular y anulamos por su disconformidad con el ordenamiento jurídico los Acuerdos de la Comisión de Precios de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León, de 18 febrero y 18 abril 1989. No hacemos expresa imposición de costas».

SEGUNDO.-Contra la citada sentencia, la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Castilla y León interpuso el presente recurso de apelación que, admitido en ambos efectos, ha sido tramitado por esta Sala conforme a las prescripciones legales; y, formalizados por las dos partes personadas sus respectivos escritos de alegaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 28 de enero de 1998, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jaime Rouanet Moscardó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, objeto de la presente apelación, tiene declarado que, si la Comisión de Precios de Castilla y León aprueba la elevación de las tarifas del Transporte Urbano de la Sociedad Privada Municipal «Autobuses Urbanos de Valladolid, SA (AUVASA)» en la forma propugnada por la misma (y propuesta por el Ayuntamiento de Valladolid), aun cuando exceda notoriamente de los índices económicos y no esté plena y correctamente justificada (dados los graves defectos e insuficiencias técnicas de la documentación presentada), incumple lo ordenado al efecto en el Real Decreto 2695/1977, de 28 octubre (RCL 1977\2319), sobre Medidas relativas a la Política de Precios; y, si no lo hace, tendrá que compensar a sus expensas el déficit que sufra la mencionada empresa.

Y, viene a concluir, en sus Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo, que:

«Sexto: Con posterioridad a nuestra anterior sentencia -se refiere a la de 17 marzo 1987, confirmada por la de la Sección Cuarta de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 20 noviembre 1991 (RJ 1991\8835)- y a la iniciación del expediente origen del presente recurso, pero antes de las resoluciones que se impugnan, ha entrado en vigor la Ley 39/1988, de 28 diciembre (RCL 1988\2607), reguladora de las Haciendas Locales, la cual, en su artículo 41, establece el nuevo concepto de "precio público", intermedio entre el de precios de derecho privado y tasas, pero absolutamente equiparado en su régimen a estas últimas, según el artículo 58; el establecimiento de unos y otras es exclusiva competencia del Pleno de la Corporación, con facultades de delegar en la Comisión de Gobierno o en los Organismos Municipales Autónomos Gestores de los

servicios (artículo 48); por ello, y si bien el artículo 107.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril (RCL 1986\1238, 2271 y 3551), no ha sido expresamente derogado por la Ley 39/1988, ha de entenderse comprendido en la derogación implícita de cuantas normas se opongan al contenido de aquélla».

«Séptimo: Por todo lo expuesto, cabe estimar que, si bien deben anularse los actos impugnados, por su oposición al principio de autofinanciación de los servicios, las consecuencias no pueden ser las que se pretenden, pues, desde el momento en que, al amparo de la Ley 39/1988 y una vez entrada ésta en vigor, hubiera podido procederse a señalar el importe de los billetes como precios públicos, no es imputable a la Administración Autonómica el déficit que haya podido producirse».

SEGUNDO.- Por tanto, en primer lugar, **debe resolverse si la competencia exclusiva para la modificación de las tarifas o precios públicos del servicio urbano de autobuses desempeñado por AUVASA corresponde al Pleno del Ayuntamiento de Valladolid**, como se ha declarado en la sentencia recurrida y propugna dicha empresa en sus alegaciones como apelada, **y, en consecuencia, los acuerdos de la Comisión de Precios de Castilla y León son, por tal circunstancia, improcedentes y nulos de pleno de derecho, y no procede entrar, ya, a analizar el fondo de la cuestión objeto de controversia; o si, por el contrario, como sostiene la Comunidad Autónoma apelante, la mencionada modificación tarifaria ha de aprobarse, en definitiva, previa la tramitación del expediente por el Ayuntamiento de Valladolid y la aportación de los informes y estudio económico pertinentes, por la comentada Comisión de Precios**, a tenor de lo dispuesto en los artículos 3 y concordantes del Real Decreto 2695/1977, 2, 9, 10 y 11 del Decreto 72/1987, de 2 abril (LCyL 1987\1101), de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986.

Esta Sección de la Sala Tercera ha resuelto, en las Sentencias de 3 mayo y 26 junio 1996 (RJ 1996\4282 y RJ 1996\7244), un asunto semejante en ciertos aspectos con el aquí y ahora examinado, fijando la siguiente doctrina legal:

«Frente al criterio de la Junta de Galicia, que sostiene que la modificación de las tarifas de los servicios prestados por la empresa (que era la "Mixta de Servicios Mortuorios" de Vigo) ha de ser aprobada por la correspondiente Consejería de dicha Comunidad, por tratarse de servicios de carácter mercantil sujetos a dicho control por el artículo 148 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955 (RCL 1956\85) ("Para la validez de las tarifas se requerirá que sean fijadas y aprobadas por la Corporación titular del servicio y, en su caso, además, cuando se tratare de servicios de carácter industrial o mercantil, por el Ministerio al que correspondiere la inspección del mismo" -ahora, la Comisión de Precios de la Comunidad Autonóma, a la que se ha transferido tal función-), el Ayuntamiento de Vigo recurrente afirma su competencia exclusiva para la modificación de las tarifas, alegando que, aunque se trate de un servicio prestado en régimen de monopolio, el control de la Comunidad Autónoma debe limitarse, conforme al artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 abril (RCL 1985\799, 1372), de Bases del Régimen Local ("Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: ..., transporte público de viajeros, y servicios mortuorios. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de la aprobación del Pleno de la Corporación, la del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma"), a la decisión de establecer ese régimen -de monopolio-, pero no puede alcanzar a todas las actuaciones producidas en su desarrollo, que están amparadas por el principio de autonomía municipal consagrado en los artículos 137 y 140 de la Constitución. A su juicio, la locución en su caso utilizada en el artículo 148 del Reglamento de Servicios remite a los supuestos en que, con arreglo a la legislación general sobre control de precios, se trate de precios sujetos a autorización previa y, como en la fecha en que se produjo el acuerdo de la modificación de las tarifas de la empresa Mixta, dicha legislación estaba constituida por el Real Decreto 2695/1977, en el cual no se incluían los correspondientes a los servicios mortuorios, ha de concluirse que dichos precios son libres y, por lo tanto, no puede reconocerse a la Administración Autonómica ninguna función de control sobre la materia» (tesis que acogió la Sala de instancia, anulando, por falta de competencia objetiva, los acuerdos de la Comisión de Precios).

Y sigue diciendo: «El artículo 86 de la Ley 7/1985 se refiere, lo mismo que el 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, a la posibilidad de las entidades locales de ejercer la iniciativa pública en la actividad económica, conforme a lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución ("Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiera el interés general"), y a la decisión de realizar esa actividad bien en régimen de libre competencia o bien el de monopolio, por lo que la aprobación que en este último caso se requiere del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma se refiere al acuerdo de actuar en régimen de monopolio, pero no a los

posteriores actos a que el ejercicio de la actividad dé lugar, porque la actividad sigue siendo municipal y la prestación en régimen de monopolio no la transforma en una actividad tutelada por la Comunidad Autónoma».

«Por otra parte -continúa afirmando-, si todas las tarifas exigibles como contraprestación de servicios de carácter mercantil o industrial estuvieran sometidas a la tutela de la Administración Central o Autonómica, sobraría la expresión en su caso que utiliza el artículo 148 del Reglamento de Servicios. El precepto se refiere a actividades municipales de carácter mercantil o industrial prestadas en concurrencia con la iniciativa privada o en régimen de monopolio (para este precepto, el régimen de prestación es indiferente), pero en el ámbito de la actividad económica, por lo que, si en ese ámbito los precios están sujetos a control, no pueden dejar de estarlo porque la actividad se desempeñe por una entidad local. En definitiva, el citado artículo 148 remite a la legislación general sobre control de precios, muy estricta en la fecha en que se publicó el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, pero reducida, en la del acuerdo de modificación de tarifas que da lugar al presente proceso, al régimen establecido en el Decreto 2695/1977, que impone para determinados precios, entre los que no se encuentran los correspondientes a la prestación de servicios mortuorios, un sistema de control basado en la necesidad de solicitar autorización o simplemente comunicar los precios correspondientes. Esta correspondencia con la legislación general sobre control de precios está claramente reconocida en el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986 ("La determinación de las tarifas de los servicios, que con arreglo a la política general de precios, deban ser autorizados por las Comunidades Autónomas u otra Administración competente, deberá ir precedida del oportuno estudio económico. Transcurridos tres meses desde la entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas. Las tarifas deberán ser autosuficientes para el servicio de que se trate. No obstante, cuando las circunstancias aconsejaren mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los exigidos por la referida autofinanciación, la Comunidad Autónoma o Administración competente podrá acordarlo así, autorizando simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes")».

Estos mismos argumentos nos sirven, «a sensu contrario (en algún punto), para llegar a la conclusión de que, si el servicio **que aquí es objeto de análisis, es decir, el «servicio de transporte urbano de autobuses de Valladolid», está comprendido, precisamente -al contrario de lo que ocurría con los servicios mortuorios de Vigo-, en el Anexo 3.A del Decreto 2695/1977 («Precios autorizados a nivel provincial: 4. Autobuses y trolebuses urbanos»), resulta plenamente preceptiva la obligación, en caso de modificación de las tarifas o de los precios -de los billetes-, de instar y conseguir la aprobación de la misma por la Comisión de Precios de Castilla y León**.

Téngase en cuenta, además, que la comentada Sentencia de 3 mayo 1996, a pesar de referirse a la Resolución de la Consellería de la Xunta de 28 junio 1990 y a la Ordenanza reguladora de precios -los que se pretendían incrementar- de 23 febrero de ese mismo año 1990 (acuerdo y disposición reglamentaria que son de fecha posterior a la de la entrada en vigor de la Ley 39/1988), mantiene la persistencia, en los casos que específicamente describe, de la intervención autorizante de las Comisiones Provinciales de Precios de las Comunidades Autónomas y reconoce, en consecuencia (frente a lo sostenido, en función de la promulgación de la citada Ley 39/1988, en la sentencia de instancia que es objeto de la presente apelación), la virtualidad aplicativa del artículo 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986.

Y, en el Real Decreto 2313/1982, de 24 julio (RCL 1982\2470), sobre Traspaso de las funciones y servicios del Estado en materia de intervención de precios, se dice, en sus Normas A y B, que «la Constitución, en el artículo 149.3, establece que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la misma podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos, y el mismo artículo, en su punto 1.13, reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la actividad económica. Y, en consecuencia con lo expuesto, parece necesario y resulta estrictamente legal llegar a un acuerdo sobre transferencias de competencias, en la materia indicada, al Consejo General de Castilla y León, para cumplir así los objetivos de su creación. Y, por tanto, se transfieren a dicho Consejo no sólo las funciones atribuidas en el Real Decreto 2695/1977, sobre normativa en materia de precios, a las Comisiones Provinciales de Precios, comprendidas en el territorio de la Comunidad, en lo que se refiere a regímenes de precios autorizados y comunicados de ámbito provincial, sino también las competencias atribuidas a los Gobernadores Civiles de las provincias de la Comunidad por el artículo 8 bis del Decreto 3477/1974, de 20 diciembre (RCL 1974\2643), según la redacción dada por el Real Decreto 2226/1977, de 27 agosto (RCL 1977\1924), y el Real Decreto 1947/1979, de 3 agosto (RCL 1979\1995), referente a la aprobación de las tarifas de los servicios públicos de competencia local».

Disposiciones que han quedado reflejadas, en especial, en los artículos 2, 9, 10 y 11 del Real Decreto 72/1987, de 2 abril, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, sobre la modificación y competencias de la Comisión de Precios de la misma.

En consecuencia, dada la trascendencia de los problemas propios de la política general de precios, de

alcance estatal o autonómico, determinantes, a tenor de todo el cuerpo normativo expuesto, del control, mediante la pertinente aprobación-autorización, de las modificaciones de las tarifas o precios autorizados de los servicios mercantiles o industriales municipales como el de estos autos, resulta evidente que no cabe dar al artículo 48.1 de la Ley 39/1988 («El establecimiento o modificación de los precios públicos corresponderá al Pleno de la Corporación, sin perjuicio de sus facultades de delegación en la Comisión de Gobierno, conforme al artículo 23.2, b de la Ley 7/1985») el alcance que preconiza la sentencia de instancia y propugna -ahora, en apelación- la empresa AUVASA, porque la intervención de la Comisión de Precios de Castilla y León resulta perfectamente compatible, por su interés general (que trasciende el de los concretos ámbitos municipales), tanto con el principio y plasmación práctica de la autonomía como con el de la autofinanciación municipales -sin que la Ley 39/1988 haya cambiado, pues, de manera sustancial, la concreta cuestión sobre competencia decisoria que ha sido objeto de controversia-.

TERCERO.- A la misma citada conclusión puede llegarse abordando la cuestión objeto de controversia desde otra perspectiva complementaria.

En primer lugar, hemos de partir del hecho de que la empresa que presta el servicio de transporte urbano por medio de autobuses en la ciudad de Valladolid es, como se infiere de los poderes para pleitos obrantes en las actuaciones, una «Sociedad Anónima Privada Municipal». Se está, pues, al parecer (dada la falta de suficientes elementos de juicio), ante un supuesto de gestión directa (de un servicio municipal esencial), previsto en los artículos 67.Tercera y 89 a 94 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955, 85.3, c) de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y 95 y 103 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, y llevado a cabo por una sociedad privada municipal, con personalidad jurídica propia, cuyo capital social pertenece totalmente a la Corporación.

En consecuencia, la tarifa o el precio en sentido económico que dicha Sociedad pueda cobrar a los usuarios como contraprestación del servicio de transporte que presta (el valor de los billetes) no es, en principio, técnica y jurídicamente hablando, una tasa o un precio público (es decir, no es un ingreso público de carácter tributario), sino un precio privado.

Y, en consecuencia, procede distinguir entre lo que es la potestad tarifaria, conexa a la idea de gestión de un servicio público y a su fórmula de remuneración, y la potestad tributaria, plasmación del concepto de los ingresos públicos de tal naturaleza.

Y, en el plano de la efectividad de ambas potestades, la «tarifa» (o precio o contraprestación), como se indica en la doctrina más generalizada, se ordena y analiza abstractamente en la normativa de gestión de los servicios públicos, se establece y fija al formalizar un contrato (de gestión de servicios), no puede exigirse generalmente por vía de apremio y es susceptible de discutirse, incluso, ante la jurisdicción civil. Y, por otro lado, la «tasa» propiamente dicha, el «precio público» o -después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 (RTC 1995\185)- la «prestación patrimonial de carácter público» -del artículo 31.3 de la Constitución- se regulan abstractamente en la normativa propia de los ingresos de derecho público, se imponen, ordenan y especifican de acuerdo con dicho régimen jurídico, pueden exigirse por vía de apremio y se impugnan a tenor de lo expuesto en las reglas tributarias.

Es evidente que la diferenciación de dichos conceptos -en relación, especialmente, con el juego de la potestad administrativa de intervención sobre los precios y tarifas- no ha sido (y continúa no siendo) pacífica, tanto en el marco jurisprudencial como en el normativo.

Las Sentencias de esta Sala de 9 abril 1968 (RJ 1968\3748), 12 noviembre 1970 (RJ 1970\4573), 1 marzo 1980 (RJ 1980\1059), 10 mayo 1988 (RJ 1988\3739) y 15 diciembre 1992, limando asperezas conceptuales e intentando terminar con confusiones tradicionales, han venido **distinguiendo, progresivamente, entre las «tarifas o precios» de los servicios públicos y las «tasas» y/o «precios públicos» de carácter fiscal, atribuyendo a unos y otros diferentes naturalezas en función, sobre todo, de sus respectivos regímenes de implantación, modificación e impugnación, de sus conceptos integradores y de sus finalidades aplicativas**.

El Derecho Positivo también ha sido (y, aún, es) reflejo de esas dudas interpretativas.

Así, por ejemplo, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (que, hoy día, puede reputarse todavía vigente en lo esencial) trata de las «tarifas», en el Capítulo V («gestión indirecta de los servicios») del Título III, en el sentido que se ha expuesto antes, hablando de remuneración del concesionario (artículo 115.6), de precio fijado por la Administración, susceptible, sin embargo, de rebajarse en el proceso de licitación (artículo 122.4), de retribución como derecho de quien asume la prestación del servicio (artículo 128.3.1) y de utilización de la vía de apremio para su exacción sólo si la Corporación local lo autoriza (artículo 130.1); pero incurriendo, en el artículo 129, en una aparente contradicción, al indicar que la remuneración del concesionario está compuesta por las contribuciones especiales que se devengaren por el establecimiento del servicio y las tasas a cargo de los usuarios, con arreglo a la tarifa aprobada en la forma dispuesta en el propio precepto, contradicción o confusión que se reitera en el Capítulo VI («de las tarifas»),

al comprender en tal concepto genérico toda contraprestación de los servicios ya sea «tasa» (ingreso público) o «precio-tarifa» (remuneración del concesionario y/o de la entidad de derecho privado que preste el servicio).

El artículo 155 del Reglamento que comentamos intenta aclarar y purificar -con relativo acierto- los conceptos de «tasa» y «tarifa». Y, así, dice: «1. En los servicios prestados directamente por la Corporación, con o sin órgano especial de administración o mediante fundación pública del servicio, o indirectamente por concesión otorgada a particular o empresa mixta o por consorcio con otros entes públicos, las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasa y serán exaccionables por la vía de apremio. 2. Si el servicio se prestare con arreglo a las formas de derecho privado y, en especial, por sociedad privada municipal o provincial, arrendamiento o concierto, las tarifas tendrán el carácter de precio o merced, sometido a las prescripciones civiles o mercantiles». Parece, pues, que se distingue, según el modo de gestión del servicio, entre «tasa» o «precio público» (incluyendo, de un modo no muy ortodoxo, y contradictorio con el contenido del Capítulo V, la remuneración del concesionario) y el «precio-tarifa».

El Real Decreto Legislativo 781/1986, en su artículo 107, establece que «La determinación de las tarifas de los servicios que, con arreglo a la política general de precios, deban ser autorizados por las Comunidades Autónomas u otra Administración competente, deberá ir precedida del oportuno estudio económico. Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas. Las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate. No obstante, cuando las circunstancias aconsejaren mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los exigidos por la referida autofinanciación, la Comunidad Autónoma o Administración competente podrá acordarlo así, autorizando simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes». **Parece que, en este texto, en principio, la «tarifa» va conexa a la idea de remuneración del concesionario del servicio o de la empresa privada que directa o indirectamente lo presta, y no a la idea del ingreso público tributario (aunque el texto no distingue con claridad tal dicotomía)**.

Por su parte, la Ley 39/1988 define la «tasa» (artículo 20) y el «precio público» (artículo 41), sin hacer referencia, sin embargo, a si el servicio que genera tal tasa o precio se presta en régimen de derecho público o privado, y conceptúa, por otra parte, el precio público como un ingreso de la entidad local, establecido y/o modificado (sólo) por el Pleno de la Corporación (con un alcance conceptual que no parece aplicable, lógicamente, al precio o ingreso obtenido por una entidad privada -como la de los presentes autos-).

Puede concluirse, pues, ya, que la «tarifa» es el producto del ejercicio de la potestad tarifaria de la Administración (y no de la potestad tributaria) y es, por ello, diferenciable de la «tasa» y del «precio público», pues estas dos últimas contraprestaciones constituyen, más bien, ingresos de derecho público que, como tales, conforman la Hacienda Pública (en este caso, Local), y las «tarifas» son el precio fijado por la Administración para remunerar a quien, en régimen de derecho privado, presta el servicio.

En los supuestos del concesionario (y, también, en cierto modo, en los de las empresas privadas con capital total o parcialmente administrativo) la «tarifa» adopta una conformación contractual, en cuanto, a pesar de ser fijada unilateralmente por la Administración, su importe se vincula al objeto del servicio y puede verse afectada en su cuantificación por la alteración del equilibrio financiero del contrato o negocio por el que se confiere la actividad prestacional.

Ya la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 20 noviembre 1991 -en un caso que afecta a la misma empresa AUVASA interviniente en los presentes autos- tiene declarado que se está ante la presencia de «un acto administrativo por el que se ejerce el control de la modificación de las "tarifas" de un servicio público, concretamente el de transporte urbano de viajeros, y dichas "tarifas" tienen el carácter de precios, y no de "tasas" ni de "precios públicos", por lo que les resulta aplicable el régimen de precios establecido por el Real Decreto 2226/1977, de 27 agosto».

En consecuencia, lo que hemos venido llamando potestad tarifaria puede venir condicionada por la potestad administrativa de fijación de precios y tarifas en orden a la contención de la inflación, que se regula en el Decreto-ley 12/1973, de 30 noviembre (RCL 1973\2209), y en el Real Decreto 2695/1977, de 28 octubre, y cuyo ejercicio puede estar atribuido al Estado o a las Comunidades Autónomas, como ya antes se ha indicado y como se infiere, además, de lo reseñado en el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986 (precepto que, por lo que se refiere al concepto estricto de «tarifa» y/o «precio» que hemos dejado establecido -sin perjuicio de una potencialidad aplicativa de más amplio espectro, comprensiva, también, con matices, de las «tasas» y «precios públicos»-, no queda abarcado ni afectado por el texto expreso de la Disposición Derogatoria 1, d de la Ley 39/1988 y debe reputarse, por tanto, actualmente vigente).

En efecto, las Sentencias del Tribunal Constitucional 97/1983 y 53/1984 tienen dicho, al respecto, que «cuando, desde otros objetivos o finalidades públicas, como es la que se define dentro de la acción pública en materia económica, se diseña otra intervención administrativa sobre los precios de los transportes, lo que

ocurre **no es la desaparición de la potestad tarifaria, sino una yuxtaposición de intervenciones de las que cada una de ellas, la de política de precios y la de establecimiento de tarifas, procederá de las respectivas áreas competenciales»** (en el caso de los presentes autos, respectivamente, de la Comisión Provincial de Precios de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y del Ayuntamiento de Valladolid).

Potestad tarifaria y potestad de ordenación de precios tienen fundamentos y finalidades diferentes, pues, mientras la primera se concede al titular del servicio, la segunda es susceptible de condicionar y modular el ejercicio de aquélla, limitando los incrementos de las tarifas y precios en función del interés público de contener la inflación y evitar discriminaciones infundadas tanto territoriales como sectoriales (con respeto, por supuesto, en lo esencial, del principio de autonomía municipal).

Todo ello, sin embargo, con una completa supeditación, por parte de los entes que desempeñan el control en la política de precios, a lo que es objeto exclusivo de tal especial competencia, de modo que, por ejemplo, las Comisiones Provinciales de Precios, al ejercer su intervención sobre la propuesta de incremento de las tarifas, no sustituyan, o tiendan a sustituir, al ente titular del servicio en el ejercicio de lo que es su potestad tarifaria (pues una cosa es concretar la tarifa desde la perspectiva de quien ordena la gestión del servicio y otra distinta intervenir el incremento de la misma a través del ejercicio de la potestad de control de precios, que tiene como fin último evitar el aumento de la inflación).

Problema esencial -ya apuntado y pergeñado antes- es el de si la normativa sobre la política de precios afecta sólo a las «tarifas» o «precios» del servicio público (en el sentido que hemos venido dando a estos dos conceptos) o, también, a las «tasas» y/o «precios públicos» exaccionados con motivo de la prestación del mismo.

Como parece inferirse de la parte del texto de la Sentencia de esta Sala de 20 noviembre 1991 más arriba transcrito, en principio, las «tasas» o «precios públicos» de un servicio gestionado por la propia Administración -que, como tales, constituyen un ingreso de derecho público- no se verían sometidos al control de la política de precios, pues el tributo o el precio público se fijarían de acuerdo, sólo, con lo establecido en las normas tributarias y no quedarían afectados, en la determinación de su cuantificación definitiva, por otra decisión administrativa.

Sin embargo, la Sentencia de esta Sala de 21 enero 1993 (RJ 1993\393), reflejo, en cierto modo, del confusionismo, antes comentado, yacente en el texto del artículo 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, viene a decir, en un caso relativo al servicio del suministro del agua potable, que «si bien es cierto que las tarifas del caso constituyen un ingreso de derecho público sometido al régimen jurídico propio de las tasas y, por ello, exaccionables por la vía de apremio, no lo es menos que en dichas tarifas concurre, también, en cuanto regulan una contraprestación pecuniaria a satisfacer por un bien o servicio que se adquiere o se utiliza, la cualidad de precio, y están, por ello, sometidas a la normativa y competencias establecidas por las disposiciones reguladoras de la Ordenación Económica y su política de precios, como se encargan de especificar el Decreto-ley 12/1973 y el Real Decreto 2695/1977..., de tal modo que, en relación con las tarifas del caso y en el aspecto competencial de su aprobación, concurre una "doble naturaleza", la de tasa, por una parte, y la de precio, por otra, sin que ambos calificativos sean incompatibles entre sí, al obedecer uno y otro a diferentes objetivos o finalidades públicas, que determinan una situación de concurrencia o yuxtaposición de competencias atribuidas a poderes distintos: la tarifaria, a la Administración Local, y la de política de precios, a la Administración Autónoma». Se utiliza en esta sentencia un concepto amplio integrador de las nociones de «tasa» y «precio-tarifa», de modo que lo ingresado por el servicio prestado ostenta, a la vez, ambas características.

Es esencial, pues, diferenciar los conceptos y admitir que la «tarifa-precio» es la remuneración del concesionario o empresa privada prestadores del servicio. Y, a partir de ahí, es cuando ha de concretarse cuál es el objeto de la política de precios: los ingresos de derecho público (tasas y precios públicos) o los ingresos de concesionarios o sujetos privados (tarifas-precios).

Y la sentencia antes comentada, de esta Sala, de 20 noviembre 1991, es la que arbitra la solución, aplicable al caso de autos que estamos analizando, de que **«las tasas o precios públicos no parecen estar sometidos a la política de precios», al responder su cuantificación a otros criterios** (en contra de lo que se desprende, en principio, de la Sentencia posterior de 21 enero 1993, según la cual sí debió sujetarse a control el incremento de una «tasa» municipal, aunque de hecho se confunda el ejercicio de la potestad tributaria y de la potestad tarifaria).

Problema adicional es, en su caso, el de quién debe pechar con los perjuicios económicos que puedan derivarse de la denegación total o parcial del incremento de tarifas solicitado.

Si el ente local accede a elevar las tarifas a instancias del concesionario o de la empresa privada que presta el servicio, deberá solicitar la autorización de quien ejerza la política de precios; y, si se deniega, total o parcialmente, tal elevación, se puede generar una **ruptura del equilibrio financiero** del concesionario o de la empresa que puede compeler, a su vez, al ente local a recomponer el equilibrio por la vía de la

subvención, a cargo, entonces, de todos los administrados, a través del presupuesto público.

Y no es fácil determinar si, en dicho caso, el ente local puede reclamar de la Administración Autonómica que denegó la elevación solicitada la indemnización que compense el coste efectivo del desequilibrio producido. El apartado 2 del artículo 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, al hablar, en tal supuesto, de «autorizar simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes», parece dar a entender que quien limita el incremento de las tarifas y provoca, con ello, un problema presupuestario al ente local titular del servicio es quien debe pechar con el coste de la necesaria compensación (siempre, eso sí, que la comentada limitación o denegación no se haya acordado de conformidad con la potestad reconocida al órgano autonómico en materia de política de precios).

En conclusión, pues, la Comisión Provincial de Precios de la Comunidad Autónoma de Castilla y León actuó, al adoptar las resoluciones que son objeto de controversia en estas actuaciones, dentro del marco de su competencia.

CUARTO.- En cuanto al fondo de la cuestión hemos de aceptar la misma solución arbitrada por los citados acuerdos de la Comisión de Precios de Castilla y León y, en cierto modo, por la propia sentencia de instancia, porque, no obstante lo declarado en la Sentencia de 17 marzo 1987 del Tribunal «a quo» de Valladolid y en la Sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala del Tribunal Supremo de 20 noviembre 1991 (confirmatoria de la anterior), en las que estaban cambiados los papeles procesales de las partes ahora intervinientes, es evidente, en el presente caso de autos, que AUVASA no ha justificado, con la puridad y técnica económico-jurídica pertinentes, la necesidad y precisión cuantitativa del aumento de tarifas o precios públicos solicitado en función de la autofinanciación y autosuficiencia del servicio, habida cuenta que la documentación que, a tal fin, tenía que examinar la Comisión de Precios adolecía de graves defectos e insuficiencias impedientes de la concesión del visto bueno y asentimiento aprobatorio a unos incrementos desproporcionados, además, en relación con el IPC.

Los acuerdos de la Comisión de Precios se ajustaron a la legalidad vigente, razonando debidamente los motivos por los cuales no se accedió a la pretensión de la solicitante (motivos que fueron mucho más allá de la superación del IPC). La documentación, informes y dictamen o estudio económico presentados no se reputaron suficientemente expresivos y justificativos y, como se dice en la contestación a la demanda, si no se devolvieron a la empresa peticionaria para que pudiera modificarlos o rectificarlos, fue, precisamente, para no perjudicar su ya, al parecer, en opinión de la Comisión, tambaleante economía (pues la no aprobación de las tarifas, una vez rebajados sus importes a sus estrictos y contrastados límites, hubiera sido más lesiva para la citada sociedad privada municipal y para el órgano que, en definitiva, tenga que asumir las compensaciones económicas pertinentes).

Además, ha de analizarse cuál sea el alcance, en el presente caso, del concepto de «autosatisfacción o autosuficiencia tarifaria», en el sentido de si es factible que una actividad empresarial desorbitada -desde la perspectiva de una gestión que adopta decisiones inadecuadas- pueda ser base o razón suficiente para la justificación del aumento de los precios. Para ello, ha de recordarse que la Comisión de Precios no se limita a evaluar las tarifas propuestas en virtud de un puro automatismo aplicativo de su facultad revisora o de control, sino que, dada su plural constitución (artículo 1 del Real Decreto autonómico 72/1987), ha de calibrar con precisión la virtualidad o no, técnica, jurídica y económicamente hablando, de las modificaciones o incrementos solicitados. Por tanto, la autosuficiencia tarifaria no es una patente de corso que permita cualquier clase de justificación de tipo económico que sea desorbitada desde un punto de vista empresarial o que implique la asunción de riesgos que no deben ser, en pura lógica mercantil, aceptados ni asumidos ni por el público usuario -se está ante un servicio en régimen fáctico de monopolio y los aumentos gravan siempre a los ciudadanos o administrados más humildes-, ni por la Comunidad Autónoma o por la Administración correspondiente (que, en su caso, sólo debe proceder a la subvención de lo que se estime preciso, cuando así se decida, y no, por ejemplo, a la compensación global de lo que casi constituye, en el supuesto examinado, una renovación prácticamente completa e inmediata de la flota de autobuses urbanos, sin atender ni dar lugar a una racional explotación de los existentes y de las nuevas unidades que progresivamente se vayan adquiriendo).

En el artículo 7 del Real Decreto 2695/1977 se dice que «1.-Los aumentos de precios solicitados o comunicados tendrán que basarse en elevaciones de costes de producción o de comercialización. 2.-Las amortizaciones, la retribución de recursos propios y ajenos y las cantidades destinadas a nuevas inversiones serán consideradas por la Administración, en cada caso, desde la perspectiva del "normal desarrollo" de la actividad empresarial. 3.-La Administración tendrá en cuenta todos los factores de posible compensación de costes y, muy especialmente, los derivados de incrementos de productividad. 4.- ... (es decir), junto a las repercusiones de costes, las consideraciones de política fiscal, energética u otras que respondan a políticas generales aprobadas por el Gobierno (en este caso, por la Comunidad Autónoma)».

Y ese concepto jurídico indeterminado de normal desarrollo es decisivo para que la Comisión de Precios pueda detectar si la justificación aducida para el aumento de las tarifas excede, en sus magnitudes, de lo

que circunstancialmente deba considerarse como un incremento normal de su importe, pues, como acontece en el presente supuesto, una gestión empresarial que pretenda, en un concreto ejercicio anual, ir más allá de lo que económicamente parece ser lo normal no puede constituir (o no debería constituir), «per se», la justificación del aumento de los precios instado ni, mucho menos, de la potencial subvención, por la Comunidad de Castilla y León, de los déficit que se produzcan en sus presupuestos.

El artículo 7 del Real Decreto Legislativo 781/1986 marca claramente la procedencia del «estudio económico» del que hay que partir para tomar la decisión pertinente. Y la deficiente entidad del mismo, sus denotadas carencias y la imprecisión de sus cuantificaciones económicas, en el marco de lo que hemos conceptuado como una gestión empresarial diferente de la normal (en función, sobre todo, de unas inversiones que ni siquiera fueron justificadas en su momento), determinan la justeza de los acuerdos de la Comisión de Precios.

Otro aspecto revelador de la incuria de la empresa es el hecho de haber presentado la solicitud de revisión de las tarifas ante la Comisión de Precios el día 19 de diciembre de 1988, sin tener en cuenta que se pedían unos aumentos de precios que, por su desproporción aparente, requerían un profundo y contrastado estudio económico, y que, sin embargo, para ello, debería haberse usado de la premura adecuada y suficiente para que el mencionado órgano de control dispusiera del tiempo preciso para la toma oportuna de la decisión pertinente.

En resumen, es patente la falta de un serio y real interés de la empresa concesionaria en demostrar y justificar suficientemente el aumento tarifario propuesto, pues la fecha de presentación de la solicitud y los errores, deficiencias y omisiones del estudio económico aportado presuponen una voluntad no precisamente aclaratoria del fondo de la cuestión controvertida.

Y la Comisión de Precios, tal como se infiere del expediente, ha examinado con la necesaria diligencia los informes jurídicos y económicos que justificaban el contenido de la resolución a adoptar, ante cuyo tenor nada ha aportado y aducido la empresa peticionaria, en la vía administrativa y en la contencioso-administrativa, que permitan dar pábulo a su pretensión y desvirtuar el sentido decisorio de aquélla.

QUINTO.- Procede, por tanto, estimar el presente recurso de apelación y, revocando la sentencia de instancia, declarar la conformidad a derecho de los Acuerdos de la Comisión de Precios de Castilla y León de 18 febrero y 18 abril 1988; sin que haya lugar a hacer expresa condena en las costas de esta apelación, por no concurrir los requisitos exigidos para ello por el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad El Rey y por la potestad que nos confiere el Pueblo Español,

FALLAMOS: Que, estimando el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contra la Sentencia número 85 dictada, con fecha 25 enero 1991, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, debemos revocarla y la revocamos, y, en consecuencia, declaramos que son conformes a derecho los Acuerdos de la Comisión de Precios de Castilla y León de 18 febrero y 18 abril 1989 -objeto de impugnación en la vía jurisdiccional de instancia-. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, firme, que se publicará en su caso en el Boletín Oficial del Estado, y se insertará en la Colección Legislativa y definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

2. STS (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª) DE 2 JULIO 1999 (RJ 1999\7094)

Recurso de Casación núm. 2603/1995.

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Gota Losada

ADMINISTRACION LOCAL: Impugnación de actos y acuerdos por la Comunidad Autónoma, por menoscabo de competencias: plazo: quince días: extemporaneidad existente: cuestión de competencia existente: proceso sobre la necesidad o no de autorización por la Comunidad Autónoma en materia de precios, con carácter previo a la aprobación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Suministro de Agua: inadmisibilidad.

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: Inadmisibilidad: interposición extemporánea existente.

HACIENDAS LOCALES: Ordenanzas: aprobación provisional: naturaleza: no susceptible de recurso contencioso-administrativo.

PRECIOS: Ambito del control de precios y de la exigencia de autorización por la Comunidad

Autónoma: limitada a prestaciones efectuadas por concesionarios en régimen de tarifas: no aplicable en supuestos de prestación directa por el Ayuntamiento con devengo de tasas: examen. TRIBUTOS-ELEMENTOS COMUNES, ESTRUCTURALES Y DE PROCEDIMIENTO: Concepto de tasa: distinción entre tasas y tarifas: examen en relación con controles de la política de precios.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia, en fecha 10-3-1995, estimatoria del recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra un Acuerdo del Ayuntamiento de la Orotava fechado el 19-11-1993, por el que se aprobó provisionalmente la **Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Suministro de Agua.**

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de La Orotava, y casa y anula la Sentencia recurrida, declarando inadmisible el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias.

En la Villa de Madrid, a dos de julio de mil novecientos noventa y nueve.

La Sala Tercera -Sección Segunda- del Tribunal Supremo ha pronunciado la presente Sentencia en el recurso de casación núm. 2603/1995, interpuesto por el Ayuntamiento de La Orotava, contra la Sentencia núm. 232/1995 dictada con fecha 10 de marzo de 1995 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 129/1994, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, contra el Acuerdo de fecha 19 de noviembre de 1993 de aprobación de la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por Suministro de Agua.

Siendo parte recurrida en casación la Comunidad Autónoma de Canarias.

La Sentencia tiene su origen en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La parte dispositiva de la Sentencia, cuya casación se pretende, contiene el fallo que, transcrito literalmente, dice: FALLAMOS: «Que sin apreciar causa de inadmisibilidad, debemos estimar el presente recurso, anulando por contraria a Derecho, la normativa impugnada».

Esta Sentencia fue notificada a la representación procesal del Ayuntamiento de La Orotava el 15 de marzo de 1995.

SEGUNDO.-El Ayuntamiento de La Orotava, representada por su Letrado don Francisco José Ledesma de Taoro, presentó con fecha 17 de marzo de 1995 escrito de preparación de recurso de casación contra la Sentencia referida, indicando sucintamente la concurrencia de los requisitos procesales exigidos para su admisión, y manifestando la intención de interponer el recurso de casación al amparo del artículo 95, apartado 1, ordinal 4º de la Ley Jurisdiccional, según la redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo -con sede en Santa Cruz de Tenerife- del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, acordó por providencia de fecha 17 de marzo de 1995, tener por preparado el recurso de casación, ordenar el envío de los autos jurisdiccionales de instancia y del expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas en este recurso de casación, ante dicha Sala.

El Ayuntamiento de La Orotava presentó con fecha 25 de abril de 1995 escrito de interposición del recurso de casación, con sucinta exposición de los antecedentes de hecho, indicación del cumplimiento de los requisitos procesales de admisión, fundando el recurso en dos motivos de casación, con su correspondiente argumentación jurídica, suplicando a la Sala «dicte sentencia dando lugar al mismo, casando y anulando la mencionada Sentencia, y en su lugar dictar sentencia dejando sin efecto la recurrida por ser contraria a Derecho, y declarando la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias o, subsidiariamente la desestimación del mismo, absolviendo a mi representado el Ayuntamiento de La Orotava, de todos los pedimentos en su contra articulados, declarando la legalidad del acuerdo impugnado, con todo lo demás que sea procedente en Derecho».

TERCERO.-La Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada por su Letrado, compareció y se personó como parte recurrida.

La Sala Tercera -Sección Segunda- del Tribunal Supremo acordó por providencia de fecha 2 de noviembre de 1995 admitir el recurso de casación.

Dado traslado de todas las actuaciones a la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, presentó escrito de oposición, formulando las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, suplicando a la Sala «se tenga por presentado este escrito, por hechas las manifestaciones que contiene y por formulada la oposición al recurso de casación planteado, que debe ser desestimado con

expresa confirmación de la sentencia de instancia».

Terminada la sustanciación del recurso de casación se señaló para deliberación, votación y fallo el día 22 de junio de 1999, fecha en la que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Alfonso Gota Losada, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la mejor comprensión de los motivos casacionales formulados por el Ayuntamiento de La Orotava, es necesario exponer los hechos más relevantes, como la Sala hace a continuación.

El 19 de noviembre de 1993, el Ayuntamiento de La Orotava aprobó provisionalmente (folio 8 del expediente administrativo) la Ordenanza Fiscal núm. 1.8 de la Tasa por Suministro de Aguas. Acuerdo que notificó a la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias el 30 de noviembre de 1993.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias interpuso con fecha 31 de enero de 1993 el recurso contencioso-administrativo núm. 129/1994, impugnando el acuerdo de aprobación provisional de la Ordenanza Fiscal de Abastecimiento de Agua, alegando que el Ayuntamiento había ignorado las competencias sobre control de precios que correspondían a la Comunidad Autónoma, pues había aprobado las nuevas Tarifas del Agua, sin haber recabado, ni obtenido la correspondiente autorización de la Comunidad Autónoma.

El Ayuntamiento se opuso a la demanda, alegando de contrario que el recurso se había interpuesto extemporáneamente, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, el plazo para impugnar el Acuerdo de aprobación de la Ordenanza Fiscal era de 15 días, y no el de dos meses.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictó sentencia, cuya casación se pretende ahora, estimando el recurso contencioso-administrativo, considerando, sin razonarlo, que el plazo era el de dos meses, que se había cumplido, y afirmando que la Comunidad Autónoma de Canarias tenía competencia para autorizar o denegar la subida de las tarifas, porque el precio de suministro de agua potable, de acuerdo con la lista aprobada por Orden Ministerial de 26 de febrero de 1993, Anexo 3.1, era un «precio autorizado».

SEGUNDO.- El primer motivo casacional «se instrumenta al amparo del apartado 4º, del número 1, del artículo 95 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto del artículo 82 f), de la Ley Jurisdiccional, en relación con el artículo 66 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985», argumentando que la Sentencia había cometido el error de considerar aplicable el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando el aplicable era el artículo 66 de dicha Ley que establece un plazo especial para interponer el recurso contencioso-administrativo, el de 15 días, cuando lo que se discute son cuestiones de competencia entre los entes locales y las Comunidades Autónomas o el Estado.

El artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone: «Los actos y acuerdos de las Entidades Locales que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades, podrán ser impugnados directamente, sin necesidad de previo requerimiento, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por la Administración del Estado o de la correspondiente Comunidad en el plazo señalado por el número 2 del artículo anterior», que es el de 15 días, añadiendo que: «La impugnación deberá precisar la lesión o, en su caso, extralimitación competencial que la motiva y las normas legales vulneradas en que se funda. En el caso de que, además contuviera petición expresa de suspensión del acto o acuerdo impugnado, razonada en la integridad y efectividad del interés general o comunitario afectado, el Tribunal, si la estima fundada, acordará dicha suspensión en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación. No obstante, a instancia de la entidad local y oyendo a la Administración demandante, podrá alzar en cualquier momento, en todo o en parte, la suspensión decretada, en caso de que de ella hubiera de derivarse perjuicio al interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario hecho valer en la impugnación».

En el caso de autos el Ayuntamiento de La Orotava entiende además que la aprobación de la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por Abastecimiento de Agua, y, por tanto, de su Tarifa, es competencia exclusiva suya, sin que la Comunidad Autónoma tenga facultad alguna de tutela en materia de Tasas Locales.

Por el contrario, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, entiende que sin perjuicio de la potestad tarifaria que indudablemente corresponde al Ayuntamiento, a la Comunidad Autónoma le corresponde la vigilancia de la política de precios, concretamente de los «precios autorizados», de modo que al haber ignorado el Ayuntamiento de La Orotava la preceptiva autorización para la aprobación de las

Tarifas, había menoscabado la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La Sala debe diferenciar adecuadamente el ámbito y alcance del artículo 65 respecto del artículo 66, ambos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, teniendo presente las peculiaridades de la actuación concreta del Ayuntamiento de La Orotava.

El artículo 65, que conviene reproducir, dispone: «1. Cuando la Administración del Estado o la de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de sus respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirlo, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto o acuerdo. 2. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formalizará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo. 3. La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa bien directamente, una vez recibida la comunicación del mismo, o bien una vez transcurrido el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la entidad local, si se hubiera optado por hacer uso de la posibilidad contemplada en los dos números anteriores».

Este artículo 65 debe ponerse en relación con el artículo 63 del mismo Texto Legal que confiere una muy amplia legitimación a la Administración del Estado y «a la de las Comunidades Autónomas para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales, que incurran en infracción del ordenamiento Jurídico, obviamente desde la perspectiva de sus respectivas competencias, lo cual implica que dicha legitimación no es una acción pública de carácter general, en defensa de la legalidad, pese a su extraordinaria amplitud».

Ahora bien, la Ley 7/1985, de 2 de abril, que ha desarrollado el principio constitucional de autonomía de los Entes Locales no ha podido sustraerse al recuerdo del viejo sistema que permitía a la Administración del Estado, suspender los acuerdos de los Entes Locales cuando entendía que infringían el Ordenamiento Jurídico o atentaban contra el interés público, sustituyéndolo como trasunto del mismo, por un procedimiento previo al recurso contencioso-administrativo, consistente en un requerimiento, entendiendo por tal la exposición de los hechos, los fundamentos de derecho que ponen de relieve la infracción y la intimación hecha con autoridad, de anulación de un acuerdo de los entes locales, cuando considere que infringe el Ordenamiento Jurídico.

La diferencia con el recurso de reposición es sutil, pues en el requerimiento se exige y se intima desde una posición de autoridad y de superioridad a que el Ente Local anule o modifique su acuerdo, en tanto que en el recurso de reposición, las posiciones cambian, y el requerimiento se torna en petición o súplica.

Esta Sala Tercera ha considerado, en su Sentencia de 12 de marzo de 1990 (RJ 1990\3404), el artículo 65 como un precepto que «instrumenta una vía administrativa previa que parece que hay que entenderla como un recurso de reposición especial potestativo previo al contencioso-administrativo, recurso que se fundamenta en la defensa del ordenamiento jurídico, pero que no es, sin embargo un recurso "en interés de la ley", porque si el acto llegara a se anulado lo sería con todas sus consecuencias esto es, afectando a las situaciones individuales creadas por el acto recurrido».

En ésta, nuestra Sentencia, hacemos un énfasis especial en la idea de requerimiento como acto de autoridad, que excluye la idea de recurso administrativo, aunque tal distinción no tenga especial trascendencia a los efectos del presente recurso de casación, porque lo que ciertamente interesa es distinguir el ámbito y alcance del artículo 65, respecto del artículo 66, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

El artículo 65 contempla la posible infracción por los Entes Locales del Ordenamiento Jurídico, en general, con la delimitación expuesta (ámbito de las respectivas competencias de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas), y con la excepción de las cuestiones de competencia que surjan entre, de una parte la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma y de otra los Entes Locales, pues obviamente, el menoscabo, la interferencia o el exceso competencial por los Entes Locales, siempre será una infracción más o menos grave del Ordenamiento Jurídico.

Pues bien, el artículo 66 contempla la posibilidad de que los Entes Locales invadan o ignoren las competencias de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, pero no el fenómeno inverso, que también es posible, porque, al igual que en el artículo 65, late en ambos preceptos, el recuerdo histórico de la superioridad del Estado sobre los Entes Locales, y por ello el artículo 66 ha establecido un plazo especial para la interposición del recurso contencioso-administrativo de 15 días, con el claro propósito de resolver estos conflictos institucionales con la máxima rapidez, de modo que superado este brevísimo plazo impugnatorio, los acuerdos de los Entes Locales, por mor del principio de autonomía, se hacen firmes y consentidos.

Este artículo 66 es claro que regula un recurso contencioso-administrativo, que se caracteriza por las dos siguientes notas conceptuales: La primera es la rapidez con que exige que se interponga el recurso, por lo que el plazo que establece es el de 15 días, que debe ser rigurosamente respetado, y que excluye la

posibilidad de admitir la coexistencia opcional del plazo general de los dos meses. La segunda es la preeminencia que el artículo 66 confiere a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas, respecto de los Entes Locales, que se deduce del régimen especial de suspensión, pues ésta puede ser concedida por el Tribunal, como primer trámite del recurso contencioso-administrativo, sin oír al Ente Local, al cual se le confiere la posibilidad de oponerse después de concedida la suspensión.

En el caso de autos, se discute si el Ayuntamiento de La Orotava debió o no pedir la autorización a la Comunidad Autónoma de Canarias, en virtud de las competencias que ésta ostenta en relación a la política y control de los «precios autorizados», respecto del Acuerdo municipal de aprobación de la Ordenanza Fiscal de la Tasa por Abastecimiento de Aguas. El Ayuntamiento de La Orotava no se olvidó de la existencia de la normativa sobre control de precios, y de la consiguiente «autorización» respecto del «precio autorizado» por abastecimiento de agua potable a las poblaciones, concretamente de La Orotava, sino que consideró que por tratarse de una tasa, no le era aplicable la autorización referida, es, por tanto innegable que el caso de autos se halla contemplado en el artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, por lo que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo era de 15 días, que no se cumplió, razón por la cual el recurso contencioso-administrativo era inadmisible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 f), de la Ley Jurisdiccional, por ser el acuerdo recurrido, firme y consentido.

La Sala al pronunciarse sobre este primer motivo casacional se ha atenido al planteamiento de la cuestión, tal como la han formulado las partes, en la instancia, y en el presente recurso de casación, pero por tratarse de una cuestión de orden público procesal, concretamente si existía o no acto administrativo reclamable, debe resaltar que el acuerdo municipal impugnado era un acto de aprobación provisional de una Ordenanza Fiscal, siguiendo en este aspecto el procedimiento regulado en el artículo 17 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, que consiste primero en la aprobación provisional de la Ordenanza (apartado 1, de dicho artículo), publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y, en su caso, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, concediendo un plazo de 30 días, para que todos los interesados formulen las reclamaciones que estimen oportunas, y segundo, transcurrido este plazo, el Ayuntamiento debe resolver las reclamaciones y dictar el acuerdo definitivo que considere procedente.

Estas «reclamaciones» no son propiamente recursos administrativos, sino una modalidad de colaboración de los vecinos interesados, por eso el acuerdo provisional no era susceptible de recurso contencioso-administrativo, sencillamente, porque el Ayuntamiento podía modificar el acuerdo provisional y en especial las Tarifas propuestas, como resultado del estudio y resolución de las reclamaciones, en cambio sí lo era el acuerdo definitivo. Ciertamente, por tratarse de una Ordenanza Fiscal lo que debió hacer la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, durante el plazo de 30 días de exposición al público, como entidad interesada, si entendía, como así parece, que era exigible la «autorización», pese a tratarse de una Ordenanza Fiscal, aprobatoria de una tasa y no, en términos jurídicos, de un precio, fue advertir al Ayuntamiento de La Orotava, la existencia de las disposiciones reguladoras de la materia, concretamente del art. 33 c), de la Ley 10/1982, de 10 de agosto (RCL 1982\2170), del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Canarias, artículo 8 bis del Decreto 2226/1977, de 27 de agosto (RCL 1977\1924), que modificó el Decreto 3477/1974, de 20 de diciembre (RCL 1974\2643), que regulaba el procedimiento de autorización del aumento de tarifas de los servicios de competencia local, Real Decreto 3173/1983, de 9 de noviembre (RCL 1983\2826), de traspaso de funciones y servicios del Ente a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de intervención de precios y Orden de 26 de febrero de 1993 (RCL 1993\861) del Ministerio de Economía y Hacienda que aprobó la lista de «precios autorizados», y recordar al Ayuntamiento de La Orotava, exponiéndole su opinión acerca de que antes de la aprobación definitiva era obligado obtener la correspondiente autorización de la subida de las Tarifas, y, si el Ayuntamiento desconociera esta competencia de la Comunidad Autónoma, era cuando procedía interponer el recurso contencioso-administrativo en el plazo de 15 días, previsto y regulado en el artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

TERCERO.- La Sentencia, cuya casación se pretende, argumenta que era aplicable al caso el artículo 8 bis del Decreto 3477/1974, de 20 de diciembre, según la redacción dada por el Real Decreto 2226/1977, de 27 de agosto, que establece el procedimiento a seguir, para la autorización del aumento de tarifas de los servicios de competencia local, que consiste en esencia en la tramitación del expediente por la Corporación, quien con los informes y justificantes precisos, lo elevará al Gobernador Civil, quien lo someterá a la Comisión Provincial de Precios, y oída ésta el Gobernador Civil acordará lo que proceda. Estos órganos de la Administración Central han sido sustituidos por los correspondientes de la Comunidad Autónoma.

Sin embargo, la Sentencia no ha sabido distinguir según que la Tarifa de Suministro de Agua potable corresponda a la prestación del servicio por un concesionario, o según se preste directamente por el Ayuntamiento. En el primer caso, nos hallamos ante un precio privado, pues ésta es la relación entre el concesionario y los consumidores, y en este supuesto la potestad tarifaria le corresponde al Ayuntamiento, ente concedente, según lo dispuesto en los artículos 148 a 155 del Reglamento de Servicios Locales de 17

de junio de 1955 (RCL 1956\85 y NDL 22516), de modo que para la modificación de las Tarifas se instruye un expediente, que se inicia con la propuesta del concesionario, y después de los informes precisos, el Ayuntamiento elabora la correspondiente propuesta que eleva al órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma (Consejería de Industria y Comercio-Dirección General de Comercio y Consumo, y Comisión Territorial de Precios de Santa Cruz de Tenerife), para su autorización.

En el segundo caso, al prestar el propio Ayuntamiento directamente el servicio de suministro de agua potable, las Tarifas tienen naturaleza jurídico-tributaria de tasas, y por tanto, su modificación debe seguir la tramitación propia de las Ordenanzas Fiscales, como hemos explicado en el fundamente de derecho anterior, de manera que estudiadas las «reclamaciones» presentadas en el plazo de 30 días, siguientes a la publicación del acuerdo de aprobación provisional, el Ayuntamiento dictará el acuerdo definitivo, y si el Ayuntamiento aprobase definitivamente la Ordenanza Fiscal, sin haber recabado la referida autorización, como es lo procedente, según fundamentamos después, es cuando entraría en juego el artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y, por tanto permitiría a la Comunidad Autónoma interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, pero en el plazo de 15 días.

En conclusión, el recurso contencioso-administrativo de instancia fue interpuesto extemporáneamente, superado el plazo de 15 días, previsto y regulado en el artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, pero a mayor abundamiento tampoco era admisible, porque el acuerdo de aprobación provisional de la Ordenanza Fiscal no era susceptible de recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La Sala ha tenido presente nuestra Sentencia de fecha 12 de marzo de 1990 -Sección 5ª- que contempló la inobservancia por parte del Ayuntamiento de la obligación de solicitar de la respectiva Comunidad Autónoma un informe, relativo a las actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, en cuya Sentencia la Sala mantuvo que: «adviértase también que si no queremos convertir en inconsecuente el artículo 66 -que podría llevarnos al absurdo de que un problema de competencia que puede suponer nulidad de pleno derecho conforme al artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, deviniera inatacable por el transcurso del fugaz plazo de quince días que marca-, hay que admitir que ese artículo no impide el que pueda utilizarse la vía general con interposición previa de recurso de reposición (por lo demás subsanable si se hubiese omitido). Con lo que también el recurso tendría que admitirse». La Sala considera que la doctrina mantenida en la Sentencia de 12 de marzo de 1990, no es aplicable al caso de autos, en el que el acuerdo municipal es la aprobación de una Ordenanza Tributaria, cuyo procedimiento aparece regulado en el artículo 17 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, en el que no existe el recurso de reposición, habiéndose suprimido totalmente, por la Ley 7/1985, de 2 de abril, la tutela financiera ejercida desde tiempo inmemorial por la Administración General del Estado (Ministerio de Hacienda) a través de su aprobación por los Delegados de Hacienda y por los Tribunales Económico-Administrativos.

QUINTO.- El segundo motivo casacional «se instrumentó al amparo del apartado 4º del número 1 del artículo 95 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto del artículo 137 en relación con el 140 de nuestra Constitución al no respetar la autonomía de las entidades locales, proclamado en dichos artículos».

La Sala entiende que si bien es cierto que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, adaptó éste a los artículos 137 y 140 de la Constitución que proclamaron el principio de autonomía de los Entes Locales, reconocido expresamente en el artículo 1 de dicha Ley, ello no empece a que la ordenación general de la economía, de la cual forma parte en todos los países civilizados, el control de la inflación, a través de la necesaria política de precios, más o menos intervencionista, ordenación de la economía que de acuerdo con el artículo 149.1.13ª de la Constitución Española corresponde al Estado, el cual puede encomendar ciertos aspectos de su ejercicio a las Comunidades Autónomas, caso de Canarias, tal autonomía local, no contradice, en principio, el que los aumentos de los «precios autorizados», por su trascendencia sobre el consumo, deban ser controlados por la Comunidad Autónoma de Canarias, en virtud de las competencias transferidas por el Estado, pero la cuestión que se debate no es ésa, sino la más concreta de si el control de precios autorizados, entre los cuales se encuentra (Anexo 3, núm. 1, de la Orden Ministerial de 26 de febrero de 1993), el precio por abastecimiento de agua a las poblaciones, alcanza o no a los supuestos de suministro directamente a los vecinos, percibiendo no un precio, sino una tasa.

Desde un punto de vista estrictamente económico podría entenderse que a efectos del índice del coste de la vida es indiferente que los ciudadanos paguen un precio a la empresa concesionaria del servicio o paguen una tasa al Ayuntamiento, pues a efectos del control de la inflación, es posible que las diferencias se diluyan, pero en cambio desde el punto de vista jurídico, que es el que debe utilizarse en esta Sentencia, el régimen es distinto.

Esta Sala ha admitido y razonado extensamente en su Sentencia de fecha 6 de febrero de 1998 (RJ 1998\1670) y otras, que hay que distinguir entre la potestad tarifaria que, respecto de los servicios públicos municipales prestados por empresas concesionarias, corresponde a los Ayuntamientos y la política de

precios, que se superpone a aquélla y que corresponde al Estado y por transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma, pero en el caso presente nos hallamos ante una tasa, es decir un tributo, cuya aprobación se rige por el artículo 17 y otras disposiciones de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, que no prevé en absoluto «autorización» alguna por parte de la Administración General del Estado o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, máxime cuando desde la vigencia de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, se ha suprimido totalmente la histórica tutela fiscal ejercida por el Ministerio de Hacienda.

En consecuencia, no cabe, cuando se trata de tasas, la autorización previa de las mismas, regulada en las disposiciones citadas sobre el control de los precios autorizados, sin embargo, nada impide que las Administraciones de las Comunidades Autónomas puedan, al amparo del artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, impugnar en vía contencioso-administrativa en el plazo, en este caso, de dos meses, los acuerdos definitivos de aprobación de una Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por Prestación del Servicio de Suministro de Agua Potable, si tal tasa no respeta la norma esencial del artículo 24 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, que dispone: «El importe estimado de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate (...)», pues tal coste del servicio es el límite máximo de la tasa que sustituye en este caso a la autorización previa del «precio autorizado», de modo que desde la política de precios, la Comunidad Autónoma estaría legitimada para impugnar la tasa si superase este límite, pero, como hemos dicho, lo que no puede es exigir la autorización previa aplicable a los «precios autorizados».

SEXTO.- Habiéndose estimado el recurso de casación, procede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102, apartado 1, ordinal 3º de la Ley Jurisdiccional, según la redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, a cuyo efecto, la Sala debe declarar inadmisible el recurso contencioso-administrativo de instancia, núm. 129/1994, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, por haberse interpuesto una vez superado con creces el plazo especial de 15 días regulado en el artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, letra f), de la Ley Jurisdiccional, y en cuanto a las costas de la instancia que no procede acordar su expresa imposición y respecto de las causadas en este recurso de casación que cada parte pague las suyas.

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el pueblo español en la Constitución.

FALLAMOS:

PRIMERO.-Estimar el recurso de casación núm. 2603/1995, interpuesto por el Ayuntamiento de La Orotava, contra la Sentencia núm. 223/1994, dictada con fecha 10 de marzo de 1995, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 129/1994, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.-Declarar inadmisible el recurso contencioso- administrativo núm. 129/1994, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, por haberse interpuesto extemporáneamente.

TERCERO.-No acordar la expresa imposición de las costas causadas en la instancia, y en cuanto a las de este recurso de casación que cada parte pague las suyas.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

3. STS (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª) DE 15 ABRIL 2000 (RJ 2000\3781)

Recurso de Casación núm. 4409/1993.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Mateo Díaz

ADMINISTRACION LOCAL: Servicios de las Corporaciones Locales: transporte público de viajeros: estaciones de autobuses: actividad auxiliar y complementaria del transporte: competencia municipal para la fijación de precios o tarifas por la utilización del servicio: existencia: pero con sujeción a la política estatal y autonómica en materia de precios: examen: revisión de tarifas procedente.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja dictó Sentencia, en

fecha 2-6-1993, desestimatoria del recurso deducido por las entidades mercantiles «La Estellesa, SA», «Asociación Riojana de Empresas de Transportes en Autobús, SA» y «Compañía de los Automóviles de Alava, SA» contra un Acuerdo del Ayuntamiento de Logroño fechado el 24-10-1991, por el que se modificó la Tarifa Séptima de la Ordenanza 19, de precios públicos por la utilización de la Estación Municipal de Autobuses.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por las mercantiles recurrentes; con condena solidaria en las costas.

En la Villa de Madrid, a quince de abril de dos mil. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Segunda, ha visto el recurso de casación 4409/1993, interpuesto por La Estellesa, SA, la Asociación Riojana de Empresas de Transportes en Autobús, SA y la Compañía de los Automóviles de Alava, SA, representadas por el Procurador don José Manuel D. A., bajo la dirección de Letrado, contra la sentencia dictada el día 2 de junio de 1993, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en su recurso 36/1992, siendo parte recurrida el Excmo. Ayuntamiento de Logroño, representado por el Procurador don Roberto G. P., también bajo la dirección de Letrado, relativo a modificación de tarifas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Las citadas entidades formularon recursos de reposición contra el acuerdo del Ayuntamiento de Logroño de fecha 24 de octubre de 1991, publicado en el Boletín Oficial de La Rioja, de 26 de octubre siguiente, por el que se modificó la Tarifa Séptima de la Ordenanza 19, de Precios Públicos, por la utilización de la Estación Municipal de Autobuses.

Dichos recursos fueron presuntamente desestimados por silencio administrativo.

SEGUNDO Posteriormente, los mencionados actos administrativos fueron objeto de los recursos contencioso-administrativos 36, 37 y 98 de 1992, que se tramitaron acumuladamente ante la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que lo desestimó por sentencia de 2 de junio de 1993.

TERCERO Frente a la misma, las entidades litigantes formularon recurso de casación, en el que una vez interpuesto, recibidos los autos, admitido a trámite y formuladas sus alegaciones por la Administración recurrida, se suspendió el curso del procedimiento en tanto no recayera sentencia en las cuestiones de inconstitucionalidad 2804, 3059 y 3808 de 1998, relativos a la inconstitucionalidad de los artículos 41 A), 45, 48 y 117 de la Ley 39/1988, y eventualmente de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 25/1998.

Una vez recaída la STC 233/1999, de 13 de diciembre, se señaló para votación y fallo el día 4 de abril de 2000, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Mateo Díaz, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Las entidades recurrentes han articulado un motivo único de casación, al amparo del art. 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, citando como infringidas las siguientes normas:

1.-El art. 18 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres 16/1987, de 30 de julio (RCL 1987, 1764) y el art. 28.2.6 del Reglamento de dicha Ley (RCL 1990, 2072), por aplicación indebida de los mismos, en relación con el art. 47.1 c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y los arts. 19 y 128 de la indicada Ley de Transportes, y los arts. 29, 184, 185 y 187 de su Reglamento.

Sostienen dichas recurrentes que las estaciones de autobuses son una actividad auxiliar y complementaria del transporte por carretera, lo que no ha sido tenido en cuenta por la sentencia impugnada cuando, en su Fundamento 4º, manifiesta que el art. 18.1 de la Ley de Transportes por Carretera, en relación con el 28.2.6 de su Reglamento «autorizan al Ayuntamiento demandado para la libre determinación o tarifación de los precios por la prestación del servicio».

A juicio de las recurrentes, los preceptos citados deben interpretarse solamente en el sentido de que, si hay tarifas preexistentes, el Ayuntamiento no podía modificarlas libremente, ya que ello sólo es lícito, a tenor del art. 18.1 de la Ley 16/1987, cuando no existieran previamente.

Tampoco es aplicable a su juicio el art. 28.2.6 del Reglamento a la vista de la preexistencia de las tarifas.

Opone también los defectos existentes en el procedimiento seguido por el Ayuntamiento de Logroño para la fijación de las tarifas, al no haber solicitado autorización a la Administración de Transportes por Carretera, que en el caso contemplado, era la Dirección General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo del Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

En su opinión, la competencia para la modificación de las tarifas correspondía al órgano autonómico

indicado, en virtud de lo dispuesto por el art. 29.1 del Reglamento.

2.-Cita, en la misma línea argumental, los artículos 128 de la Ley 16/1987 y 184 del Reglamento, en orden a que es preceptiva la autorización de la Administración para la creación de este tipo de establecimientos, y que en el proyecto correspondiente deberán incluirse las tarifas, así como el art. 187 del Reglamento, del que a su juicio resulta que, cuando el Ayuntamiento asume la gestión directa de las estaciones, serán de aplicación las reglas establecidas en los epígrafes 1, 2 y 3 del art. 187 del Reglamento, por lo que concluye que cualquier modificación de las tarifas deberá contar con la autorización de la Comunidad Autónoma.

SEGUNDO El Ayuntamiento recurrido, por el contrario, subrayó el acierto de la sentencia impugnada cuando, apoyándose en el art. 18.1 de la Ley, aceptó que las tarifas se fijaran con arreglo a los precios usuales de mercado pues «dado que ningún "cargo competente" (bien el Estado o la Comunidad Autónoma) ha establecido tarifas obligatorias para su utilización ha de concluirse que las específicas normas transcritas autorizan al Ayuntamiento demandado para la libre determinación de los precios por la prestación del servicio».

Invoca los artículos 21 y 42 de la Ley de Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, posterior a la Ley 16/1987, para estimar suprimidas las limitaciones que al establecimiento de tasas municipales se contenían en el art. 201 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, estimando derogados los preceptos de la Ley 16/1987 que se opongan a la Ley 39/1988.

Finalmente rechazó la aplicación en el presente supuesto de los arts. 131 y 187 del Reglamento, puesto que ni se está discutiendo la creación de la estación ni dichos preceptos guardan relación con la libertad tarifaria del Ayuntamiento.

TERCERO **Una serie de sentencias de esta Sala han tenido ocasión de perfilar una doctrina definida sobre la llamada potestad tarifaria de los Ayuntamientos, expresión bajo la que se ha solidado comprender las facultades que el ordenamiento les reconoce para fijar tanto las tarifas correspondientes a los servicios prestados directamente por la Corporación, en los términos del art. 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales** (RCL 1956, 85), aún vigente en lo esencial, esto es, **con o sin órgano especial de administración, o mediante función pública del servicio, o indirectamente por concesión otorgada a particular o empresa mixta, o por consorcio con otros entes públicos como las tasas o tarifas y los precios públicos fijados por los Ayuntamientos** en el marco de la Ley 8/1989, de 13 de abril (RCL 1989, 835), de Tasas y Precios Públicos.

Entre esas sentencias podemos citar las de 9 de abril de 1968 (RJ 1968, 3748), 3 de mayo y 26 de junio de 1996 (RJ 1996, 4282 y 7244), 6 de febrero y 4 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1670 y 1933).

Con antelación, esta misma Sala ya había hecho esfuerzos para precisar la confusa terminología que se ha utilizado desde antiguo en esta materia.

Así, las sentencias de esta Sala de 9 de abril de 1968, 12 de noviembre de 1979, 1 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1050), 10 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1347) y 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 2515), fueron **estableciendo progresivamente la diferencia entre las «tarifas o precios» de los servicios públicos y las «tasas y/o precios públicos», de carácter fiscal, atribuyendo a unos y otros naturalezas diferentes, en función de sus respectivos regímenes de implantación, modificación e impugnación, así como de sus conceptos y finalidades de aplicación**.

Es indiscutible, y en ello convienen todas las partes intervinientes en el proceso, que la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes por Carretera, dispuso en su art. 113.1 que «los Municipios serán competentes con carácter general para la gestión y ordenación de los servicios urbanos de transporte (...)», precisando en el art. 115.1 que «el otorgamiento de los títulos habilitantes para la realización de transportes urbanos de viajeros corresponderá a los órganos municipales competentes», añadiendo en su art. 117.1 que «la autoridad local competente establecerá con sujeción a la normativa general de precios, el régimen tarifario de los transportes urbanos de viajeros, con consideración en su caso, de la parte del coste de los mismos que deba ser financiado con recursos diferentes a las aportaciones de los usuarios».

En consecuencia **la potestad tarifaria de los Municipios, en este aspecto, es indiscutible**, como se cuidan de señalar las dos sentencias de 1998 que hemos citado.

Y **dentro de la competencia municipal en la gestión y ordenación del transporte urbano de viajeros se incluyen con claridad las estaciones de autobuses,** a las que el legislador considera una actividad auxiliar y complementaria del transporte disponiendo en el artículo 128.1 de la Ley 16/1987 que «el establecimiento de estaciones deberá ser previamente aprobado por la Comunidad Autónoma en la que las mismas hayan de estar ubicadas o, en su caso, por el Estado cuando fuere competente. Para el otorgamiento de dicha aprobación deberá presentarse por el correspondiente Ayuntamiento, de oficio o a instancia de los particulares, un proyecto elaborado con arreglo a las prescripciones que reglamentariamente se determinen».

En el párrafo segundo del mismo artículo se dice que «la construcción y explotación de las estaciones se realizará normalmente por los Ayuntamientos a través de gestión indirecta, mediante concesión administrativa otorgada por concurso a entidades o empresas interesadas en la misma (...)».

En el número 3 se preceptúa que «cuando no se siga el procedimiento de gestión indirecta previsto en el punto anterior, por existir motivos económicos o sociales para ello, o cuando haya quedado desierto el correspondiente concurso, los Ayuntamientos podrán construir o explotar directamente las estaciones. Cuando el Ayuntamiento realice directamente la construcción, pero no la explotación, regirán respecto a la gestión indirecta de ésta, idénticas reglas a las establecidas en el punto anterior».

En consecuencia, es patente que el Ayuntamiento tiene competencia para asumir la gestión directa de la estación de autobuses, régimen que la sentencia de instancia declara probado como existente en el supuesto de autos.

CUARTO La sentencia de instancia, a continuación declara que el Ayuntamiento podía fijar libremente los precios o tarifas de la utilización del servicio.

Sostiene en tal sentido que la exigencia legal del previo informe favorable de la Administración de Transportes no viene exigido por precepto alguno de la Ley 16/1987 (Fundamento 4), y a renglón seguido argumenta que el art. 18.1 fija que la competencia para establecer las tarifas corresponde a la Administración de Transportes, pero que «de no existir tarifas, la contratación deberá realizarse a los precios usuales o de mercado del lugar en que la misma se lleve a cabo». Concluye que dado que como ni la Administración del Estado ni la autonómica las habían señalado, es preciso aplicar el art. 28.2.6 del Reglamento de la Ley 16/1987, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (RCL 1990, 2072), y que por tanto, el Ayuntamiento podía establecer libremente las tarifas.

El citado precepto dispone textualmente en lo que ahora interesa:

Art. 28.1.2.-«Los transportes públicos regulares de viajeros de uso especial estarán sometidos a tarifas obligatorias cuando éstas sean expresamente determinadas por el órgano administrativo competente, siendo en caso contrario libres sus precios».

Art. 28.2.6.-«La utilización de las estaciones de transporte de viajeros y de mercancías, así como de los Centros de información y distribución de cargas y la actividad de arrendamiento con conductor, estará sometida a tarifas obligatorias cuando sean establecidas por los cargos (sic) competentes sobre las mismas, siendo libres los precios en otro caso».

Manifiestamente la conclusión a que llega la sentencia impugnada en este punto, es la de afirmar la discrecionalidad de la Administración municipal en la fijación de las tarifas, lo que no puede compartirse.

No solamente no es discrecional el precio, sino que la Ley no contiene disposiciones taxativas sobre su fijación al hacer referencia a los «precios usuales o de mercado» (art. 18.1 de la Ley).

Al propio tiempo, la jurisprudencia que antes citamos ha recordado que una serie de preceptos han cohonestado las competencias municipales con las que corresponden a las Comunidades Autónomas en esta materia y, en su caso, al Estado.

Así, han de tenerse en cuenta el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, el cual dispone que «el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en las siguientes materias: (...) LL) Transporte público de viajeros»; el art. 117.1 de la Ley 16/1987 que «la autoridad local competente establecerá, con sujeción a la normativa general de precios, el régimen tarifario de los transportes urbanos de viajeros, con consideración, en su caso, de la parte del coste de los mismos, que deba ser financiado con recursos diferentes a las aportaciones de los usuarios»; y el art. 45.2 de la Ley de Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, mantenido incólume por la sentencia de diciembre, insiste, en materia de precios públicos, en la referencia al valor de mercado o de la utilidad derivada del servicio disfrutado.

QUINTO Siendo, pues indudable, la competencia del Ayuntamiento, no lo es menos por tanto que ésta tiene que ejercitarse con respeto a la normativa general y a las competencias que corresponden a las otras Administraciones implicadas.

La misma jurisprudencia aludida, así como la STC 53/1984, han destacado la compatibilidad de estas competencias aparentemente dispares, señalando que **la Corporación Local está limitada y debe respetar la política de precios que emane de las Administraciones competentes en dicha materia**, a tenor, en el momento en que se produce el acuerdo impugnado, de una nutrida normativa perfectamente analizada y sistematizada en nuestra sentencia de 6 de febrero de 1998, a la que nos remitimos.

No puede aceptarse, en definitiva, la afirmación de las entidades recurrentes de que, al haber tarifas preexistentes, el Ayuntamiento no podía modificarlas, pues ello conduciría al absurdo de que el Ayuntamiento no podría aprobarlas al asumir la gestión directa inicial del servicio, y tampoco la de que,

como se sostiene en el epígrafe IV.Dos del escrito de recurso, las tarifas deben, «antes de ser definitivamente aprobadas y aplicadas por el Ayuntamiento de dicha localidad, contar con la autorización o ratificación previa de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo del Gobierno de La Rioja», tesis que supondría conceder a la Comunidad Autónoma un control administrativo sobre tales tarifas, en términos incompatibles con la autonomía local, garantizada a los Ayuntamientos por los artículos 137 y 140 de la Constitución.

El informe favorable de la Comunidad Autónoma de La Rioja es, como señala en este punto correctamente la sentencia recurrida, analizando el art. 131 de la Ley 16/1987, necesaria para la utilización obligatoria y pública de la estación de autobuses, pero no a los efectos de la modificación de las tarifas, donde no tiene carácter obstativo -vid. S. 6 de febrero de 1998-.

Como puede la Comunidad Autónoma desaprobar las tarifas es en el marco de la política de precios, si tiene la competencia sobre la materia, pero este extremo no ha sido planteado en el recurso y no puede ser introducido de oficio en casación.

Tampoco se ha cuestionado ante esta Sala lo relativo a la suficiencia del estudio económico a que se alude en el Fundamento 6 de la sentencia, necesario para la validez de las tarifas aprobadas, a tenor de los artículos 24.1 y 45.1 de la Ley de Haciendas Locales, en el que tampoco podemos entrar.

En definitiva, no puede estimarse ninguno de los motivos del recurso.

SEXTO La desestimación de todos los motivos del recurso lleva consigo la preceptiva condena en costas que determina el art. 102.2 de la Ley de la Jurisdicción de 1956.

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y por la potestad que nos confiere el pueblo español.

FALLAMOS: Desestimamos el recurso de casación 4409/1993, interpuesto por La Estellesa, SA, la Asociación Riojana de Empresas de Transportes en Autobús, SA y la Compañía de los Automóviles de Alava, SA, contra la sentencia dictada el día 2 de junio de 1993, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en su recurso 36/1992, siendo parte recurrida el Ayuntamiento de Logroño, imponiendo a las recurrentes, solidariamente, condena en las costas del recurso, y sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

4. STS (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª) DE 29 OCTUBRE 2003 (RJ 2003\7950)

Recurso de Casación núm. 566/1997.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Rouanet Moscardó

ADMINISTRACION LOCAL: Servicios de las corporaciones locales: tarifas: régimen de control de precios: aplicable a la actividad económica de las entidades locales: vigencia del Decreto 2695/1977, de 28 octubre, incluso tras LHL: inclusión de los servicios de suministro de agua potable: intervención de la comisión de precios de la Comunidad Autónoma: procedencia.

PRECIOS PUBLICOS: Precios públicos de los municipios: cuantificación: precios por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público: precio público por la prestación del servicio de suministro de agua: sujeción al régimen de precios autorizados: necesidad de autorización para su establecimiento o modificación del órgano autonómico encargado del control de precios: vulneración del principio de autonomía local inexistente.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña -Sección Quinta- dictó Sentencia, en fecha 18-10-1996, desestimatoria del recurso deducido por la Entidad Metropolitana de los Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos contra Acuerdo de la Comisión de Precios de la Generalitat de Cataluña de 25-02-1993, relativo a aprobación de precio público por la prestación del servicio de suministro de agua potable.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la recurrente; con imposición de las costas causadas.

En la Villa de Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil tres.

Visto el presente recurso de casación interpuesto por la ENTIDAD METROPOLITANA DE LOS SERVICIOS HIDRÁULICOS Y DEL TRATAMIENTO DE RESIDUOS (EMSHTR), representada por el Procurador Don

Enrique Sorribes Torrá y asistida del Letrado don Juan Perdigó Solá, contra la sentencia número 634 dictada, con fecha 18 de octubre de 1996, por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, desestimatoria del recurso de dicho orden jurisdiccional número 1169/1993 promovido contra el acuerdo de 25 de febrero de 1993 de la Comisión de Precios de la GENERALITAT CATALANA -que ha comparecido, esta última, en las presentes actuaciones, como parte recurrida, bajo la representación y dirección técnico jurídica de su Letrada, Doña Elisa Puig Muñoz- por el que se había desestimado el recurso de reposición deducido contra al acuerdo anterior de la propia Comisión de 10 de diciembre de 1992, autorizatorio sólo en parte del acuerdo de EMSHTR de 8 de octubre de 1992 de aprobación y modificación de la tarifa complementaria de garantía y suministro del agua potable para el año 1993.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO En la indicada fecha de 18 de octubre de 1996, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó la sentencia número 634, con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido: 1º.-Desestimar el presente recurso. 2º.-No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas».

SEGUNDO Contra la citada sentencia, la representación procesal de la ENTIDAD METROPOLITANA DE LOS SERVICIOS HIDRÁULICOS Y DEL TRATAMIENTO DE RESIDUOS DE BARCELONA preparó ante el Tribunal a quo el presente recurso de casación que, una vez tenido por preparado, fue interpuesto en plazo ante esta Sala, desarrollándose, después, procesalmente, conforme a las prescripciones legales; y, formalizado por la representación y dirección técnico-jurídica de la GENERALITAT DE CATALUÑA recurrida su oportuno escrito de oposición al recurso, se señaló, por su turno, para votación y fallo, la audiencia del día 22 de octubre de 2003, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia de instancia, cuyos datos básicos esenciales constan pergeñados en el encabezamiento de la presente resolución, se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

A) Alega, en primer lugar, la recurrente que los acuerdos impugnados carecen de motivación, lo cual implica la infracción del artículo 43.1. a) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, LPA (RCL 1958, 1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585) , porque, a causa de ello, el interesado desconoce las razones determinantes del sentido de las resoluciones y se le impide ejercitar los mecanismos impugnatorios de defensa de sus derechos e intereses.

Sin embargo, el artículo 93.3 de dicha LPA dispone que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma; y, en este caso de autos, el acuerdo de la Comisión de Precios de 10 de diciembre de 1992 se basa en el informe elaborado por la Secretaría de dicha Comisión en relación con la solicitud formulada por EMSHTR, del que se acompañó copia al serle notificado tal acuerdo (informe en el que se exponen los argumentos tomados en consideración a la hora de adoptar la resolución impugnada -de modo que la interesada ha podido conocerlos y articular los medios de defensa consecuentes-).

Y, por ello, el acuerdo está suficientemente motivado (a tenor del citado artículo 93.3) y procede desestimar el recurso en este extremo.

B) Ha de descartarse que la Ley 39/1988, de Haciendas Locales, y, en concreto, su Disposición Derogatoria Segunda, haya venido a derogar el artículo 107.2 del Real Decreto Legislativo, Real Decreto Legislativo, 781/1986, así como el correlativo artículo 251 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, porque aquélla, la Ley 39/1988, se limita a regular el procedimiento de aprobación de las tarifas de los servicios locales, en la forma de tasas o de precios públicos, pero ello no es incompatible con la existencia de una potestad yuxtapuesta enmarcada en la política general de precios y cuya finalidad es el control de los mismos.

C) Entiende la recurrente que la Comisión de Precios ha incurrido en una desviación de poder, pues la potestad tarifaria, propia y exclusiva de EMSHTR, y la potestad de la Generalitat en materia de política de precios se hallan claramente deslindadas y extienden su ámbito a objetos distintos, en cuanto que compete a la entidad local, la EMSHTR, el examen de los costes de la prestación del servicio y la fijación de las tarifas en función del principio de autosuficiencia, y, por contra, la Comisión de Precios no puede tomar en cuenta ni revisar tales factores, limitándose a un examen externo en razón a la incidencia de las nuevas tarifas en la política de contención de la inflación.

Tal separación radical no encuentra, sin embargo, apoyo en los textos reguladores de las Comisiones de Precios, pues el Real Decreto 2695/1977, de 28 de octubre (RCL 1977, 2319) , sobre medidas relativas a la política de precios, menciona, en su Exposición de Motivos, la necesidad de que el Gobierno vigile los

mecanismos de formación de los precios, para evitar la perturbación del objetivo de reducir la tasa de inflación, y establece, además, en su artículo 6, que las solicitudes de aumento de precios deben incluir la estructura de costes, desglosada en sus distintos componentes, y la justificación del alza de los mismos, y, en su artículo 7, que los aumentos tienen que basarse en elevaciones de costes de producción o comercialización (añadiendo el artículo 4 del Decreto 149/1989 [LCAT 1989, 264] de la Generalitat Catalana que es necesario presentar una memoria y un estudio económico que sirva de base a la propuesta de implantación o modificación de las tarifas).

La Comisión de Precios está facultada, pues, para examinar los datos económicos relativos al incremento del coste del servicio, en los que, precisamente, debe basar su resolución (y queda, por tanto, desvirtuada la denuncia de desviación de poder).

D) Como no existen perjuicios derivados de un acto ajustado a derecho (como son las resoluciones de autos), no cabe dar lugar a la indemnización instada, cuando, además, la compensación mencionada en el artículo 107.2 del RDLeg 781/1986 no es exigible en la Comunidad Autónoma de Cataluña, pues tal precepto no es aplicable en la misma por no ostentar carácter básico conforme a lo declarado en la STC 385/1993, de 23 de diciembre, y debe estarse, en consecuencia, a lo dispuesto en el artículo 251.3 de la Ley Catalana 8/1987, que atribuye al ente local el establecimiento de las compensaciones económicas necesarias.

SEGUNDO El presente recurso de casación, promovido al amparo de los ordinales 4 y 3 del artículo 95.1 de la Ley de esta Jurisdicción, LJCA (según la versión entronizada en la misma por la Ley 10/1992), se funda, en resumen, en los siguientes motivos de impugnación:

A) Con base en el ordinal 4 del citado artículo 95.1: Por infracción del ordenamiento jurídico estatal y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, habida cuenta que:

a.-La sentencia ha vulnerado el artículo 93.3 de la LPA de 1958 (actual artículo 89.5 de la Ley 30/1992), pues los informes o dictámenes sirven de motivación de los acuerdos cuando se incorporan al texto de los mismos y no, como en este caso de autos acontece, cuando se acompañan, en copia, al acto de notificación de las resoluciones.

b.-La sentencia desconoce la nítida separación entre la potestad tarifaria local y la política de precios, contemplada en el ordenamiento estatal y confirmada por toda la jurisprudencia, pues del tenor de los razonamientos contenidos en aquélla se desprende no que la Comisión de Precios se halla facultada para examinar los datos económicos relativos al incremento de los costes del servicio, en los que debe basar su decisión, sino, por el contrario, que el fin de la potestad -estatal o autonómica- sobre la política de precios es el de la contención de la inflación y, por ello, precisamente, que tal finalidad la distingue de la potestad tarifaria de la entidad local.

c.-La sentencia infringe lo señalado en el artículo 83 de la LJCA sobre la nulidad de los actos que incurren en desviación de poder (en relación con el deber de motivación de los mismos), pues la disminución, por la Comisión de Precios, de las tarifas aprobadas por la EMSHTR sólo puede justificarse en la contención de la inflación y no en el control de los factores y criterios internos en los que se ha basado la entidad local para la modificación de las mismas.

d.-La sentencia vulnera la legislación estatal en materia de Hacienda Local, en punto a la aprobación de precios públicos y, por tanto, también, el principio de autonomía Local, pues se ha producido una confusión o atracción de la potestad tarifaria local por la potestad política de precios al aceptarse que, en el ejercicio de la política de precios, la Administración Autonómica vaya más allá de un control externo dirigido a la contención de la inflación y se adentre «in extenso» en el control interno de los factores que han inducido a la entidad local a incrementar las tarifas del servicio en orden a su autofinanciación (ya que sólo si la Administración Autonómica mantiene el ejercicio de sus poderes en materia de política de precios en los justos términos de control de la inflación la yuxtaposición de las dos potestades examinadas es ajustada a derecho).

e.-La sentencia no ha tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 107.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, ni lo declarado en la STC 385/1993, de 23 de diciembre, pues, según tal sentencia del TC, es claro el carácter básico del citado artículo 107.2, comprendido en el Título IV del mencionado RD Legislativo, ya que la Disposición Final Séptima.1.b) de tal norma ha quedado redactada, por mor de dicha sentencia, en el sentido estricto de que «en las materias reguladas en los Títulos IV y V se inferirá el carácter básico de sus preceptos... según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas», frase, esta última, que hace referencia al artículo 149.1.13 y 18 de la CE, en el que se reserva al Estado la competencia para establecer las bases y la coordinación de la planificación económica general (competencia ahora trasvasada a la Comunidad Autónoma, según el artículo 12.1 del propio Estatuto de Autonomía de Cataluña y de acuerdo con las bases y la ordenación de la citada actividad económica general); y es por ello que, al contrario de lo que se expresa en la sentencia impugnada, el artículo 251.3 de la Ley Catalana 8/1987 debe

de ser interpretado al igual que el citado 107.2 del RDLeg 781/1986, es decir, en el sentido de que, cuando los acuerdos de la Comisión de Precios de Cataluña autorizan tarifas de servicios locales por debajo de los módulos de autofinanciación, la compensación reequilibradora ha de ser sufragada por la Administración de la Generalitat y por la propia entidad local afectada.

f.-La sentencia ignora la responsabilidad patrimonial que se deriva de los perjuicios causados por los actos nulos e infringe, así, lo previsto en los artículos 42 y 84. c) de la LJCA y 142.4 de la Ley 30/1992.

g.-En este caso de autos, es pertinente la casación porque, si bien el acto impugnado procede de la Administración Autonómica, en la sentencia de instancia es especialmente relevante y determinante la infracción de los preceptos del ordenamiento ordinario estatal y de la CE antes aludidos.

B) Con base en el ordinal 3 del citado artículo 95.1 de la LJCA (versión de 1992): Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, dada la manifiesta incongruencia e insuficiencia de su motivación, en tanto en cuanto:

a.-El fallo se funda en unos fundamentos de derecho contradictorios e incoherentes, pues, primero, se pretende que «acompañar» el informe a la notificación de la resolución equivale a «incorporar» aquél al texto de la misma; segundo, se niega la separación radical de la potestad tarifaria y del control de la inflación para, a continuación, afirmar que el ordenamiento sobre política de precios tiene como fin el evitar la introducción de componentes que puedan perturbar el objetivo de reducir la tasa de inflación; tercero, se señala que la Ley 39/1988 no ha derogado el artículo 107.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 cuando nunca se ha propugnado dicha derogación sino el que la citada Ley 39/1988 ha derogado e impide que la Comisión de Precios, más allá del control de la inflación, pueda actuar funciones propias del ejercicio de la potestad tarifaría; y, cuarto, la sentencia de instancia no contiene ningún razonamiento sobre la redacción dada por la STC 385/1993 a la Disposición Final Séptima.1.b) del RDLeg. 781/1987, ni sobre sus efectos sobre el artículo 107.2 del referido Texto, con el fin de determinar, con fundamento, su carácter de norma básica.

b.- La sentencia no contrasta el valor que pueda tener el informe de la Secretaría de la Comisión de Precios con el acuerdo de la EMSHTR y los informes adjuntados con el recurso de casación, aceptando como válidas meras y formales apariencias de motivación.

TERCERO Deben dejarse sentados, en primer lugar, los siguientes extremos:

La EMSHTR, creada por la Ley Catalana 7/1987, de 4 de abril (RCL 1987, 1058), en sustitución de la extinguida Corporación Metropolitana de Barcelona, en materia de abastecimiento de aguas a poblaciones, realiza las obras y establece y presta los servicios de captación, tratamiento y distribución de agua potable, habiendo sido reconocida, por el Decreto 177/1987 del Gobierno de la Generalitat, como una entidad local supramunicipal a los efectos previstos en el artículo 81 de la Ley de Aguas de 1985, y estando delimitado el servicio metropolitano de abastecimiento de agua en alta por la Ley Catalana 4/1990 (RCL 1990, 768) .

Para la financiación de su servicio hidráulico, el Consejo Metropolitano aprobó, el 27 de febrero de 1992, la Ordenanza reguladora del precio público «tarifa complementaria de garantía y suministro», cuyas cuotas son incorporadas, por las empresas suministradoras del agua, en las facturas que giran a sus usuarios, liquidando después el producto de lo recaudado a la EMSHTR.

El importe de tal tarifa es modificado periódicamente por el Consejo Metropolitano de conformidad con la Ordenanza, pero, siendo un precio sujeto a autorización por el RD 2695/1977, de 28 de octubre, y la Orden de 26 de febrero de 1993 -sujeción confirmada por el RDley 7/1996, de 7 de junio (RCL 1996, 1767 y 1823) -, los incrementos aprobados por la EMSHTR son remitidos para su autorización a la Comisión de Precios de la Generalitat, a quien corresponde la política de precios (en aplicación del Decreto Catalán 149/1988).

Y es, precisamente, el ejercicio de tal autorización lo que es el objeto de las presentes actuaciones.

Por otra parte, la doctrina de esta Sala ya ha dejado sentado que dicha autorización implica la **preexistencia de un derecho, en este caso la potestad tarifaria de las Entidades Locales, limitado, sin embargo, en su ejercicio, para hacerlo acorde con los objetivos de la política económica patrocinada por el Gobierno estatal o autonómico, y, por ello, la citada autorización comporta las siguientes notas: a) sobre tal potestad tarifaria se superpone o yuxtapone la potestad de ordenación y control de la economía; b) las entidades locales conservan la potestad tarifaria, fundada en la mejor y más eficaz prestación del servicio público y en la consecución del equilibrio económico o de la explotación, pero tales entidades deben respetar la política de precios señalada por el Gobierno o por la Comunidad Autónoma ejercida a través de las preceptivas autorizaciones, siempre que aquéllas pretendan aumentar las tarifas; c) los acuerdos de las Comisiones de Precios deben estar fundados sólo en el efecto de aumento de precios que comporta la revisión propuesta, teniendo en cuenta los objetivos de la política económica y, sobre todo, la justificación del incremento de las**

tarifas debido al aumento del coste de explotación, sin que dicha Comisión pueda invadir la competencia tarifaria que corresponde a la entidad local basándose en razones relativas al funcionamiento del servicio; y, d) nunca el acuerdo de revisión de las tarifas puede proceder del concesionario, ni de la propia Comunidad Autónoma, porque ello significaría, de una parte, el desconocimiento de la relación esencial entre la entidad local concedente y el concesionario y, de otra, la invasión por la Comunidad Autónoma de la potestad tarifaría de la entidad local.

CUARTO Partiendo de lo acabado de exponer, es evidente que lo procedente es la desestimación del presente recurso de casación, porque, en esencia, la solución a adoptar, respecto al caso aquí controvertido, pasa por los siguientes asertos:

1.-La Comisión de Precios ha ejercido las competencias en materia de intervención de precios traspasadas, por la Administración del Estado a la Generalitat Catalana, en materia de comercio, en virtud del RD 1386/1978, de 23 de junio (RCL 1978, 1364).

2.-**El sistema de precios autorizados para el abastecimiento de agua está vigente (sin haber sido modificado por la Ley 39/1988).**

3.-Tal sistema afecta mayoritariamente a los servicios prestados por las Administraciones Públicas (entre ellas las locales).

4.-La EMSHTR ha reconocido que la tarifa de suministro de agua está sujeta a dicho régimen de precios y que la competencia de tal control corresponde a la Comisión de Precios de la Generalitat (a tenor de lo previsto en el RD 2695/1977, el D. Catalán 149/1988, la Orden de 8 de septiembre de 1988 y el artículo 251.2 de la Ley Catalana 8/1987).

5.-No existe, en el caso de autos, desviación de poder, porque la Generalitat no ha ejercido la potestad tarifaría sino la suya propia de control o autorización de los precios.

QUINTO

A) En base a ello, carece de predicamento el primero de los motivos casacionales impugnatorios, habida cuenta que:

a.-No se ha vulnerado el artículo 93.3 de la LPA de 1958, porque: La sentencia no afirma exclusivamente que el informe de la Secretaría de la Comisión de Precios fue acompañado con la notificación del acuerdo, sino que, además, puntualiza que en tal informe se exponen los argumentos que han sido tomados en consideración al adoptar la resolución, de manera que la EMSHTR ha podido conocer los mismos y articular, en consecuencia, los medios de defensa adecuados (estando, por tanto, el acto impugnado suficientemente motivado, como lo ha reconocido, en cierto modo, la propia recurrente, al reducir la motivación a sus aspectos formales cuando lo cierto es que la misma debe referirse a las cuestiones de fondo, al porqué de la decisión, que aquí están perfectamente delimitadas -y es, por tanto, irrelevante que el informe motivador se transcriba literalmente en el acuerdo o se acompañe al mismo en el momento de su notificación, como una **«motivación in aliunde»**, pues ha sido erradicado, así, todo viso de indefensión, al haber quedado claramente explicitadas las razones de la resolución, como admite la interesada tanto en el recurso de reposición como en escrito de interposición del recurso de casación cuando matiza que el motivo de la disminución se desprende del informe que acompaña a la resolución, sin que, por tanto, pueda ahora «ir contra sus propios actos»-).

b.-La sentencia se ajusta a la regulación normativa del régimen de precios autorizados, porque la competencia en tal materia fue traspasada a la Generalitat por el RD 1386/1978 (RCL 1978, 1364) y fue asumida, posteriormente, por la Disposición Transitoria Sexta. 6 del Estatuto de Autonomía Catalán, y tal competencia es de diferente naturaleza, alcance y ámbito material que las funciones de tutela de las entidades locales (traspasadas, a su vez, por el RD 2687/1980 [RCL 1980, 2742), por lo que la Comisión de Precios ha ejercido, realmente, la concreta competencia en materia de precios autorizados, sin que ello haya implicado una función de tutela sobre la EMSHTR.

En su específica función, la Comisión de Precios debe tener en cuenta, a tenor de lo prescrito en los artículos 7 del RD 2695/1977 (RCL 1977, 2319) y 4 del D. Catalán 149/1988, si los incrementos solicitados se basan en elevaciones de costes de producción o comercialización y, asimismo, las amortizaciones, los recursos propios y ajenos, la compensación de costes y las consideraciones de política fiscal, energética u otras que respondan a políticas generales aprobadas por la Comunidad Autónoma o el Gobierno Central.

En el informe acompañado con el acuerdo impugnado se indica que «no parece que haya más obras que las de El Prat y Barberá», que «se incluyen gastos financieros de inversiones anteriores», y que «se imputan costes de otros servicios que no tienen nada que ver con la actividad del suministro del agua», entre otras consideraciones, todo lo cual no puede interpretarse como ejercicio de competencias ajenas sino como las propias de la Comisión de Precios en materia, precisamente, de precios autorizados, pues el fundamento de tal sistema es el control del aumento de la inflación y, para ello, la Comisión ha de tener en

cuenta, junto con las repercusiones de los costes, consideraciones de política fiscal, energética u otras que respondan a políticas generales aprobadas por el Gobierno o por la Comunidad Autónoma, de modo y manera que no pueden autorizarse incrementos de precios que no estén debidamente justificados (protegiéndose, así, intereses sociales de los usuarios de servicios de primera necesidad).

El contenido del propio informe demuestra que la Comisión de Precios ha cumplido con la función normativa que se le encomienda, porque no ha autorizado el incremento propuesto por la EMSHTR en razón a que el mismo no estaba suficientemente acreditado.

c.-No existe desviación de poder, no sólo desde la perspectiva de la denunciada falta de motivación que, como se ha razonado, no concurre, sino también desde el punto de vista de los requisitos de fondo que deben condicionarla, pues no ha habido, en la actuación de la Comisión, ninguna intención torcida y desviada del interés público en que consiste el vicio comentado.

d.-No se ha vulnerado, tampoco, el principio de autonomía local ni la legislación estatal en materia de Haciendas Locales, porque, como se indica en la STS de 14 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8466) , para poder vigilar los mecanismos de formación de precios de los distintos bienes y servicios es evidente que el órgano competente debe poder analizar los datos económicos de la entidad prestadora o responsable del servicio y de las tarifas fijadas al efecto (lo cual es lógico desde el prisma del control de la inflación).

En este caso de autos, la Comisión, si bien autorizó un incremento de la tarifa (en la parte que correspondía a la disminución del consumo previsto por la EMSHTR), no lo hizo en la proporción solicitada en consideración a que, como antes se ha destacado, existían gastos no justificados (pues la EMSHTR, en lugar de probar su existencia, se limitó a alegar que la Comisión no puede hacer un análisis ad intra -criterio que no ha compartido, acertadamente, la sentencia impugnada-).

Y es que, en caso contrario, si la Comisión no pudiese analizar los datos económicos de la prestación del servicio, no se comprende por qué debe aportarse la documentación adecuada junto con la solicitud de la autorización de los precios.

Por otra parte, el problema de que la Secretaría de la Comisión (de la que dimana el informe) sea un órgano no adecuado para la emisión del mismo, es una «cuestión nueva» no analizable, por tanto, en el recurso de casación.

e.-El artículo 107.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 no es aplicable en Cataluña, pues, en primer lugar, la propia recurrente, en sus alegaciones, pretendía que el régimen de precios autorizados había sido derogado por la Ley 39/1988 y aducía, además, que la reclamación de los perjuicios se hacía a título de indemnización y no a título de la compensación prevista en el citado artículo 107.2 del RDLeg 781/1986 y 251.3 de la Ley Catalana 8/1987, pues la compensación sólo está prevista cuando la Comisión acuerde la disminución de la tarifa aprobada por la Entidad Local por debajo del coste de autofinanciación -supuesto que no es el de autos-.

Como ya se ha comentado también, dicho artículo 107.2 no era aplicable en Cataluña porque no tenía carácter básico, ya que tal carácter debía inferirse, a tenor de la Disposición Final Séptima del RDLeg. 781/1986 (modulada por la STC 385/1993), «según lo que disponga la legislación estatal vigente» (y ello implica o bien la calificación expresa del precepto como básico o, excepcionalmente, que el mismo posea una estructura, formal y material, de la que pueda inferirse esa condición con naturalidad, y la recurrente no ha acreditado la existencia concreta de esa calificación expresa ni la concurrencia de los requisitos determinantes de la deducción indicada, además de que, no cualquier regulación en materia de política de precios es competencia del Estado y, por tanto, se trata de una norma básica, sino que en esta materia también puede haber normas -con rango legal o reglamentario- aprobadas por la Comunidad Autónoma, en este caso, la Generalitat, en el legítimo ejercicio de sus competencias -y, en tal sentido, el artículo 251.3 de la Ley Catalana 8/1987 establece que «las tarifas serán suficientes para la autofinanciación del servicio, pero, si concurren circunstancias que aconsejen fijar una cuantía inferior, será preciso que el ente local establezca simultáneamente las compensaciones económicas necesarias», y, aun cuando es obvio que tal artículo no coincide con el 107.2 del RDLeg. 781/1986, pues difieren ambos en el punto de qué Administración debe establecer las compensaciones económicas caso de no lograrse la autofinanciación del servicio, ha de recordarse que, si bien la citada Ley 8/1987 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad del Gobierno del Estado, no se incluyó, entre los preceptos impugnados, el 251.3 de la Ley 8/1987, por mor, lógicamente, de reputarse que la Generalitat es la competente para aprobar tal artículo-).

Y tal artículo 251.3 de la Ley Catalana 8/1987 no es susceptible de fundamentar la petición de indemnizatoria o compensatoria de la recurrente, porque, primero, sólo es aplicable en los supuestos en que la Comisión compruebe que el incremento de las tarifas solicitado por la entidad local sí responde a verdaderos aumentos del coste del servicio -supuesto que aquí no concurre-, y, segundo, porque el precepto no señala que la compensación deba ir a cargo de la Generalitat sino de la entidad local.

Además, debe entenderse que la entidad local titular de la potestad tarifaria, la EMSHTR, no puede alegar la

existencia de una lesión indemnizable en el caso, como aquí acontece, de que la negativa al incremento total de tarifas solicitado se haya acordado de conformidad con la potestad reconocida a la Comisión en materia de política de precios, pues la acción de responsabilidad debe anudarse a una previa anulación del acuerdo denegatorio del aumento integral de las tarifas propuesto, de modo y manera que, en el caso contrario, el de autos, nos encontramos con una lesión soportable, consistente en la obligación del ente local, la EMSHTR, de mantener el equilibrio financiero del servicio.

B) No es procedente, tampoco, el segundo de los motivos casacionales impugnatorios, habida cuenta que ya hemos indicado que los fundamentos de la sentencia de instancia son perfectamente coherentes, y es así, además, primero, que la misma no se refirió a la aplicabilidad al caso del artículo 107.2 del RDLeg. 781/1986 porque tal cuestión no había sido planteada por la recurrente, y segundo, que lo mismo aconteció respecto al contraste entre el informe de la Secretaría de la Comisión y los informes de los Servicios Técnicos de la EMSHTR (ya que en la demanda sólo se cuestionaba la competencia de la Comisión para referirse a «aspectos y factores internos del expediente tramitado por la EMSHTR»).

SEXTO Procediendo, por tanto, desestimar el presente recurso de casación, deben imponerse las costas causadas en el mismo a la parte recurrente, a tenor de lo al respecto prescrito en el artículo 102.3 de la LJCA (versión del año 1992).

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere el pueblo español,

FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la ENTIDAD METROPOLITANA DE LOS SERVICIOS HIDRÁULICOS Y DEL TRATAMIENTO DE RESIDUOS DE BARCELONA, EMSHTR, contra la sentencia número 634 dictada, con fecha 18 de octubre de 1986, por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con la consecuente imposición de las costas causadas en este recurso casacional a la citada parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en su caso en el Boletín Oficial del Estado, y, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

5. STS (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª) DE 26 ENERO 2004 (RJ 2004\825)

Recurso de Casación núm. 4514/1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero

TRANSPORTES: Transporte urbano de viajeros: competencias: potestad tarifaria del Ayuntamiento procedente: límites: respeto a la política de precios que emane de las administraciones competentes en la materia: examen.

ADMINISTRACION LOCAL: Servicios de las corporaciones locales: transporte urbano de viajeros en autotaxi: competencia municipal: alcance en relación con la potestad tarifaria: examen.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco -Sección Primera- dictó Sentencia, en fecha 19-12-1997, parcialmente estimatoria del recurso deducido por la Federación de Consumidores de Euskadi contra Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de 20-12-1995, sobre tarifas del servicio público urbano de viajeros en autotaxi.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Bilbao; con imposición de las costas.

En la Villa de Madrid, a veintiséis de enero de dos mil cuatro.

VISTO por la Sección Segunda de la Sala Tercera de este Tribunal, integrada por los Excmos. Señores Magistrados anotados al margen, el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Bilbao, representado por el Procurador D. Alejandro González Salinas, y bajo dirección de Letrado, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 19 de diciembre de 1997, dictada en el recurso Contencioso-Administrativo seguido ante la misma bajo el núm. 941/96, en materia de revisión de tarifas del servicio público de transporte urbano de viajeros en autotaxis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 19 de diciembre de 1997 y en el recurso antes referenciado, dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva: « FALLO: Que estimamos parcialmente el recurso Contencioso-

Administrativo interpuesto por la Letrada Doña Idoia Pérez Araiz, en nombre y representación de la Federación de Consumidores de Euskadi contra Acuerdo Pleno del Ayuntamiento de Bilbao de 20 de diciembre de 1995 sobre nuevas tarifas a aplicar durante 1996 por el servicio público urbano de viajeros en autotaxi, y declaramos el mismo nulo de pleno derecho en tanto se ha prescindido del trámite esencial de solicitud de autorización de incremento de precios ante la comisión de precios de Euskadi, desestimando el recurso en lo demás, y no haciendo imposición de costas».

SEGUNDO Contra la anterior sentencia, la representación procesal del Ayuntamiento de Bilbao preparó recurso de casación. Emplazadas las partes y remitidos los autos, la recurrente formuló escrito de interposición, que articuló sobre la base de un único motivo: Al amparo del artículo 95.1.4º LJCA, en cuanto la sentencia impugnada incurre en infracción del ordenamiento jurídico, concretamente de aquellos que diseñan la autonomía municipal tal como la viene interpretando el Tribunal Constitucional. Terminó suplicando la estimación del recurso, casando y revocando la sentencia recurrida.

TERCERO Señalada, para votación y fallo, la audiencia del 14 de enero pasado, tuvo lugar en esa fecha la referida actuación procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se impugna, mediante este recurso de casación, interpuesto por el Procurador D. Alejandro González Salinas, actuando en nombre y representación del Ayuntamiento de Bilbao, la sentencia de 19 de diciembre de 1997, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la que se estimó el recurso 941/96 de los que se encontraban pendientes ante dicho órgano jurisdiccional.

El citado recurso había sido iniciado contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Bilbao de 20 de diciembre de 1995, sobre revisión de tarifas del servicio público de transporte urbano de viajeros en autotaxis, para el ejercicio de 1996.

La sentencia de instancia estimó parcialmente el recurso y pronunció el siguiente fallo: «Que estimamos parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la Letrada Doña Idoia Pérez Araiz, en nombre y representación de la Federación de Consumidores de Euskadi contra Acuerdo Pleno del Ayuntamiento de Bilbao de 20 de diciembre de 1995 sobre nuevas tarifas a aplicar durante 1996 por el servicio público urbano de viajeros en autotaxi, y declaramos el mismo nulo de pleno derecho en tanto se ha prescindido del trámite esencial de solicitud de autorización de incremento de precios ante la comisión de precios de Euskadi, desestimando el recurso en lo demás, y no haciendo imposición de costas».

No conforme con dicha sentencia el Ayuntamiento de Bilbao interpone el recurso de casación que decidimos por entender que se infringe el artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional en relación con la autonomía municipal.

SEGUNDO Sobre la materia discutida ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en su sentencia de 23 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1028) y 1 de abril de 2003 (RJ 2003, 3602) , y las que en ellas se citan, afirmando: «... la doctrina, relativa a la llamada potestad tarifaría de los Ayuntamientos, expresión bajo la que se recogen las facultades que el ordenamiento les reconoce para fijar tanto las tarifas correspondientes a los servicios prestados directamente por la Corporación, en los términos del art. 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1955, 985) , aún vigente en lo esencial, esto es, con o sin órgano especial de administración, asumiendo la función pública del servicio, o indirectamente, por concesión otorgada a particular o empresa mixta, o por consorcio con otros entes públicos, acudiendo a las tasas o tarifas y los precios públicos fijados por los Ayuntamientos en el marco de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

Ya las sentencias de esta Sala de 9 de abril de 1968 (RJ 1968, 3748) , 12 de noviembre de 1970, 1 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1059) , 10 de marzo de 1988 y 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 2515), fueron estableciendo progresivamente la diferencia entre las "tarifas o precios" de los servicios públicos y las "tasas y/o precios públicos", de carácter fiscal, atribuyendo a unos y otros naturalezas diferentes, en función de sus respectivos regímenes de implantación, modificación e impugnación, así como de sus conceptos y finalidades de aplicación.

Es indiscutible que la Ley 16/1987, de 30 de julio (RCL 1987, 1764) , de Ordenación de Transportes por Carretera, dispuso en su art. 113.1 que "los Municipios serán competentes con carácter general para la gestión y ordenación de los servicios urbanos de transporte (..)", precisando en el art. 115.1 que "el otorgamiento de los títulos habilitantes para la realización de transportes urbanos de viajeros corresponderá a los órganos municipales competentes", añadiendo en su art. 117.1 que "la autoridad local competente establecerá con sujeción a la normativa general de precios, el régimen tarifario de los transportes urbanos de viajeros, con consideración en su caso, de la parte del coste de los mismos que deba ser financiado con recursos diferentes a las aportaciones de los usuarios".

En consecuencia, la potestad tarifaría de los Municipios, en este aspecto, es indiscutible, como se cuidan de señalar las dos sentencias de 1998 que hemos citado.

Ahora bien, la doctrina de la Sentencia que estamos reproduciendo, continua diciendo lo siguiente: La jurisprudencia que antes citamos ha recordado que una serie de preceptos han cohonestado las competencias municipales con las que corresponden a las Comunidades Autónomas en esta materia y, en su caso, al Estado.

Así, han de tenerse en cuenta el art. 25.2 de la Ley 7/1985 , de Bases de Régimen Local, el cual dispone que "el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en las siguientes materias: (..) Transporte público de viajeros"; el art. 117.1 de la Ley 16/1987 que "la autoridad local competente establecerá, con sujeción a la normativa general de precios, el régimen tarifario de los transportes urbanos de viajeros, con consideración, en su caso, de la parte del coste de los mismos, que deba ser financiado con recursos diferentes a las aportaciones de los usuarios"; y el art. 45.2 de la Ley de Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, mantenido incólume por la sentencia de diciembre, insiste, en materia de precios públicos, en la referencia al valor de mercado o de la utilidad derivada del servicio disfrutado.

Siendo pues indudable, la competencia del Ayuntamiento, no lo es menos, por tanto, que ésta tiene que ejercitarse con respeto a la normativa general y a las competencias que corresponden a las otras Administraciones implicadas.

La misma jurisprudencia aludida, así como la STC 53/1984, han destacado la compatibilidad de estas competencias aparentemente dispares, señalando que la Corporación Local está limitada y debe respetar la política de precios que emane de las Administraciones competentes en dicha materia.

Al ser contrarias a la doctrina de la Sala las tesis sostenidas en los cuatro primeros motivos de casación, han de rechazarse, debiendo añadirse que la competencia atribuida a las Comunidades Autónomas y en su caso, al Estado, en materia de politica de precios, no exige -como pretende la recurrente- que el concreto órgano administrativo para su ejercicio sea creado por Ley formal».

Lo expuesto comporta la desestimación del recurso de casación que decidimos, pues en él cuestiona el Ayuntamiento de Bilbao que su potestad tarifaria esté sometida a control alguno, lo que es negado por la jurisprudencia citada, al no ser tal poder tarifario una potestad absolutamente autónoma, sino que se incardina en el ámbito de las potestades locales que han de ejercitarse coordinamente con el titular de intereses supralocales que en su ejercicio entran en juego. Este desconocimiento del Ayuntamiento de Bilbao, de la imperiosa necesidad de ejercitar coordinadamente con el ente titular de los intereses supralocales la potestad actuada provoca la inadmisión del recurso que decidimos.

TERCERO En materia de costas, y en mérito a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional procede su imposición al recurrente.

En su virtud, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS: Que debemos, declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación formulado por el Ayuntamiento de Bilbao, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 19 de diciembre de 1997, recaída en el recurso Contencioso-Administrativo al principio reseñado, con expresa, por obligada, imposición de costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

6. STS (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª) DE 2 MARZO 2004 (RJ 2005\3038)

Recurso de Casación núm. 7151/1997.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Rouanet Moscardó

TRANSPORTES: Terrestres por carretera de viajeros: transporte urbano: tarifas: competencias: potestad tarifaria del Ayuntamiento: intervención de la Comunidad Autónoma limitada a la autorización en materia de control de precios: autorización inexistente: anulación.

ADMINISTRACION LOCAL: Servicios de las corporaciones locales: transporte urbano: competencia municipal: alcance en relación con la potestad tarifaria: examen.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco -Sección Primera- dictó Sentencia, en fecha 23-05-1997, estimatoria del recurso deducido por la Unión de Consumidores Provincial de Gasteiz contra Acuerdo del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de 15-12-1996, sobre revisión de tarifas del servicio de transporte público urbano de viajeros en vehículos de turismo.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz; con imposición de las costas.

En la Villa de Madrid, a dos de marzo de dos mil cuatro.

Visto el presente recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Vitoria-Gastéiz, representado por la Procuradora Doña Paloma Solera Lama y asistido de la Letrada Doña María del Carmen de Bediaga, contra la sentencia número 371 dictada, con fecha 23 de mayo de 1997, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria del recurso de dicho orden jurisdiccional número 1191/1996 promovido por la Union de Consumidores Provincial de Gasteiz-U.C.E. -que ha comparecido en estas actuaciones, como parte recurrida, bajo la representación procesal de la Procuradora Doña Isabel Juliá Corujo y la dirección técnico jurídica de la Letrada Doña Blanca Ibáñez Moya- contra el acuerdo municipal de 15 de diciembre de 1995 sobre revisión de Tarifas del Servicio Público de Transporte Urbano de Viajeros en auto-taxis, para el ejercicio del año 1996.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO En la indicada fecha de 23 de mayo de 1997, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó la sentencia número 371, con la siguiente parte dispositiva: « FALLO: Que estimamos el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la Letrada Doña Blanca Ibáñez Moya en representación de la "Unión de Consumidores Provincial de Gastéiz-U.C.E". contra Acuerdo Pleno del Ayuntamiento de Vitoria- Gastéiz de 15 de diciembre de 1995 sobre nuevas Tarifas a aplicar durante 1996 por el servicio público urbano de viajeros en autotaxi, y declaramos el mismo nulo de pleno derecho en tanto se ha prescindido del trámite esencial de solicitud de autorización de incremento de precios ante la Comisión de Precios de Euskadi, y no haciendo imposición de costas».

SEGUNDO Contra la citada sentencia, la representación procesal del Ayuntamiento de Vitoria-Gastéiz preparó ante el Tribunal a quo el presente recurso de casación que, una vez tenido por preparado, fue interpuesto en plazo ante esta Sala, desarrollándose después, procesalmente, conforme a las prescripciones legales; y, formalizado por la representación procesal de la parte recurrida, la Union de Consumidores Provincial de Gasteiz-U.C.E. su oportuno escrito de oposición al recurso, se señaló, por su turno, para votación y fallo, la audiencia del día 24 de febrero de 2004, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jaime Rouanet Moscardó,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia de instancia, cuyos datos básicos esenciales constan pergeñados en el encabezamiento de la presente resolución, se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

A) El recurso Contencioso-Administrativo postula la declaración de nulidad del acuerdo municipal de 15 de diciembre de 1995 por haberse prescindido en su adopción de la normativa y procedimiento legalmente establecido, al ser necesaria la intervención de un órgano autonómico, la Comisión de Precios, a efectos del régimen de «precios autorizados».

La «potestad tarifaria» en lo relativo a los transportes urbanos reside en el municipio, y sólo al mismo incumbe, pues, conocer de, y aprobar o denegar, las solicitudes de establecimiento o modificación de Tarifas elevadas por los prestatarios del Servicio, como expresamente se establece en el artículo 117.1 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, LOTT, 16/1987, de 30 de julio (RCL 1987, 1764) («la autoridad local competente establecerá, con sujeción a la normativa general de precios el régimen tarifario de los transportes urbanos de viajeros con consideración, en su caso, de la parte del coste de los mismos que deba ser financiado con recursos diferentes a las aportaciones de los usuarios»).

En tal sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 97/1983 y 53/1984 deslindan dicha «potestad tarifaria» y la «política de precios» (régimen de precios autorizados) y señalan que, cuan concurren ambas intervenciones administrativas, no desaparece la potestad tarifaria, sino que se genera la «yuxtaposición» de las dos, pues «el que la potestad tarifaria tenga que respetar las calificaciones de precios, determina que las decisiones que correspondan al competente en la materia podrán condicionar el contenido de las Tarifas, pero no privan al que tiene el poder tarifar de su competencia y, desde luego, no atrae el título en

materia de precios la competencia en materia de transportes».

El Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que «potestad tarifaria» y «potestad de ordenación de precios» tienen fundamentos jurídicos y finalidades diversas, pues la primera se atribuye al titular del servicio y, si la segunda, asumida generalmente hoy por las Comunidades Autónomas, CCAA, puede condicionar el ejercicio de la primera, limitando los incrementos de tarifas en razón del interés público por contener la inflación, ambas potestades no se confunden, ni puede utilizarse una con los fines de la otra sin incurrir en desviación de poder.

De modo que, una vez fijada la tarifa del servicio por el municipio titular del mismo, de tratarse servicio en régimen de «precio autorizado», se elevará la propuesta a la Comisión de Precios para que ésta autorice o no el «incremento propuesto», pudiendo dicho órgano autonómico autorizar el aumento, negar la autorización o reducir el incremento, pero no autorizar un incremento mayor ni sustituir la estructura tarifaria o los criterios de quien ordena la gestión del servicio, que es el Ayuntamiento.

B) Determinada la competencia municipal para fijar las tarifas en materia de transporte urbano, el procedimiento para ello no puede ser otro que el propio de las entidades locales, y sin especialidad alguna, hasta que dicha fijación se produzca.

Por ello, los artículos 3.A), 12.1 y 13.1 del Decreto 230/1988, de 30 de agosto, de Reestructuración de la Comisión de Precios de Euskadi, en cuanto atribuyen a ésta competencia para conocer de las solicitudes y de «los expedientes de revisión de tarifas» a que se contraen, no responden al esquema configurado por las Leyes sectoriales y por la jurisprudencia; e, igualmente, aunque refiriéndose a las tarifas de transportes colectivos de viajeros, la Orden del Departamento d Industria y Comercio de 21 de septiembre de 1988 recoge en su artículo 1 una serie de exigencias documentales a aportar por las empresas que soliciten la revisión de las tarifas que son plenamente ajenas a la competencia verdadera de la Comisión de Precios, y concibe, además, indebidamente, tal Orden, la intervención municipal como un mero «informe» (artículo 2.1), ignorando así la competencia municipal activa y decisoria a que se ha hecho referencia y degradándola a un trámite consultivo.

Partiendo de lo dispuesto en los artículos 25.2.II de la Ley 7/1985 y 18.3 de la LOTT 16/1987 (RCL 1987, 1764) , y siendo así que el transporte urbano de viajeros está sujeto al régimen de «precios autorizados» de las CCAA a tenor del Anexo III de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de diciembre de 1987, y que tal competencia fue transferida a la CAPV por el Anexo B del RD 2867/1980, ejerciéndose por la Comisión de Precios de Euskadi por virtud del Decreto del Gobierno Vasco 230/1988, DEBE CONCLUIRSE que le compete a dicho organismo autónomo ejercer la competencia de control de precios, autorizando o denegando el incremento de tarifas que resulte de la actividad de establecimiento o modificación previamente realizada por la Corporación municipal.

No se está aquí ante el traspaso a la CCAA de la competencia que ostentaban los Gobernadores Civiles de las tres Provincias vascas referentes a la aprobación de las tarifas de los servicios públicos de competencia local, sistema que obedecía a un ya desaparecido régimen de tutela sobre las Corporaciones locales que traía causa de la Ley 23 de julio de 1966 (RCL 1966, 1393) , pero que decae a partir del RDLeg 781/1986, careciendo de cobertura, por tanto, desde entonces, la intervención, en materia tarifaria, de los Gobiernos Civiles, y restando tan sólo la intervención posterior de la Comisión de Precios a los fines exclusivos del control de precios -competencia también transferida-.

C) Es, por tanto, contrario a derecho el acuerdo recurrido en cuanto prescinde del trámite posterior de elevación de la solicitud a la Comisión de Precios de Euskadi para la autorización del incremento de tarifas producido, a fin de que dicho órgano autonómico ejerza su propia competencia en la materia, a los fines estrictos comentados, sin alterar la estructura tarifaria establecida autónomamente por el Ayuntamiento de Vitoria-Gastéiz, y sin cuya cumplimentación carecen las tarifas aprobadas de un trámite esencial que las priva de validez y eficacia, pues dicho requisito obedece a la necesaria compatibilización de las competencias locales con las que, en materia de bases y coordinación de la planificación general de actividad económica, corresponde originariamente al Estado, por virtud del artículo 149.1.13 de la CE, y derivativamente a la CCAA, con la reafirmación actual derivada del artículo 16 del RDLey 7/1996, de 7 de junio.

SEGUNDO El presente recurso de casación, promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gastéiz al amparo del ordinal 4 del artículo 95.1 de la Ley de esta Jurisdicción LJCA (según la versión entronizada en la misma por la Ley 10/1992), se funda, en esencia, en los tres siguientes motivos de impugnación:

A) Infracción del artículo 107.1 del RDLeg 781/1986 («la determinación de las tarifas de los servicios que, con arreglo a la legislación sobre política general de precios, deban ser autorizados por las CCAA u otra Administración competente, deberá ir precedida del oportuno estudio económico, y, transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas»), pues, a diferencia del artículo 18 de la LOTT 16/1987,

que otorga competencia al órgano de control de precios con la mínima exigencia de que alguna normativa disponga la intervención, el citado artículo 107.1 exige que la disposición que lo establezca tenga el rango de Ley, REQUISITO QUE NO SE CUMPLE en el caso de autos, pues la sentencia recurrida considera que la Comisión de Precios de Euskadi tiene competencia en la materia a tenor del Decreto 230/1988 del Gobierno Vasco, disposición que no alcanza el rango exigido en el citado artículo 107.1.

B) Infracción de los artículos 48.1 de la Ley 39/1988 («el establecimiento o modificación de los precios públicos corresponderá al Pleno de la Corporación, sin perjuicio de sus facultades de Delegación en la Comisión de Gobierno, conforme al artículo 23.2.b de la Ley 7/1985 y 50 de la Norma Foral 41/1989, reguladora de las Haciendas Locales («el establecimiento o modificación de los precios públicos corresponderá al Pleno de la Corporación de conformidad con la legislación vigente»), pues ninguna de dichas normas establece la necesidad de proceder a otra tramitación posterior a su aprobación por el órgano plenario, ni concede competencias sobre el tema a otras Administraciones.

C) La sentencia de instancia se aparta de los criterios sentados antes por la misma Sala, considerando, ahora, que la competencia de la Comisión de Precios de Euskadi cuenta actualmente con respaldo legal y que así resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996 (RJ 1996, 6327) ; pero tal consideración sigue careciendo del citado respaldo legal, pues el Decreto 230/1988 carece del rango requerido, cuando es así, además que la discusión planteada en la sentencia de instancia trata de las competencias del Estado en un momento en que la CCAA ha asumido, ya, la competencia en el tema aquí tratado.

TERCERO No obstante la sutileza de algunos de los razonamientos contenidos en el escrito de interposición del presente recurso de casación, no ha lugar a su estimación en virtud no sólo de lo declarado al respecto en la sentencia de instancia (que, por su perfecta atemperación a derecho, lo damos aquí por reproducido, haciéndolo nuestro) sino también de las siguientes consideraciones:

A) Los motivos de casación que acabamos de resumir tienen en común el que tratan de fundar la negación de competencia por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco para intervenir en la materia de los precios del transporte público municipal (si bien, en el caso de la alegada vulneración de la Jurisprudencia a que se refiere el tercero de dichos motivos, no quepa ahora hacer otra cosa que desestimarlo, ya que, al invocar infringida la doctrina contenida en una sola Sentencia, no debía ser admitido).

Conviene recordar que, sobre la misma cuestión y en relación con el mismo Ayuntamiento, se sustanció un recurso de casación (num. 6552/1997) referente a los precios del Servicio Público Urbano Colectivo de Viajeros del mismo ejercicio 1996, en el que recayó Sentencia de 13 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8279) , en la que se trataron (además de otros) los motivos de casación aquí también articulados, por lo que, en acatamiento a los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica, idéntica ha de ser la solución de las cuestiones planteadas.

Sobre la cuestión de fondo de las competencias en la materia discutida se ha pronunciado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 23 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1028) , 23 (RJ 2002, 8476) y 30 (RJ 2002, 8681) de septiembre de 2002 y 4 de abril (RJ 2003, 3604) y 9 (RJ 2003, 6287) y 25 (RJ 2003, 7130) de julio de 2003, dictadas en casos en los que lo cuestionado en la instancia era la competencia municipal.

En las referidas Sentencias se reitera la doctrina, relativa a la llamada potestad tarifaria de los Ayuntamientos, expresión bajo la que se recogen las facultades que el ordenamiento les reconoce para fijar tanto las tarifas correspondientes a los servicios prestados directamente por la Corporación, en los términos del art. 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956, 85) , aún vigente en lo esencial, esto es, con o sin órgano especial de administración, asumiendo la función pública del servicio, o indirectamente, por concesión otorgada a particular o empresa mixta, o por consorcio con otros entes públicos, acudiendo a las tasas o tarifas y a los precios públicos fijados por los Ayuntamientos en el marco de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, y de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales.

Ya las sentencias de esta Sala de 9 de abril de 1968 (RJ 1968, 3748) , 12 de noviembre de 1970 (RJ 1970, 4573) , 1 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1059) , 10 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3739) y 15 de diciembre de 1992 (RJ 1993, 2515) fueron estableciendo progresivamente la diferencia entre las «tarifas o precios» de los servicios públicos y las «tasas y/o precios públicos de carácter fiscal, atribuyendo a unos y otros naturalezas diferentes, en función de sus respectivos regímenes de implantación, modificación e impugnación, así como de sus conceptos y finalidades de aplicación.

Es indiscutible que la Ley 16/1987, de 30 de julio (RCL 1987, 1764) , de Ordenación de Transportes por Carretera, dispuso en su art. 113.1 que «los Municipios serán competentes con carácter general para la gestión y ordenación de los servicios urbanos de transporte (..)», precisando en el art. 115.1 que «el otorgamiento de los títulos habilitantes para la realización de transportes urbanos de viajeros corresponderá a los órganos municipales competentes», añadiendo en su art. 117.1 que «la autoridad local competente

establecerá, con sujeción a la normativa general de precios, el régimen tarifario de los transportes urbanos de viajeros, con consideración, en su caso, de la parte del cos de los mismos que deba ser financiado con recursos diferentes a las aportaciones de los usuarios».

En consecuencia, la potestad tarifaría de los Municipios, en este aspecto, es indiscutible, como se cuidan de señalar las sentencias que hemos citado.

Ahora bien, la doctrina de la Sentencia que estamos reproduciendo, continua diciendo lo siguiente: La jurisprudencia que antes citamos ha recordado que una serie de preceptos han cohonestado las competencias municipales con las que corresponden a las Comunidades Autónomas en esta materia y, en su caso, al Estado.

Así, han de tenerse en cuenta el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, el cual dispone que «el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: (..) Transporte público de viajeros»; el art. 117.1 de la Ley 16/1987 señala que «la autoridad local competente establecerá, con sujeción a la normativa general de precios, el régimen tarifario de los transportes urbanos de viajeros, con consideración, en su caso, de la parte del coste de los mismos que deba ser financiado con recursos diferentes a las aportaciones de los usuarios»; y el art. 45.2 de la Ley de Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, mantenido incólume por las sentencias citadas, insiste, en materia de precios públicos, en la referencia al valor de mercado o de la utilidad derivada del servicio disfrutado.

Siendo pues indudable la competencia del Ayuntamiento, no lo es menos, por tanto, que ésta tiene que ejercitarse con respeto a la normativa general y a las competencias que corresponden a las otras Administraciones implicadas.

La misma jurisprudencia aludida, así como la STC 53/1984, han destacado la compatibilidad de estas competencias aparentemente dispares, señalando que la Corporación Local está limitada y debe respetar la política de precios que emane de las Administraciones competentes en dicha materia.

Al ser contrarias a la doctrina de la Sala las tesis sostenidas en los motivos de casación, han de rechazarse los mismos, debiendo añadirse que la competencia atribuida a las Comunidades Autónomas y, en su caso, al Estado, en materia de política de precios, no exige -como pretende la recurrente- que el concreto órgano administrativo para su ejercicio sea creado por Ley formal.

B) A mayor abundamiento, y como modulación complementaria de lo acabado de exponer, debe reiterarse, a tenor de lo sentado en la sentencia de esta Sección y Sala de 25 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación número 2530/1998 (RJ 2003, 7130) , que interesa destacar que el artículo 107 (RCL 1986, 1238, 2271, 3551) , antes reproducido, utiliza con precisión terminológica el concepto de autorización, como técnica administrativa de limitación de derechos, en este caso de la potestad tarifaria que corresponde a la Corporaciones Locales, concedentes del servicio público de transportes terrestres urbanos en su término municipal. Esta modalidad de autorización propia de la intervención del Estado en la economía, y más concretamente de la política de precios tendente a controlar los procesos inflacionarios de la economía, implica la preexistencia de un derecho, en este caso la potestad tarifaria de las Corporaciones Locales, pero limitado en su ejercicio, para hacerlo acorde con los objetivos de política económica patrocinados por el Gobierno.

Por ello la autorización referida comporta las siguientes notas conceptuales: a) Sobre la potestad tarifaria, se superpone la potestad de ordenación y control de la economía. b) Las Corporaciones Locales conservan la potestad tarifaria, que se funda en la mejor y más eficaz prestación del servicio público, así como en la consecución del equilibrio económico de la explotación, que no obstante puede ser sustituido por déficits admitidos intencionadamente por razones sociales, enjugados con subvenciones. Ahora bien, la Corporación Local está limitada y debe respetar la política de precios señalada por el Gobierno que ejerce a través de las preceptivas autorizaciones, siempre que aquélla pretenda aumentar las Tarifas. c) Las Comunidades Autónomas son las competentes para otorgar o denegar las necesarias autorizaciones, pero, y, esto es muy importante, sus acuerdos deben estar fundados exclusivamente en el efecto de aumento de precios que comporta la revisión propuesta, teniendo en cuenta los objetivos de política económica y, sobre todo, la justificación del aumento de las Tarifas debida al aumento del coste de explotación. Es fundamental tener claro que la Comunidad Autónoma autorizante no puede invadir la competencia sobre tarifas que corresponde a la Corporación Local, basándose en razones relativas al funcionamiento del servicio. d) Existe silencio positivo a favor de las Corporaciones Locales, concedentes del servicio público, si la Comunidad Autónoma no se pronuncia sobre la autorización pedida. e) Nunca el acuerdo de revisión de las tarifas puede proceder del concesionario, ni de la propia Comunidad Autónoma, porque ello significaría, de una parte el desconocimiento de la relación esencial entre la Corporación Local concedente y el concesionario, y de otra parte la invasión por la Comunidad Autónoma de la potestad tarifaria de la Corporación Local.

El Decreto-Ley 12/1973, de 30 de noviembre (RCL 1973, 2209) , sobre Medidas Coyunturales de Política Económica, aprobadas para evitar los efectos inflacionarios y de otro orden derivados de la crisis del petróleo, estableció un sistema complejo de regulación, tanto en la fase de producción como en la de comercialización de determinados productos, de influencia notoria en el índice del coste de la vida; a estos efectos distinguió entre precios autorizados, cuyos niveles se determinarían por el Gobierno, y precios de vigilancia, para los que la Administración adoptaría medidas de control.

Los transportes públicos urbanos se incluyeron en el Anexo II de dicho Decreto Ley, como precios autorizados, estableciendo que, hasta el 31 de diciembre de 1974, sólo se admitirían aquellos aumentos que obedecieran exclusivamente a las elevaciones de los costes salariales y de primeras materias.

El Decreto-Ley 6/1974, de 27 de noviembre (RCL 1974, 2409 y RCL 1975, 59) , por el que se instrumentaron Medidas frente a la coyuntura económica, no hizo sino prorrogar a partir del 1 de enero de 1975 la política de rígido control de precios establecida en 1973. Los transportes públicos urbanos continuaron incluidos en la lista de precios autorizados, que exigían autorización preceptiva para el aumento de sus Tarifas.

El Real Decreto Ley 18/1976, de 8 de octubre (RCL 1976, 1929, 1980) , sobre medidas económicas con el objeto primordial de reducir la inflación sin incidir negativamente en la reactivación económica, continuó con el régimen de precios autorizados y el de precios de vigilancia especial, estableciendo criterio muy rígidos sobre control de precios, de carácter coyuntural, que se agotaron unos el 30 de septiembre y otros el 31 de diciembre de 1977. Este Real Decreto Ley 18/1976 fue desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 2730/1976, de 26 de noviembre (RCL 1976, 2278) , el cual mantuvo las tarifas de los transportes de autobuses y trolebuses urbanos como precios autorizados.

El Real Decreto 2695/1977, de 28 de octubre (RCL 1977, 2319) , sobre normativa en materia de precios, con carácter de reglamento independiente, reguló tres regímenes distintos: el de precios autorizados, el de precios comunicados y el de precios libres, y dispuso que los aumentos de los precios autorizados incluidos en el anexo I serían autorizados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Junta Superior de Precios; y, en cambio, para los «precios autorizados» incluidos en el anexo III, sus aumentos serían autorizados por la Comisión Provincial de Precios. Dentro de este anexo III. A «Precios autorizados a nivel provincial», se hallaban los Autobuses y trolebuses urbanos.

Es necesario advertir que, con anterioridad a los Decretos-Leyes 12/1973 y 6/1974, las Tarifas de los servicios públicos municipales eran autorizadas por la Administración Central, concretamente por los Gobernadores Civiles, previo informe de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, como disponía el artículo 18 de la Ley 48/1966, de 23 de julio (RCL 1966, 1393) , sobre modificación parcial del Régimen Local (básicamente de la Hacienda Local).

El Decreto 3477/1974, de 20 de diciembre (RCL 1974, 2643) , que desarrolló el Decreto Ley 6/1974, de 27 de diciembre, dispuso en su artículo 3º.3 que los expedientes de aumento de precios de competencia municipal o provincial serían instruidos con arreglo a su legislación específica y remitidos por los Gobernadores Civiles correspondientes, con su informe, a la Junta Superior de Precios (que se había creado por el Decreto Ley 12/1973) para su ulterior tramitación.

Los aumentos inferiores al 3 por 100 eran aprobados por la Junta Superior de Precios, y los superiores por el Consejo de Ministros, dada la transcendencia de la lucha contra la inflación.

El Real Decreto 2.226/1977, de 27 de agosto (RCL 1977, 1924) , por el que se modificó el artículo 3º.3 del Decreto 3477/1974 anterior, en lo relativo a las autorizaciones de los aumentos de tarifas de servicios de competencia local, estableció que los expedientes de elevación de las tarifas de los servicios de competencia local se tramitarían inicialmente por la Corporación titular del servicio a instancia de Órgano o Entidad gestora o concesionaria del mismo... y la Corporación emitiría informe motivado sobre la elevación solicitada, precisando con exactitud las cantidades o porcentajes de aumento que estime adecuados, elevando el expediente al Gobernador Civil de la provincia...».

La utilización poco afortunada del término informe, en lugar del término acuerdo, ha sido la causa de que disposiciones posteriores hayan ido mermando más y más la potestad tarifaria de las Corporaciones Locales.

El Real Decreto 2695/1977, de 28 de octubre, sobre normativa en materia de precios, perfeccionó los mecanismos de vigilancia de los precios, con el objetivo propuesto de reducir la tasa de inflación, derogando el Decreto 3.477/1974, de 20 de diciembre, pero dejando subsistente el artículo 8º bis, sobre revisión de tarifas de los servicios públicos locales, introducido por el Real Decreto 2226/1977, de 27 de agosto, expuesto anteriormente.

Con ocasión de la creación de la Comisión Interministerial para el Estudio del Transporte Urbano Colectivo de Superficie, por el Real Decreto 1947/79, de 3 de agosto (RCL 1979, 1995) , se modificó en su

Disposición Transitoria (sic) 1ª el régimen de precios establecido en el artículo 8º bis del Real Decreto 2226/1977, de 27 de agosto, en cuanto a las tarifas de autobuses, microbuses y trolebuses urbanos, preceptuando que: «2. Las empresas prestatarias que precisen elevar sus tarifas podrán tramitar a través de las respectivas Corporaciones Locales las correspondientes peticiones individualizadas de incremento. 3. Una vez presentadas las solicitudes, las Corporaciones Locales emitirán informe en plazo no superior a quince días. Transcurrido dicho plazo sin que se haya producido el informe, éste se entenderá favorable. 4. Una vez emitido el informe o transcurrido el mencionado plazo, las Empresas presentarán el expediente de revisión de tarifas ante los Gobiernos Civiles, quienes en el plazo de ocho días, oída, en su caso, Comisión Provincial de Precios, resolverán el expediente fijando, en su caso, las tarifas a aplicar».

Este artículo 8º bis, en su nueva redacción, infringe el Ordenamiento jurídico, en la medida que ignora la potestad tarifaria de las Corporaciones Locales concedentes del servicio, convirtiéndolas en un mero órgano consultivo, pues incluso atribuyó a las empresas concesionarias la presentación del expediente de revisión ante los Gobernadores Civiles.

El Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio (RCL 1996, 1767, 1823) , de Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, ha ratificado en su artículo 16, apartado 4, que «la aprobación de los precios autorizados de ámbito autonómico contemplados en el Anexo II (incluye el transporte urbano de viajeros) compete a las comisiones Autonómicas y Provinciales de Precios», pero sobre todo ha clasificado el contenido y alcance de dichas autorizaciones, en el apartado dos de dicho artículo, al disponer: «Las modificaciones de precios solicitadas se valorará teniendo en cuenta la evolución de los costes del sector y las ganancias de productividad, en el marco del establecimiento de crecimientos máximos de los precios sectoriales formulados en términos de variaciones del IPC minoradas en determinados porcentajes. Excepcionalmente podrán utilizarse técnicas alternativas, siendo necesaria su previa justificación ante el órgano competente para informar las modificaciones de precios»; precepto que aunque no sea aplicable «ratione temporis» al caso de autos, sirve para precisar los parámetros en que deben moverse las autorizaciones de precios, como expresión de la potestad de control de precios que se superpone a la «potestad tarifaria» de los Ayuntamientos.

La normativa aplicable, conforme a Derecho, es, en primer lugar, la propia del Régimen local, que hemos expuesto, concretamente la que hace referencia a la prestación de los servicios públicos municipales, mediante concesión administrativa y, en segundo lugar, de modo yuxtapuesto, la normativa de control de precios, pero limitada a esta facultad.

En consecuencia, se debe concluir:

1. El Transporte urbano de viajeros en taxi, es un servicio público de competencia municipal (art. 25.2 Ley 7/1985, de 2 abril).

2. El servicio de transporte urbano mencionado se presta por medio de autorización o licencia administrativa, y, por ello, el Ayuntamiento autorizante ostenta la potestad tarifaria (art. 115.6º, 127.1.1ª, b y 2.2º, b del Reglamento de Servicios de 17 de junio de 1955); por tanto, los titulares de los taxis deben dirigirse al Ayuntamiento autorizante pidiéndole, si está justificada, revisión que proceda de las Tarifas, aportando los estudios económicos necesarios.

Es el Ayuntamiento el que decide las Tarifas a aplicar, y el que por tanto solicitará del Órgano competente de la Comunidad Autónoma, la autorización de los aumentos de la Tarifa que proponga, aportando los estudios económicos justificativos.

3. La Comunidad Autónoma sólo tiene competencia para examinar la Tarifa propuesta, desde las directrices de la política de precios, examinando la estructura de costes de prestación del servicio, desglosados en sus distintos componentes, así como las alzas de precios de los mismos. Su intervención es pues un puro control de precios, y, por tanto, la Comunidad no puede imponer un modelo tarifario distinto al propuesto, ni puede enjuiciar la tarifa como elemento de la gestión del servicio público, ni puede tampoco, obviamente, acordar revisiones de la Tarifa superiores a las propuestas por el Ayuntamiento. El hecho de que el Real Decreto 1947/1979, de 3 de agosto (RCL 1979, 1995) , haya suprimido, al redactar de nuevo el artículo 8º bis del Real Decreto 2226/1977, de 27 de agosto (RCL 1977, 1924) , la prohibición de autorizar tarifas superiores a las propuestas, no quiere decir que las Comunidades Autónomas lo puedan hacer, pues como ha dicho esta Sala Tercera en su Sentencia de 11 de junio de 1993 (RJ 1993, 8844) , a propósito de la interpretación del Decreto 127/1986, de 17 de abril (LCAT 1986, 1496) , de la Generalidad de Cataluña, «la Comisión Regional de Precios no puede superar el máximo consignado como tarifa resultante».

4. Por último, la resolución denegatoria o modificativa de la propuesta de revisión de las Tarifas debe estar suficientemente motivada y basada en razones y criterios de política de precios (Ss. de 22 de enero de 1986, 13 de julio de 1987 y 14 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8466] , entre otras) (RJ 1998, 1670) .

CUARTO Procediendo, por tanto, desestimar el presente recurso casacional, deben de imponerse las costas causadas en el mismo a la parte recurrente, por imperativo legal, a tenor de lo al respecto prescrito

en el artículo 102.3 de la LJCA (versión del año 1992).

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere el pueblo español,

FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Vitoria-Gastéiz contra la sentencia número 371 dictada, con fecha 23 de mayo de 1997, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con la consiguiente imposición de las costas causadas en este recurso casacional a la citada parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en su caso en el Boletín Oficial del Estado, y, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

7. STS (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2) DE 20 OCTUBRE 2005 (RJ 2006\53)

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó

ADMINISTRACION LOCAL: Impugnación de actos y acuerdos por la Comunidad Autónoma, por menoscabo de competencias: plazo: quince días: extemporaneidad existente: cuestión de competencia existente: proceso sobre la necesidad o no de autorización por la Comunidad Autónoma en materia de precios, con carácter previo a la aprobación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Suministro de Agua: inadmisibilidad; Autonomía Local: alcance: compatibilidad con la política de control de precios: exigencia de autorización por Comunidad Autónoma: vulneración inexistente: examen.

PRECIOS: Ambito del control de precios y de la exigencia de autorización por la Comunidad Autónoma: limitada a prestaciones efectuadas por concesionarios en régimen de tarifas: no aplicable en supuestos de prestación directa por el Ayuntamiento con devengo de tasas: examen.

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (LJCA/1998): Procedimiento: interposición del recurso: plazo de presentación: extemporaneidad: existencia: impugnación de acuerdos por la Comunidad Autónoma, por menoscabo de competencias: transcurso del plazo de quince días: inadmisión procedente.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, dictó Sentencia, en fecha 30-03-1998, estimatoria del recurso deducido por la Comunidad Autónoma de Canarias contra un Acuerdo del Ayuntamiento de la Orotava, sobre la aprobación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Suministro de Agua.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de La Orotava, casa la Sentencia de instancia y declara inadmisible el recurso contencioso-administrativo.

En la Villa de Madrid, a veinte de octubre de dos mil cinco.

Visto por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, constituida en su Sección Segunda por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, el presente recurso de casación num. 3857/2000 interpuesto por el Ayuntamiento de la Orotava, representado por Procurador y dirigido por Letrado, contra la sentencia dictada, con fecha 30 de marzo de 1998, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, estimatoria del recurso de dicho orden jurisdiccional num. 318/1998 promovido por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y dirigida por Letrado de su Servicio Jurídico, que ha comparecido en estas actuaciones como parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Con fecha 25 de octubre de 1995, el Ayuntamiento de La Orotava trasladó a la Consejería de Industria copia del expediente de tarifas por suministro de agua que habían de aplicarse a partir del 1 de enero de 1996.

El expediente fue informado por la Comisión Territorial de Precios el 14 de diciembre de 1995, que informó en el sentido de reducir parcialmente las tarifas propuestas por la Corporación; y en consonancia con el mismo, fue adoptada la Orden del Consejero de Industria, de 29 de diciembre de 1995, autorizando las tarifas en la cuantía establecida por la Comisión Territorial de Precios.

Comunicada la Orden al Ayuntamiento de La Orotava, la Comisión de Gobierno, en sesión celebrada el 15 de febrero de 1996, informó que se iniciase expediente para la revisión de las tarifas autorizadas por la

Consejería.

Con fecha 14 de junio de 1996, se levantó acta por la Inspección de Comercio donde se constataba que las tarifas aplicadas coincidían con las propuestas por el Ayuntamiento y que no autorizó la Consejería de Industria y Comercio.

SEGUNDO Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictase sentencia en la que se anulasen los acuerdos municipales del Ayuntamiento de La Orotava que habían dispuesto para el año 1996 unas tarifas de agua distintas a las autorizadas por el Consejero de Industria y Comercio con fecha 29 de diciembre de 1995.

La parte dispositiva de la sentencia dictada y cuya casación se pretende contiene el fallo que, trascrito literalmente dice: « FALLAMOS: Estimar el recurso Contencioso-Administrativo número 1363/1996, anulando los acuerdos municipales del Ayuntamiento de La Orotava que han dispuesto la aplicación para el año 1996 de unas tarifas de agua distintas a las autorizadas por la Consejería de Industria y Comercio por no estar ajustadas a Derecho, sin imposición de costas».

TERCERO Contra la citada sentencia el Ayuntamiento de La Orotava preparó ante el Tribunal «a quo» el presente recurso de casación que, una vez tenido finalmente por preparado en virtud del auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de marzo de 2000, fue interpuesto en plazo ante este Tribunal desarrollándose, después, procesalmente, conforme a las prescripciones legales; y formalizado por la representación procesal de la parte recurrida -la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias- su oportuno escrito de oposición al recurso, se señaló, por su turno, para votación y fallo, la audiencia del día 18 de octubre de 2005, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia de instancia, antes de examinar las cuestiones de fondo planteadas, resolvió sobre la causa de inadmisión alegada por el Ayuntamiento de La Orotava acerca de la extemporaneidad del recurso por haberse presentado fuera del plazo de los quince días hábiles establecido en el art. 66.1, en concordancia con el art. 65.2 de la Ley de Bases del Régimen Local. El Tribunal «a quo» rechazó la causa de inadmisión alegada.

Despejado este obstáculo de índole procesal, la Sala de instancia pasó a examinar las dos cuestiones de fondo planteadas:

1) Si la intervención de la Comisión Territorial de Precios de la Consejería de Industria y Comercio, en el expediente de modificación de la Ordenanza reguladora de la Tasa de Suministro de Agua, supone una vulneración de la autonomía tributaria del Ayuntamiento de La Orotava.

2) Si el Ayuntamiento de La Orotava puede aplicar unas Tarifas en la Ordenanza reguladora de la Tasa por Suministro de Agua, prescindiendo de la autorización de la Comisión Territorial de Precios.

Respecto a la primera de las cuestiones suscitadas, decía la sentencia recurrida que el reconocimiento de la autonomía tributaria local no puede entenderse en el sentido de que los bienes y servicios prestados por los Ayuntamientos quedan al margen de la ordenación general de la economía que incumbe al Estado, según el art. 149.1.13 de la Constitución (RCL 1978, 2836) . Por ello, si, como ocurre en el caso de autos, un suministro prestado por el Ayuntamiento queda afectado por una determinada política de precios, no es nada anormal que sus tarifas, sin perjuicio de su condición de tributos municipales, hayan de someterse al sistema de control establecido. Esta limitación de la autonomía con la legislación sobre el control de precios está claramente reconocida en el art. 107.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril [RCL 1986, 1238, 2271, 3551]), que únicamente somete al control de las Comunidades Autónomas (o de otra Administración competente) la determinación de las tarifas que así sea necesario, con arreglo a la legislación sobre política general de precios.

Por consiguiente, la intervención de la Comisión Territorial de Precios de la Consejería de Industria y Comercio, en el expediente de modificación de la Ordenanza reguladora de la Tasa por Suministro de Agua, en ningún caso supone una vulneración de su autonomía tributaria.

La segunda de las cuestiones a tratar es la concerniente a determinar si el Ayuntamiento de La Orotava puede aplicar unas Tarifas en la Ordenanza reguladora de la Tasa por Suministro de Agua, prescindiendo de la autorización de la Comisión Territorial de Precios.

La materia de intervención de precios se ha visto afectada por la transferencia competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ello comporta el que la dirección y fijación de toda política en este campo la lleva el Estado y las medidas ejecutivas las asuman las Comunidades, sobre todo en aquellas que no

tengan una incidencia general.

En el presente caso, y dentro del Estatuto de Canarias el art. 33, e) atribuye a la Comunidad Autónoma la función ejecutiva en las materias dichas de comercio e interior. Pero este precepto tuvo que ser necesariamente desarrollado por el Real Decreto 3173/1983, de 9 noviembre (RCL 1983, 2826) , que, en su Anexo I, apartado B), al hablar de las funciones del Estado que asume la Comunidad Autónoma, habla en materia de intervención de precios de facultades que estaban atribuidas a los Gobernadores Civiles de Tenerife y Las Palmas en cuanto a la aprobación de las tarifas de los servicios públicos de competencia local; como sucede en el presente caso.

Pero es que, a su vez, hay que relacionar tal Real Decreto con el art. 8 bis del Decreto 3477/1974, de 20 diciembre (RCL 1974, 2643) , según la redacción dado por el Real Decreto 2226/1977, de 27 agosto (RCL 1977, 1924) , que establece el procedimiento a seguir, es decir, tramitación del expediente por la Corporación, quien con los informes y justificaciones correspondientes los elevará al Gobierno Civil, quien a su vez lo someterá a informe de la Comisión Provincial de Precios, evacuados estos trámites el Gobernador resolverá.

Si esta normativa la aplicamos en el presente caso y verificamos el cambio de órganos a intervenir, como consecuencia de la transferencia de competencia en este ámbito del Estado a las Comunidades Autónomas, es evidente que el Ayuntamiento no ha seguido el procedimiento legal, por cuanto se ha omitido la intervención de la Comisión Territorial de Precios así como la de la Consejería de Industria y Consumo.

SEGUNDO El Ayuntamiento de La Orotava formula escrito de interposición articulándolo sobre la base de dos motivos, amparados ambos en el art. 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, en la redacción que le dio la Ley 10/1992, de 30 de abril . En el primero de los motivos denuncia la infracción por la sentencia recurrida del art. 82. f) de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el art. 66 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 (RCL 1985, 799, 1372) , por considerar que el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias lo fue fuera del plazo de quince días establecido en la Ley 7/1985, de Régimen Local, por lo que debió ser inadmitido.

En el segundo de los motivos de casación se denuncia la infracción por la sentencia recurrida del art. 17 y concordantes de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre (RCL 1988, 2607) , de Haciendas Locales, en relación con los arts. 137 y 140 de la Constitución, al vulnerar el principio de autonomía municipal. Las Entidades Locales no tienen obligación de solicitar la intervención de la Comunidad Autónoma para la aprobación de las Tarifas por el suministro del agua.

TERCERO 1. En cuanto al primer motivo casacional, lo que interesa, primeramente, es distinguir el ámbito y alcance del art. 65 respecto del art. 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372) , reguladora de las Bases del Régimen Local. De esta forma se podrá determinar si la actuación del Ayuntamiento de La Orotava encaja en el art. 65 o en el art. 66 de la citada Ley.

El art. 65, que conviene reproducir, dispone: «1. Cuando la Administración del Estado o la de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de sus respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto o acuerdo. 2. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formalizará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo. 3. La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa bien directamente, una vez recibida la comunicación del mismo, o bien una vez transcurrido el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la entidad local, si se hubiera optado por hacer uso de la posibilidad contemplada en los dos números anteriores».

El art. 65 contempla la posible infracción por los Entes Locales del Ordenamiento Jurídico, en general, con la delimitación expuesta (ámbito de las respectivas competencias de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas), y con la excepción de las cuestiones de competencia que surjan entre, de una parte la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma y de otra los Entes Locales, pues obviamente, el menoscabo, la interferencia o el exceso competencial por los Entes Locales, siempre será una infracción más o menos grave del Ordenamiento Jurídico.

Este art. 65 debe ponerse en relación con el art. 63 del mismo Texto Legal que confiere una muy amplia legitimación a la Administración del Estado y «a la de las Comunidades Autónomas para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales, que incurran en infracción del ordenamiento Jurídico, obviamente desde la perspectiva de sus respectivas competencias, lo cual implica que dicha legitimación no es una acción pública de carácter general, en defensa de la legalidad, pese a su extraordinaria amplitud».

Ahora bien, la Ley 7/1985, de 2 de abril, que ha desarrollado el principio constitucional de autonomía de los Entes Locales, no ha podido sustraerse al recuerdo del viejo sistema que permitía a la Administración del

Estado suspender los acuerdos de los Entes Locales cuando entendía que infringían el Ordenamiento Jurídico o atentaban contra el interés público, sustituyéndolo, como trasunto del mismo, por un procedimiento previo al recurso Contencioso-Administrativo, consistente en un requerimiento, entendiendo por tal la exposición de los hechos, los fundamentos de derecho que ponen de relieve la infracción y la intimación hecha con anterioridad de anulación de un acuerdo de los entes locales, cuando considere que infringe el Ordenamiento Jurídico.

Esta Sala Tercera, en su Sentencia de 12 de marzo de 1990, ha considerado el art. 65 como un precepto que «instrumenta una vía administrativa previa que parece que hay que entenderla como un recurso de reposición especial potestativo previo al Contencioso-Administrativo, recurso que se fundamenta en la defensa del ordenamiento jurídico, pero que no es, sin embargo, un recurso "en interés de la Ley", porque si el acto llegara a se anulado lo sería con todas sus consecuencias, esto es, afectando a las situaciones individuales creadas por el acto recurrido».

El art. 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 11/1999, de 21 de abril (RCL 1999, 1011, 2046) (B.O.E. núm. 96), disponía: «Los actos y acuerdos de las Entidades Locales que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades, podrán ser impugnados directamente, sin necesidad de previo requerimiento, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por la Administración del Estado o de la correspondiente Comunidad en el plazo señalado por el número 2 del artículo anterior», que es el de 15 días.

Como se ve, el art. 66 contemplaba la posibilidad de que los Entes Locales invadan o ignoren las competencias de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, pero no el fenómeno inverso, que también es posible, porque, al igual que en el art. 65, late en ambos preceptos, el recuerdo histórico de la superioridad del Estado sobre los Entes Locales.

El art. 66 regula un recurso Contencioso-Administrativo, que se caracteriza por las dos siguientes notas conceptuales:

1ª) La rapidez con que exige que se interponga el recurso, por lo que ha establecido un plazo especial para la interposición del recurso Contencioso-Administrativo de 15 días, con el claro propósito de resolver estos conflictos institucionales con la máxima rapidez, de modo que, superado este brevísimo plazo impugnatorio, los acuerdos de los Entes Locales, por mor del principio de autonomía, se hacen firmes y consentidos. El plazo de 15 días debe ser rigurosamente respetado y excluye la posibilidad de admitir la coexistencia opcional del plazo general de los dos meses.

2ª) La preeminencia que el art. 66 confiere a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas respecto de los Entes Locales, que se deduce del régimen especial de suspensión, pues ésta puede ser concedida por el Tribunal como primer trámite del recurso Contencioso-Administrativo, sin oír al Ente Local, al cual se le confiere la posibilidad de oponerse después de concedida la suspensión.

En el caso de autos, se discute si el Ayuntamiento de La Orotava debió o no pedir la autorización a la Comunidad Autónoma de Canarias, en virtud de las competencias que ésta ostenta en relación a la política y control de los «precios autorizados», respecto del Acuerdo municipal de aprobación de la Ordenanza Fiscal de la Tasa por Abastecimiento de Aguas.

El Ayuntamiento de La Orotava entiende que la aprobación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por abastecimiento de agua, y, por tanto, de su Tarifa, es competencia exclusiva suya, sin que la Comunidad Autónoma tenga facultad alguna de tutela en materia de tasas locales.

Por el contrario, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias entiende que, sin perjuicio de la potestad tarifaria que indudablemente corresponde al Ayuntamiento, a la Comunidad Autónoma le corresponde la vigilancia de la política de precios, concretamente de los «precios autorizados», de modo que al haber ignorado el Ayuntamiento de La Orotava la preceptiva autorización para la aprobación de las Tarifas, había menoscabado la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias.

A la vista de las posiciones en disputa, esta Sala entiende que, como quiera que lo que aquí se discute son cuestiones de competencia entre una entidad local (el Ayuntamiento de La Orotava) y una comunidad Autónoma (la de Canarias), el precepto aplicable no es el art. 65 de la Ley 7/1985 sino el art. 66 de dicha Ley, que establece un plazo especial para interponer el recurso Contencioso-Administrativo, el de 15 días.

El Ayuntamiento de La Orotava, después del pleito que mantuvo con la Comunidad Autónoma de Canarias como consecuencia de la Ordenanza Fiscal num. 1.8 de la Tasa por Suministro de Aguas que aprobó el 19 de noviembre de 1993, y que terminó con la sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1999, no pudo olvidarse, a buen seguro, de la existencia de la normativa sobre control de precios, y de la consiguiente «autorización» respecto del «precio autorizado» por abastecimiento de agua potable a la población, sino que consideró que, por tratarse de una tasa, no le era aplicable la autorización referida; es, por tanto,

indudable que el caso de autos se halla contemplado en el art. 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, por lo que el plazo para interponer el recurso Contencioso-Administrativo era, no el de dos meses, como consideró la sentencia de instancia aunque sin razonarlo, sino el de 15 días, que no se cumplió, tanto si se computa desde la fecha de la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de la Ordenanza, que tuvo lugar el 22 de diciembre de 1995, como si se computa desde la fecha -- 18 de junio de 1996 -- en que tuvo conocimiento, a través del Acta levantada por el Servicio de Inspección de la Dirección General de Comercio de la Consejería de Industria y Comercio, de que el Ayuntamiento de La Orotava había modificado las tasas aprobadas por la Consejería indicada para el suministro de agua, razón por la cual el recurso Contencioso-Administrativo era inadmisible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82. f), de la Ley Jurisdiccional de 1956, por ser el acuerdo recurrido firme y consentido.

Como advertía la sentencia indicada de esta Sala, ciertamente que por tratarse de una Ordenanza Fiscal lo que debió hacer la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, como entidad interesada, durante el plazo de 30 días de exposición al público y si entendía que era exigible la «autorización», pese a tratarse de una Ordenanza Fiscal aprobatoria de una tasa y no, en términos jurídicos, de un precio, era haber advertido al Ayuntamiento de La Orotava sobre la existencia de las disposiciones reguladoras de la materia, concretamente el art. 33. c), de la Ley 10/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Canarias, el art. 8 bis del Decreto 2226/1977, de 27 de agosto (RCL 1977, 1924) , que modificó el Decreto 3477/1974, de 20 de diciembre (RCL 1974, 2643) , que regulaba el procedimiento de autorización del aumento de tarifas de los servicios de competencia local, el Real Decreto 3173/1983, de 9 de noviembre (RCL 1983, 2826) , de traspaso de funciones y servicios del Ente a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de intervención de precios y la Orden de 26 de febrero de 1993 del Ministerio de Economía y Hacienda que aprobó la lista de «precios autorizados», y recordar al Ayuntamiento de La Orotava que antes de la aprobación definitiva era obligado obtener la correspondiente autorización de la subida de las Tarifas, y si el Ayuntamiento desconociera esta competencia de la Comunidad Autónoma, era cuando procedía interponer el recurso Contencioso-Administrativo en el plazo de 15 días.

La Sentencia, cuya casación se pretende, argumenta que era aplicable al caso el art. 8 bis del Decreto 3477/1974, de 20 de diciembre, según la redacción dada por el Real Decreto 2226/1977, de 27 de agosto, que establece el procedimiento a seguir para la autorización del aumento de tarifas de los servicios de competencia local, que consiste en esencia en la tramitación del expediente por la Corporación, quien con los informes y justificantes precisos, lo elevará al Gobernador Civil, quien lo someterá a la Comisión Provincial de Precios, y oída ésta el Gobernador Civil acordará lo que proceda. Estos órganos de la Administración Central han sido sustituidos por los correspondientes de la Comunidad Autónoma.

Sin embargo, la sentencia no ha sabido distinguir según que la Tarifa de suministro de agua potable corresponda a la prestación del servicio por un concesionario, o se preste directamente por el Ayuntamiento. En el primer caso, nos hallamos ante un precio privado, pues ésta es la relación entre el concesionario y los consumidores, y en este supuesto la potestad tarifaria le corresponde al Ayuntamiento, ente concedente, según lo dispuesto en los arts. 148 a 155 del Reglamento de Servicios Locales de 24 de junio de 1955 (RCL 1955, 957) , de modo que para la modificación de las Tarifas se instruye un expediente, que se inicia con la propuesta del concesionario, y después de los informes precisos, el Ayuntamiento elabora la correspondiente propuesta que eleva al órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma (Conserjería de Industria y Comercio-Dirección General de Comercio y Consumo y Comisión Territorial de Precios de Santa Cruz de Tenerife), para su autorización.

En el segundo caso, al prestar el propio Ayuntamiento directamente el servicio de suministro de agua potable, las Tarifas tienen naturaleza jurídico-tributaria de tasas, y por tanto, su modificación debe seguir la tramitación propia de las Ordenanzas Fiscales, de manera que, estudiadas las «reclamaciones» presentadas en el plazo de 30 días siguientes a la publicación del acuerdo de aprobación provisional, el Ayuntamiento dictará el acuerdo definitivo, y si el Ayuntamiento aprobase definitivamente la Ordenanza Fiscal, es cuando entraría en juego el art. 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen local (RCL 1985, 779, 1372) , que permitiría a la Comunidad Autónoma, si entendiese que es exigible la autorización suya, interponer el correspondiente recurso Contencioso-Administrativo, pero en el plazo de 15 días.

También la sentencia de 3 de mayo de 1996 (Rec. 1264/1993), ante un caso de modificación de la Ordenanza reguladora de los servicios prestados por una empresa mixta de servicio mortuorios, entendió que cuando las tarifas exigidas por un servicio tienen naturaleza de tasa, ello remite, en cuanto a la forma, a la necesidad de aprobar una Ordenanza fiscal para su exacción; la competencia para la aprobación corresponde exclusivamente al Pleno de la Corporación Municipal, habiéndose suprimido, desde la Ley 40/1981, de 28 de octubre, (RCL 1981, 2698) las facultades de fiscalización que, respecto de los acuerdos de las Corporaciones locales aprobatorios de Ordenanzas Fiscales, correspondían, según el art. 723 de la Ley de Régimen Local, a los Delegados de Hacienda. En análogos términos la sentencia de 26 de junio de

1996 (Rec. Cas. num. 16/1993).

En conclusión, el recurso Contencioso-Administrativo de instancia fue interpuesto extemporáneamente, superado el plazo de 15 días, previsto y regulado en el art. 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

CUARTO Aún admitiendo que el recurso hubiera sido interpuesto temporáneamente, la Sala entiende que si bien es cierto que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, adaptó éste a los arts. 137 y 140 de la Constitución que proclamaron el principio de autonomía de los Entes locales, reconocido expresamente en el art. 1º de dicha Ley, ello no empece a que la ordenación general de la economía, -de la cual forma parte el control de la inflación a través de la necesaria política de precios, más o menos intervencionista- corresponde al Estado, de acuerdo con el art. 149.1.13ª de la Constitución Española. La autonomía local no contradice, en principio, el que los aumentos de los «precios autorizados», por su trascendencia sobre el consumo, deban ser controlados por la Comunidad Autónoma en virtud de las competencias transferidas por el Estado. Pero la cuestión que aquí se debate no es ésa sino la más concreta de si el control de precios autorizados, entre los cuales se encuentra (Anexo 3, núm. 1, de la Orden Ministerial de 26 de febrero de 1993) el precio por abastecimiento de agua a las poblaciones, alcanza o no a los supuestos de suministro directamente a los vecinos, percibiendo no un precio, sino una tasa.

Desde un punto de vista estrictamente económico podría entenderse que, a efectos del índice del coste de la vida, es indiferente que los ciudadanos paguen un precio a la empresa concesionaria del servicio o paguen una tasa al Ayuntamiento, pues, a efectos del control de la inflación, es posible que las diferencias se diluyan, pero desde el punto de vista jurídico, que es desde el que debe enfocarse el problema en esta sentencia, el régimen es distinto.

Esta Sala ha razonado reiteradamente en sus Sentencias de fecha 6 de febrero (RJ 1998, 1670) , 20 de marzo, 1 de junio (RJ 1998, 6318) y 16 de octubre de 1998 (Rec. 1474/91, 357/1992, 2749/90, 5649/90 y 5649/92), 18 de noviembre de 2000, 23 de febrero de 2001 (Rec. 7625/93 [RJ 2001, 1028] y 1881/93), 9 de julio de 2003 (Rec. 10449/1997) y 25 de julio de 2003 (Rec. 2530/1998), que hay que distinguir entre la potestad tarifaria que, respecto de los servicios públicos municipales prestados por empresas concesionarias, corresponde a los Ayuntamientos y la política de precios, que se superpone a aquélla y que corresponde al Estado y por transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma, pero en el caso presente nos hallamos ante una tasa, es decir, un tributo, cuya aprobación se rige por el art. 17 y otras disposiciones de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre (RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851) , Reguladora de las Haciendas Locales, que no prevé en absoluto «autorización» alguna por parte de la Administración General del Estado o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, máxime cuando desde la vigencia de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, se ha suprimido totalmente la histórica tutela fiscal ejercida por el Ministerio de Hacienda.

En consecuencia, no cabe, cuando se trata de tasas, la autorización previa de las mismas, regulada en las disposiciones citadas sobre el control de los precios autorizados; sin embargo, nada impide que las Administraciones de las Comunidades Autónomas puedan, al amparo del art. 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, impugnar en vía Contencioso-Administrativa -en el plazo, en este caso, de dos meses-, los acuerdos definitivos de aprobación de una Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por prestación del servicio de suministro de agua potable, si tal tasa no respeta la norma esencial del art. 24 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, que dispone: «El importe estimado de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate (...)», pues tal coste del servicio es el límite máximo de la tasa que sustituye en este caso a la autorización previa del «precio autorizado», de modo que, desde la política de precios, la Comunidad Autónoma estaría legitimada para impugnar la tasa si superase este límite, pero lo que no puede es exigir la autorización previa aplicable a los «precios autorizados».

QUINTO Habiéndose estimado el recurso de casación, procede, de conformidad con lo dispuesto en el art. 102, apartado 1, ordinal 3º, de la Ley Jurisdiccional, según la redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, a cuyo efecto, la Sala debe declarar inadmisible el recurso Contencioso-Administrativo de instancia, núm. 1363/1996, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, por haberse interpuesto una vez superado con creces el plazo especial de 15 días regulado en el art. 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82, letra f), de la Ley Jurisdiccional; en cuanto a las costas de la instancia no procede acordar su expresa imposición y respecto de las causadas en este recurso de casación cada parte debe pagar las suyas.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS:

1º Estimar el recurso de casación núm. 3857/2000, interpuesto por el Ayuntamiento de La Orotava contra la sentencia núm. 318/1998, dictada, con fecha 30 de marzo de 1998, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída en el recurso Contencioso-Administrativo núm. 1363/1996, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, sentencia que se casa y anula.

2º Declarar inadmisible el recurso Contencioso-Administrativo núm. 1363/1996, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, por haberse interpuesto extemporáneamente.

3º No acordar la expresa imposición de las costas causadas en la instancia, y en cuanto a las de este recurso de casación que cada parte pague las suyas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

8. STS (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2) DE 7 MARZO 2007 (RJ 2007\2030)

Recurso de Casación núm. 1727/2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón

TASAS MUNICIPALES: Indemnización por demora en las facturas por suministro domiciliario de agua potable y saneamiento abonadas fuera del período voluntario de pago: naturaleza: calificación como precio privado y no como tasa; principio de jerarquía normativa: vulneración: inexistencia.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, -Sección Tercera- dictó Sentencia, en fecha 08-06-2001, desestimatoria del recurso deducido por la Empresa Municipal de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla contra una Resolución de la Consejería de Trabajo e Industria de 26-03-1996, por la que se declaraba la no conformidad a derecho de las indemnizaciones por demora en el pago de los recibos de suministro de agua potable.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por entidad recurrente; con imposición de las costas.

En la Villa de Madrid, a siete de marzo de dos mil siete.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Segunda por los Excmos. Sres. Magistrados al margen anotados, el presente recurso de casación, número 1727/2002, promovido por Dª Rosina Montes Agusti, Procuradora de La Empresa Municipal de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, SA (Emasesa), contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 8 de junio de 2001, dictada en el recurso Contencioso-Administrativo 1565/1997 (JUR 2002, 2485), seguido a instancia de la hoy recurrente contra resolución, de 24 de enero de 1997, de la Consejería de Trabajo e Industria, de la Junta de Andalucía, en materia de indemnización por demora en las facturas por suministro de agua abonadas fuera del período voluntario de pago.

Han comparecido como recurridas, la Letrada de la Junta de Andalucía, así como La Asociación de Consumidores y Usuarios de Sevilla, representada por la Procuradora Dª Lidia Leyva Cavero y defendida por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Según los hechos relacionados en la sentencia recurrida, con fecha 10 de agosto de 1994, la Asociación de Consumidores y Usuarios de Sevilla (ACUS), formuló reclamación a la Delegación Provincial de Salud de la Consejería en Sevilla, contra La Empresa Municipal de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (en adelante, Emasesa), ya que dicha Compañía suministradora, mediante aviso a sus usuarios, detalla en la factura, el incremento que la misma puede experimentar, en concepto de indemnización por demora, para el supuesto de no ser abonada dentro del período voluntario de pago, estimando la reclamante que no procede el cobro de tal concepto, pues el Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua, regula la forma de pago de las facturaciones, así como el procedimiento a seguir por la entidad suministradora, en los casos de impago de aquellas (artículos artículo 2, 66, 67, 84 y 94).

Frente a la expresada reclamación, Emasesa formuló alegaciones, con fecha 27 de febrero de 1996, manifestando que si procedía el cobro de las indemnizaciones de demora por retraso en el pago de las facturas de suministro, con fundamento jurídico en el artículo 94 del Reglamento antes citado «que se refiere a indemnizaciones, derechos o acciones que la Ley vigente ampare».

La Delegación Provincial de la Consejería de Trabajo e Industria dictó resolución, de fecha 26 de marzo de 1996, por la que se declaraba la no conformidad a Derecho de las indemnizaciones por demora en el pago de los recibos de suministro de agua potable, entendiendo que lo que procedía era solicitar el corte de suministro, así como el cobro de los derechos de reconexión si dicho corte llegare a materializarse, de conformidad con lo establecido en el Reglamento del suministro domiciliario de agua.

Interpuesto recurso ordinario contra la resolución de referencia, fue desestimada por Acuerdo de la Consejería de Trabajo e Industria de 24 de enero de 1997.

SEGUNDO Contra la resolución últimamente citada, interpuso recurso Contencioso-Administrativo la representación procesal de Emasesa, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, y la Sección Tercera de dicho Órgano jurisdiccional, que lo tramitó con el número 1565/1997, dictó sentencia, de fecha 8 de junio de 2001, con la siguiente parte dispositiva: «Que debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por la Empresa Municipal de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (Emasesa), contra las resoluciones de la Consejería de Trabajo e Industria citadas en el Fundamento Primero de esta Sentencia, por ser conformes con el ordenamiento jurídico. Sin costas».

TERCERO Contra la referida Sentencia, preparó recurso de casación la representación procesal de Emasesa y, luego de ser admitido, lo interpuso, mediante escrito presentado en 12 de marzo de 2002, en el que solicita se dicte sentencia, estimando el recurso de casación, revocando la resolución recurrida y declarando el derecho de la recurrente al establecimiento y cobro de indemnizaciones por demora en las facturas abonadas fuera del período voluntario de pago.

CUARTO La Asociación de Consumidores y Usuarios de Sevilla, se personó en autos, solicitando la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación, por cuanto la recurrente no había cumplido con el juicio de relevancia exigido por el artículo 86.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Tramitado el correspondiente incidente, la Sección Primera de esa Sala, por medio de Auto, de fecha 8 de mayo de 2003, admitió el recurso de casación, al entender que no encontraba defectuosamente preparado, pues se anunciaba que «se pretende amparar en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, considerando la parte recurrente que la Sala sentenciadora ha infringido preceptos de Derecho estatal -preceptos constitucionales (principios de legalidad y autonomía local) de la Ley General Tributaria y de la legislación de Régimen Local.-, alguno de ellos ciertamente invocado en el proceso- en la demanda se hace referencia expresa al artículo 52.2.b) de la Ley General Tributaria, además de a varios preceptos del Código Civil? y tratado en la sentencia impugnada-en el fundamento de derecho quinto se razona sobre el artículo 52.2.b) de la Ley General Tributaria, al igual que sobre el artículo 1108 del Código Civil -, sin perjuicio de los razonamientos que se hacen sobre el Reglamento autonómico del Suministro Domiciliario de Agua» y todo ello, «sin que corresponda valorar en este trámite, por lo general, la bondad jurídica de juicio de relevancia efectuado por el recurrente en el escrito de preparación del recurso».

QUINTO La Letrada de la Junta de Andalucía, en escrito presentado en 6 de noviembre de 2003, se opuso al recurso de casación, solicitando se dicte resolución, por la que se desestime íntegramente el recurso, confirmando la sentencia recurrida.

Por su parte, la representación procesal de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Sevilla, mediante escrito presentado en 26 de septiembre de 2003, se opuso igualmente al recurso de casación, insistiendo en el incumplimiento por la recurrente de lo dispuesto en artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional y solicitando se dicte sentencia en la que se desestimen los motivos aducidos, confirmando la resolución impugnada.

SEXTO Señalada para la votación y fallo, la audiencia del 6 de marzo de 2007, en dicha fecha tuvo lugar el referido acto procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO En lo que interesa al presente recurso de casación, la sentencia recurrida tiene la siguiente fundamentación jurídica:

«TERCERO.- Como argumentos básicos de su demanda la empresa recurrente, se afirma que el artículo 94 del Reglamento del Suministro Domiciliario de Agua, recoge la posibilidad del cobro de un derecho por demora, al referirse en el citado precepto a esas indemnizaciones, derechos o acciones que la legislación vigente les ampare y que el citado derecho al cobro de esas indemnizaciones por demora en el pago de las facturas, dimana de las Ordenanzas Fiscales Reguladoras del Servicio Público de Suministro de Agua y Saneamiento, para 1995, publicadas en el BOP las cuales no fueron impugnadas por dicha Asociación de Consumidores y que ello deriva también de lo dispuesto en el artículo 52.2.b de la LGT, al establecer con carácter general que las cantidades adeudadas a la Hacienda Publica devengaran intereses de demora

desde el día siguiente a su vencimiento y de lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil.

CUARTO.- La regulación del suministro domiciliario de agua potable, en nuestro ordenamiento jurídico en nuestra Comunidad Autónoma de Andalucía, viene establecido en el Decreto 120/1991, de 11 de junio (LAN 1991, 259), por el que se aprobó el Reglamento del Suministro Domiciliario de Agua. Dicho reglamento que tiene por objeto regular las relaciones entre la entidad que presta el servicio de suministro domiciliario de agua potable y los abonados al mismo, señalándose los derechos y obligaciones para cada una de las partes y debiéndose ajustar dicho suministro de agua lo dispuesto en el mismo.

Así vemos que el artículo 94 del Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua (en adelante RDSA), referente a los derechos económicos, nos dice "que las entidades suministradoras, conforme a este Reglamento y sin perjuicio de las demás indemnizaciones, derechos o acciones que la legislación vigente le ampare, no podrán cobrar, por suministro de agua potable, a sus abonados, otros conceptos distintos a los que específicamente se enumeran a continuación y que son: cuota fija o de servicio; cuota variable o de consumo; recargos especiales; derechos de acometida; cuota de contratación; cánones, fianzas y servicios específicos", viniendo regulado el sistema tarifario en su artículo 95 y disponiendo su artículo 102 que una vez determinada, la estructura tarifaria, así como los derechos de acometida, la entidad prestataria del servicio solicitara a través de la entidad local correspondiente, la autorización de las tarifas ante la Secretaria de la Comisión de Precios de Andalucía y por último en su artículo 103 nos dice que la tramitación y aprobación de los expedientes, para la modificación de tarifas y demás derechos establecidos en este Reglamento, en tanto estén sujetos a régimen de precios autorizados, y a los que se refieren los artículos precedentes se regirán por la legislación general de régimen de precios autorizados y la especifica que a tales efectos tenga establecida la Comunidad Autónoma.

Del contenido de dichos preceptos, así como de lo dispuesto en el artículo 84 del mencionado RDSA, en cuanto al plazo de que disponen los abonados para efectivo el importe de los recibos y de las consecuencias de ese impago que vienen recogidas en el artículo 66 y 67 del mismo Reglamento.

Así el artículo 66 del RDSA, referido a las causas de suspensión del suministro, dispone "que las entidades suministradoras de agua podrán, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de orden civil o administrativo que la legislación vigente le ampare, suspender el suministro a sus abonados o usuarios, entre otros casos, por el impago de las facturaciones dentro del plazo establecido al efecto por la entidad suministradora" y el artículo 67, referido al procedimiento de suspensión del suministro, en su último párrafo dispone que "en caso de corte por falta de pago, si en el plazo de tres meses, contados desde la fecha de corte, no se han pagado por el abonado los recibos pendientes, se dará por terminado el contrato sin perjuicio de los derechos de la entidad suministradora a la exigencia del pago de la deuda y al resarcimiento de los daños y perjuicios a que hubiere lugar". De lo expuesto en dichos preceptos, así como en la Orden de 28 de enero de 1994 de la Consejería de Economía y Hacienda, que aprobó los precios para 1994, para la citada empresa suministradora, en donde no figura ningún precepto, en que se autorice el cobro de esa indemnización por demora en el pago, se llega a la conclusión que dicha indemnización por demora en el pago del recibo de suministro no viene amparado por dicha normativa reglamentaria y por ello no es conforme con la legalidad y por tanto debe estimarse el presente recurso.

QUINTO.- En cuanto a los otros argumentos de la demanda, de que el citado derecho al cobro de esas indemnizaciones por demora en el pago de las facturas, dimana de las Ordenanzas Fiscales Reguladoras del Servicio Público de Suministro de Agua y Saneamiento, para 1995, y que ello deriva también de lo dispuesto en el artículo 52.2.b de la LGT, al establecer con carácter general que las cantidades adeudadas a la Hacienda Publica devengaran intereses de demora desde el día siguiente a su vencimiento y de lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, hemos de decir que tampoco son validos para justificar la inclusión del citado concepto en el recibo de suministro, que únicamente puede contener los conceptos a que hemos hecho referencia en el fundamento jurídico anterior, y en donde el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios a que hubiere lugar, así como las indemnizaciones que procedan, deberán ejercitarse a través de las acciones civiles y administrativas que procedan, pero sin que se puedan incluir dicha indemnización de demora en la factura que se gira al usuario.

SEXTO.- La desestimación de todos los argumentos de la parte actora en su intento de anulación de la resolución recurrida determina consecuentemente la desestimación del presente recurso Contencioso-Administrativo, en virtud de los razonamientos anteriormente articulados. No ha lugar a la condena de ninguna de las partes al pago de las costas pues no han actuado con temeridad o mala fe procesales».

SEGUNDO La entidad recurrente articula su recurso de casación con base en cuatro motivos que formula al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, en los que se alega:

1º) Infracción del artículo 61 de la Ley General Tributaria y 2.2 y 10 de la Ley de Haciendas Locales, en relación con el 36.2 de las Ordenanzas reguladoras del servicio público de suministro de agua gestionado por EMAESA en el año 1995; 2º) infracción de los artículos 9.3 de la Constitución y 1.2 del Código Civil, en cuanto consagran el principio de jerarquía normativa; 3º) infracción del artículo 3.1 del Código Civil, en

relación con el 94 del Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua, aprobado por Decreto 120/1991 (LAN 1991, 259) y 4º) infracción de los artículos 1100, números 1 y 2 del Código Civil, en relación con los artículos 1101 y 1108 del mismo Cuerpo legal.

TERCERO Ahora bien, antes de dar respuesta al recurso de casación, conviene hacer algunas reflexiones acerca de los avatares de las tasas y precios públicos desde la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, hasta el presente.

Como es sabido, la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, introdujo una nueva figura de prestación patrimonial pública y de carácter no tributario, denominada «precio público», de perfiles no tan rígidos como las tasas.

Tras la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, declaró la inconstitucionalidad de los párrafos a) y b) del artículo 24.1 de la misma, así como de ciertas expresiones contenidas en el párrafo c) de dicho artículo, con los efectos que se indican en el Fundamento Décimo de la propia sentencia. Y como consecuencia de la misma y de la que el propio Tribunal Constitucional dictó también, en 13 de diciembre de 1999, en relación con la Ley de Haciendas Locales, se hizo necesaria la publicación de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen de tasas estatales y locales y reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, a través de la cual, se produjo la reorganización del ordenamiento jurídico en esta materia y, por lo que respecta a la Ley 39/1998, de Haciendas Locales, se dio nueva redacción (artículo 66) a sus artículos 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 41, 44, 45, 46, 47, 58, 117, 122 y 129, así como a la Disposición Adicional Sexta.

Como se ha apuntado, la reforma de la legislación tuvo por objetivo acoger la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de que, con independencia del nombre o categoría atribuida por el legislador, algunos de los precios públicos establecidos hasta entonces, eran prestaciones patrimoniales de carácter público, sometidas a la reserva de Ley, concretamente las relativas a la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, así como los exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, los prestados en monopolio de hecho o de Derecho o los indispensables para la vida personal o social de los particulares.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, para que surja el precio público, han de concurrir las notas de recepción o solicitud voluntaria del servicio y de ser prestado efectivamente por el sector privado (en la práctica, estos servicios públicos son hijos de una Administración cada vez más plural, que los presta en régimen de competencia y sin que sean esenciales, tal como ocurre con instalaciones deportivas, transportes, publicaciones, servicios feriales etc.). En cambio, basta que concurra la nota de coactividad o la de ser gestionado el servicio en régimen de monopolio -de hecho o de derecho-, para que la prestación del servicio público se constituya en hecho imponible de la tasa.

De aquí que el presupuesto de los precios públicos venga delimitado de forma negativa en el artículo 41 de la Ley 39/1988 -versión de la Ley 25/1998, de 13 de julio-, en cuanto dispone que no podrán imponerse los mismos respecto de los servicios y actividades enumerados en el artículo 20 de la Ley y este último, refiriéndose a las tasas, señala que tendrán este carácter las que establezcan las entidades locales por: «B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:

Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.

Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente».

Así las cosas, el artículo 25.2.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, atribuye competencias al municipio en materia de «suministro de agua...» debiéndose prestar de manera indefectible en todos ellos -artículo 26.1.a)-, tratándose, en todo caso de un servicio esencial reservado a las Entidades locales -«ex» artículo 86.3-.

Pocas dudas puede ofrecer que el abastecimiento domiciliario de agua es el presupuesto de una tasa, pero si existiera alguna, queda disipada con su inclusión en la letra t) del artículo 20.4 de la Ley 39/1988, en redacción también dada por el artículo 66 de la Ley 25/1998, de 13 de julio.

Ahora bien, ante la trascendencia del cambio legislativo operado a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional, la Ley 25/1998, de 13 de julio, preceptuó en su Disposición Transitoria Segunda, que las

Entidades Locales regularizarían antes del 1 de enero de 1999 los precios públicos creados al amparo de la legislación anterior, estableciendo de nuevo las tasas correspondientes de acuerdo con la Ley 25/1998, y «entre tanto, y hasta la fecha indicada, las entidades locales podrán continuar exigiendo tasas y precios públicos con arreglo a la normativa anterior».

Por ello, esta Sección pudo declarar en la Sentencia de 12 de diciembre de 2001 , que «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, ha dejado claro, que a partir del 1 de enero de 1999, el servicio de suministro y saneamiento del agua, prestado por los Entes Locales, es un hecho imponible de las tasas correspondientes, pero ha yugulado toda discusión retrospectiva sobre esta materia, por virtud de lo ordenado en la Disposición Transitoria Segunda, de manera que hasta el 31 de diciembre de 1998, la contraprestación por estos servicios podía ser un Precio Público, y si así se estableció, fue válido hasta dicha fecha».

Dicho lo anterior, hay que señalar también que esta Sala viene distinguiendo tradicionalmente entre la prestación del servicio en régimen de Derecho Público, supuesto que da lugar a la percepción de una tasa y prestación en régimen de concesión, que da lugar a un ingreso de Derecho privado para la entidad concesionaria.

En este sentido, la Sentencia de 21 de abril de 1999 (RJ 1999, 3586), se enfrentó al problema de la distinción entre la Tarifa y la tasa con ocasión del problema surgido entre el Ayuntamiento de Valencia y la sociedad concesionaria para el abastecimiento del agua, como consecuencia de haberse acordado un incremento del precio del m3 del agua, aprobado por el Pleno municipal, al exclusivo objeto de financiar unas obras de ampliación y mejora de las instalaciones. Ante la postura del Ayuntamiento de pretender cobrar intereses de demora del artículo 58 de la Ley General Tributaria, por retraso en el abono de las liquidaciones correspondientes por parte de la concesionaria, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, negó dicha posibilidad, por entender que la deuda reclamada no tenía naturaleza tributaria, por lo que el tipo de interés debía ser el legal, sin el incremento del 25 por 100 propio de aquel tipo de deuda. Y la Sentencia de esta Sala, antes referida, de 21 de abril de 1999, desestimó el recurso del Ayuntamiento, con base en lo que aquí interesa, en las siguientes razones:

«Primera. La tarifa general o sea sin la especial del 1,50 ptas., por metro cúbico de agua, exigida por la Sociedad "Aguas de Valencia, SA" es sin duda alguna un precio privado, que a efectos económico-financieros es el componente fundamental de los ingresos por suministros de agua potable realizados por dicha Compañía, que una vez restados los gastos determina el beneficio de dicha empresa. Si fuera una tasa, es decir, un tributo de naturaleza pública su importe una vez percibido por la Sociedad "Aguas de Valencia, SA", como sujeto sustituto, sería pagado por ésta al Ayuntamiento de Valencia, cosa que no ocurre en el caso de autos. La Tarifa general es según doctrina jurisprudencial consolidada un precio privado aunque por virtud de la potestad tarifaria que corresponde al ente concedente (arts. 115, 116 y 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 [RCL 1956, 85]) le corresponda a éste su aprobación.

Segunda. Es necesario distinguir como hizo la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1986 (RJ 1986, 4753) dos relaciones jurídicas distintas. La primera es la existente entre los usuarios y la concesionaria del servicio público de suministro de agua potable, que es de índole mercantil, pues el usuario se limita a pagar un precio privado por el suministro que recibe. El usuario, ciertamente, queda obligado a pagar el precio establecido desde que se publica en el Boletín Oficial de la Provincia, precio que estaba integrado por la Tarifa general y por la Tarifa especial. La segunda relación es la existente entre la sociedad concesionaria "Aguas de Valencia, SA" y el Ayuntamiento de Valencia, ente concedente. Esta relación forma parte del conjunto obligacional de la concesión, debiéndose destacar que la cláusula 12ª del contrato concesional de 7 de julio de 190 4 estableció tres vías distintas para la financiación de la ampliación y mejora de las instalaciones, que eran: a) Acudir al crédito. b) Llevarla a cabo el Ayuntamiento, en cuyo caso las mejoras introducidas serían de propiedad municipal; y c) Hacerse cargo la concesionaria, en cuyo caso serían de su propiedad, y al término de la concesión el Ayuntamiento tendría que indemnizarla. Ambas partes optaron por la financiación por el Ayuntamiento, el cual arbitró a tal efecto, un aumento del precio, es decir, de las "tarifas", obligándose la concesionaria a cobrar la tarifa especial, no como sujeto sustituto "ex lege", sino como gestor "ex contractu" y a entregar al Ayuntamiento la recaudación obtenida. Nos hallamos, pues, ante una tarifa especial que es un precio privado, percibido por la concesionaria de los usuarios, que revierte al Ayuntamiento por virtud del título concesional.

Tercera.- (...)

El Ayuntamiento en Pleno aprobó en su sesión extraordinaria del día 17 de diciembre de 1981, establecer a partir del 1 de enero de 1982, junto con la Tarifa General, la Tarifa especial 1,50 ptas. por metro cúbico de agua, con destino a la financiación de las obras de primer establecimiento y amortización de las obras financiadas con fondos municipales cuyo importe será ingresado por la Sociedad de Aguas Potables y

Mejoras de Valencia, SA mensualmente, poniendo a disposición del Ayuntamiento la liquidación resultante del mes anterior en la cuenta especial a abrir por la Intervención (...)».

Es claro que el Ayuntamiento de Valencia no consideró en absoluto que dicha Tarifa especial fuera una tasa y por ello siguió el procedimiento propio de la aprobación de las tarifas de los concesionarios de servicios públicos.

Por el contrario, si admitiéramos que se trata de una Tasa como pretende el Ayuntamiento de Valencia, con el fin de lograr un tipo porcentual de interés de demora mayor, como es el propio del artículo 58 de la Ley General Tributaria, habríamos de concluir que la Tarifa especial habría incurrido en nulidad absoluta, por desconocer el procedimiento propio del establecimiento de los tributos locales, conclusión negada por la Sala Quinta de este Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 23 de junio de 1986 que reconoció la validez de dicha Tarifa especial.

Cuarta (...)

Es indudable que el Ayuntamiento de Valencia consideró en aquel entonces la Tarifa especial como un componente del precio del agua, y por ello solicitó la correspondiente autorización al Gobernador Civil competente para decidir sobre los aumentos de precios "autorizados", descartando, por tanto, que se tratara de tasas, pues éstas por tener naturaleza tributaria estaban al margen de la competencia de los Gobernadores Civiles sobre política de precios.

El Ayuntamiento de Valencia no puede ahora, porque le resulte mas favorable (tipos de interés mas elevados), pretender que la Tarifa especial es una tasa, para así poder justificar la aplicación de los tipos de interés regulados en el art. 58 de la Ley General Tributaria, según la redacción dada por la Ley 10/1985, de 26 de abril.

Sexta.- Es cierto que el artículo 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RCL 1956, 85), dispone que en los servicios prestados indirectamente por la Corporación mediante concesión otorgada a empresas particulares, las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasas y serán exaccionables por la vía de apremio, añadiendo que, sin embargo, si el servicio se prestare con arreglo a las formas de Derecho privado, las tarifas tendrían entonces el carácter de precio o merced, pero no obstante exceptuaba de este carácter a las Tarifas cualquiera que fuese la forma de prestación cuando se tratase de servicios monopolizados y los que fuesen de recepción obligatoria para los administrados, que tendrían la naturaleza de tasas.

El Ayuntamiento de Valencia arguye que el servicio de suministro de agua potable es de recepción obligatoria y por ello las Tarifas correspondientes no son precios, sino tasas.

Este argumento debe ser rechazado, porque el artículo 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que no es de naturaleza tributaria, no puede prevalecer sobre las disposiciones de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, ni sobre las normas específicas del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre (RCL 1977, 224), concretamente su artículo 14 que dispone: "Los productos de las tasas no tendrán para las Entidades municipales la consideración de rentas ni de precios, salvo que los servicios fueran prestados con arreglo a formas de Derecho privado y, en especial, por sociedad privada municipal, arrendamiento o concierto", y es claro que el suministro de agua potable en Valencia se presta por una sociedad anónima, conforme a normas de Derecho mercantil, sobre todo en la relación de la empresa suministradora con sus usuarios, luego se trata desde esta perspectiva de precio privado.

Séptima.- La mención que la recurrente hace al artículo 19, apartado 21, del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre (RCL 1977, 224), que dispone que se entenderán como servicios de competencia municipal que benefician especialmente a personas determinadas o, aunque no les beneficien les afectan de modo particular (art. 6º.b), los servicios y actividades siguientes (...) "21. Suministro municipal de agua, gas y electricidad".

Este precepto justifica la exigencia de tasas por prestación de dichos servicios, pero claramente se refiere al supuesto en que las Corporaciones Locales prestan ellas mismas el servicio, y, por tanto, pueden exigir las tasas correspondientes, pero éste no es el caso de autos en que el servicio de suministro de agua potable lo presta una sociedad mercantil, en forma de Derecho privado. (...)»

Posteriormente, las Sentencias de 2 de julio de 1999 (RJ 1999, 7094) y 20 de octubre de 2005 (RJ 2006, 53), señalaron que es preciso «distinguir según que la Tarifa de suministro de agua potable corresponda a la prestación del servicio por un concesionario, o se preste directamente por el Ayuntamiento. En el primer caso, nos hallamos ante un precio privado, pues ésta es la relación entre el concesionario y los consumidores, y en este supuesto la potestad tarifaria le corresponde al Ayuntamiento, ente concedente, según lo dispuesto en los arts. 148 a 155 del Reglamento de Servicios Locales de 24 de junio de 1955 (RCL 1956, 85), de modo que para la modificación de las Tarifas se instruye un expediente, que se inicia con la propuesta del concesionario, y después de los informes precisos, el Ayuntamiento elabora la

correspondiente propuesta que eleva al órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma... para su autorización» mientras que «En el segundo caso, al prestar el propio Ayuntamiento directamente el servicio de suministro de agua potable, las Tarifas tienen naturaleza jurídico-tributaria de tasas, y por tanto, su modificación debe seguir la tramitación propia de las Ordenanzas Fiscales...»

Por último, a partir de la publicación de la Ley 58/2003, General Tributaria, hay que tener en cuenta que, a tenor de su artículo 2.a) párrafo segundo, «se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público». Y este precepto será de aplicación a todas las Administraciones Públicas, según lo dispuesto en el artículo 1 de la propia Ley.

CUARTO Hora es ya de que nos adentremos en la respuesta a los motivos de casación, pero teniendo en cuenta que los hechos tienen lugar a partir de la reclamación que formulara la Asociación de Consumidores y Usuarios de Sevilla en 10 de agosto de 1994 y que concluyó con el Acuerdo de la Consejería de Trabajo e Industria de 24 de enero de 1997, actos ambos reflejados en los Antecedentes.

Hecha la precisión anterior, en el primero de los motivos, alega la entidad recurrente, infracción del artículo 61 de la Ley General Tributaria y 2.2 y 10 de la Ley de Haciendas Locales, en relación con el 36.2 de las Ordenanzas reguladoras del servicio público de suministro de agua gestionado por Emasesa en el año 1995.

En el desarrollo del motivo, entiende la recurrente que son aplicables los preceptos alegados, por cuanto los recursos de que se trata -abastecimiento domiciliario de agua potable y saneamiento (vertido y depuración)- tienen, de acuerdo con la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, la naturaleza jurídica de tasas, ya que además de tratarse de servicios municipales (artículo 25 de la Ley de Bases de Régimen Local) cuya prestación les viene impuesta a todos los municipios (artículo 26.1 de la misma Ley) y respecto de los cuales se establece su reserva a favor de las entidades locales (artículo 86.3, también del texto legal citado), el primero de ellos es imprescindible para la vida social o privada de los solicitantes y el segundo es de recepción obligatoria.

Entiende la entidad municipal recurrente, que para el cobro de las tasas, goza de las prerrogativas establecidas para la Hacienda del Estado y entre ellas, la de cobrar intereses de demora en los ingresos fuera de plazo -artículo 61.2 de la Ley General Tributaria y 10 de la de Haciendas Locales-, citándose igualmente el artículo 52.2.b) de la Ley General Tributaria (en la redacción aplicable al período comprendido entre el mes de enero de 1987 y julio de 1995).

Concluye la representación procesal de Emasesa, afirmando que haciendo uso de dicha prerrogativa, la Ordenanza Reguladora del Servicio Público de Suministro de Agua, aprobada por el Ayuntamiento de Sevilla, en sesión celebrada el 22 de diciembre de 1994, dispone en el artículo 36.2, que «Todo concesionario del suministro, está obligado a abonar una indemnización por las facturas que resulten impagadas una vez finalizado el período voluntario de cobro»

Para dar respuesta adecuada al motivo alegado, tenemos en cuenta que la Asociación de Consumidores y Usuarios de Sevilla, adjuntó a su demanda, como documento número 4, fotocopia de las hojas del BOJA en que se publicaron las Ordenes de la Consejería de Economía y Hacienda de 30 de diciembre de 1994, 23 de noviembre de 1995, 20 de diciembre de 1996 y 23 de diciembre de 1998, por las que, vista la propuesta de revisión de tarifas formulada por la Comisión de Precios de Andalucía, se autorizan las tarifas de agua potable aplicables, entre otros municipios, a Sevilla, y en concreto, las de utilización por Emasesa.

Así las cosas, debe señalarse que nos encontramos en la situación que en su momento contemplaron las Sentencias de esta Sala, entre otras, de 2 de julio de 1999 y 20 de octubre de 2005, y, en consecuencia, ante un precio privado y no una tasa, por lo que la Sentencia recurrida no infringe los artículos 61 de la Ley General Tributaria y 2.2 y 10 de Ley de Haciendas Locales. Tampoco puede infringir el artículo 36. 2 de las Ordenanzas Fiscales Reguladoras del Servicio Público, que aunque prevea una indemnización en el caso de impago de facturas, no puede ser nunca la prevista en los artículos antes indicados, pues ello supondría una flagrante violación del principio de jerarquía normativa.

QUINTO En el segundo motivo, se alega la infracción de los artículos 9.3 de la Constitución y 1.2 del ódigo Civil, en cuanto consagran el principio de jerarquía normativa.

Sostiene en esta ocasión la entidad recurrente, que en el caso de existir contradicción entre el Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua y los artículos antes citados de la Ley de Haciendas Locales y Ley General Tributaria -supuesto hipotético que se niega por la recurrente-, ha de resolverse dando prevalencia a estos últimos.

El motivo sin embargo, debe decaer a partir de las consideraciones realizadas en el Fundamento Jurídico anterior, en el que queda claro no ser aplicable en el presente caso la Ley General Tributaria y Ley de

Haciendas Locales. No hacemos, por tanto, enjuiciamiento del Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua, limitándonos a afirmar que la regulación de la concesionaria con el usuario del servicio no se rige por la normativa tributaria, tal como pretende la recurrente.

SEXTO En el tercer motivo, se alega igualmente vulneración del artículo 3.1 del Código Civil, en relación con el 94 del Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua, aprobado por Decreto 120/1991.

Afirma la representación procesal de Emasesa que del artículo 94 del citado Reglamento -«las entidades suministradoras, conforme a este Reglamento, y sin perjuicio de las demás indemnizaciones, derechos o acciones que la legislación vigente ampare, no podrán cobrar, por suministro de agua potable a sus abonados, otros conceptos distintos a los que específicamente se enumeran a continuación»- se deduce que los conceptos enumerados no son los únicos que pueden cobrarse, por lo que los mismos pueden verse incrementados por cualquier otro amparado en la legislación vigente, y entre ellos los autorizados en los preceptos invocados.

En el presente caso, aún cuando la entidad recurrente alegue violación del artículo 3.1 del Código Civil, lo que está tratando de utilizar dicho precepto de forma instrumental, para forzar a esta Sala a un enjuiciamiento de la legalidad de una norma de Derecho Autonómico, como es el Reglamento de Suministro de Agua Domiciliaria, aprobado por Decreto 120/1991. Sin embargo, tal actuación nos está vedada por el artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional, así como por los preceptos que atribuyen tal enjuiciamiento a los Tribunales Superiores de Justicia, bien sea en única instancia, conforme a lo previsto en el artículo 10.1.b) de la Ley Jurisdiccional, bien a través del recurso de casación para la unificación de doctrina del artículo 99 de la misma Ley, preceptos estos últimos que responden a intereses expresados en los artículos 123 y 152.1 de la Constitución, sobre articulación de la organización judicial con el sistema policéntrico de creación de fuentes del Derecho.

Por todo ello, se inadmite el motivo.

SÉPTIMO En el cuarto motivo, se alega infracción de los artículos 1100, números 1 y 2 del Código Civil, en relación con los artículos 1101 y 1108 del mismo Cuerpo legal.

Hace referencia la entidad recurrente a la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1973 (RJ 1973, 2981), en la que recoge el criterio de que la falta de pago del impuesto en plazo, lleva consigo la obligación de satisfacer intereses de demora, por lo que «de acuerdo con dicha doctrina jurisprudencial, el derecho de mi representada al cobro de intereses de demora, transcurrido el plazo de 15 día para el pago voluntario, dimana asimismo del derecho común», a lo que añade que según el artículo 1108 del Código Civil, en el caso de obligaciones dinerarias, si el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio, el interés legal.

El motivo debe ser rechazado por cuanto la sentencia no impide la aplicación de las normas del Código Civil, como lo demuestra el hecho de afirmar que «el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios a que hubiese lugar, así como las indemnizaciones que procedan, deberán ejercitarse, a través de las acciones civiles y administrativas que procedan».

Por lo expuesto, se rechaza el motivo.

OCTAVO El rechazo de los motivos alegados, conlleva la desestimación del recurso de casación y ésta conduce directamente a la preceptiva condena en costas, si bien que haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la Ley Jurisdiccional, se fija como honorarios máximos de los Letrados de las partes recurridas, la cifra de 1.500 euros.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación, interpuesto por Dª Rosina Montes Agusti, Procuradora de la Empresa Municipal de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, SA (Emasesa), contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 8 de junio de 2001, dictada en el recurso Contencioso-Administrativo 1565/1997, con imposición de costas a la recurrente, pero con la limitación indicada en el último de los Fundamentos de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

9. STS (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2) DE 19 DICIEMBRE 2007 (RJ 2008\1810)

Recurso de Casación núm. 3645/2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón

ADMINISTRACION LOCAL: Servicios de las corporaciones locales: abastecimiento de aguas: competencias: abastecimiento de aguas: aprobación de ordenanza en las que se configura la prestación pública por abastecimiento de agua, como precio público de titularidad privada intervenido/autorizado administrativamente: procedencia: anulación improcedente.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana -Sección Primera- dictó Sentencia, en fecha 27-03-2002, estimatoria del recurso deducido por una comunidad de propietarios contra un Acuerdo del Ayuntamiento de Benidorm de 23-12-1998, en materia aprobación de Ordenanza Fiscal reguladora del precio público, de titularidad privada, e intervenido-autorizado administrativamente, por prestación del servicio de suministro de agua potable.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Benidorm; casa y anula la Sentencia de instancia y desestima el recurso contencioso-administrativo.

En la Villa de Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil siete.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 3645/02, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Juan-Luis Pérez Mulet, en nombre del AYUNTAMIENTO DE BENIDORM, contra Sentencia de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, de fecha 27 de marzo de 2002, dictada en el recurso Contencioso-Administrativo 1131/99 (RJCA 2002, 568), en materia aprobación de Ordenanza Fiscal reguladora del precio público, de titularidad privada, e intervenido-autorizado administrativamente, por prestación del servicio de suministro de agua potable.

Ha comparecido como parte recurrida, y se ha opuesto al recurso el Procurador de los Tribunales, D. Miguel Ángel de Cabo Picazo, en nombre de la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS COMPLEJO URBANÍSTICO DIRECCION000".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO En recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL COMPLEJO RESIDENCIAL DIRECCION000" contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Benidorm, de 23 de diciembre de 1998, por el que se aprobó la Ordenanza número 19, "reguladora del precio de servicio público de titularidad privada e intervenido-autorizado administrativamente, por prestación del servicio de suministrado da agua potable", la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, que lo tramitó bajo el número 1131/1999, dictó sentencia, de fecha 27 de marzo de 2002 (RJCA 2002, 568), con la siguiente parte dispositiva: "F A L L A M O S: Que debemos estimar el recurso Contencioso-Administrativo formulado por LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL COMPLEJO RESIDENCIAL "DIRECCION000 contra una resolución del Ayuntamiento de Benidorm, por el que se aprueba definitivamente la Ordenanza Fiscal núm. 19, "reguladora del precio de servicio público de titularidad privada e intervenido-autorizado administrativamente por prestación del servicio de suministro de agua potable", publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante el 31 de diciembre de 1998; ACTO ESTE QUE ANULAMOS POR SER CONTRARIO A DERECHO. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas".

SEGUNDO D. Juan Luis Pérez Mulet, Procurador de los Tribunales, en nombre del Ayuntamiento de Benidorm, tras cumplir el trámite de preparación, interpuso recurso de casación contra la sentencia reseñada en el anterior Antecedente, por medio de escrito presentado en 26 de junio de 2002, en el que solicita la anulación de la sentencia impugnada y se declare ajustado a Derecho el acto administrativo impugnado, con todo lo demás que resulte procedente en Derecho.

TERCERO D. Miguel Ángel de Cabo Picazo, Procurador de la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS COMPLEJO URBANÍSTICO DIRECCION000", preparó igualmente recurso de casación, si bien fue declarado desierto, por Auto de la Sección Primera, de 1 de julio de 2002, por presentación extemporánea del escrito de interposición.

En cambio, la misma representación procesal presentó igualmente, en fecha de 13 de julio de 2005, escrito de oposición al recurso del Ayuntamiento de Benidorm, solicitando su desestimación.

CUARTO Señalada, para votación y fallo, la audiencia del día 18 de diciembre 2007, tuvo lugar en esa fecha la referida actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La Sentencia basa su fallo desestimatorio en los siguientes Fundamentos Jurídicos:

"PRIMERO.- Se interpone el presente recurso Contencioso-Administrativo contra una resolución del Ayuntamiento de Benidorm, por el que se aprueba definitivamente la Ordenanza Fiscal núm. 19, "reguladora del precio de servicio público de titularidad privada e intervenido-autorizado administrativamente por prestación del servicio de suministro de agua potable", publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante el 31 de diciembre de 1998.

El primero de los motivos que alega el recurrente y, que tendremos que analizar previamente, consiste en la afirmación de que, "la competencia para la fijación de precios intervenidos corresponde a la Comunidad Valenciana en virtud del RD 24/07/82 (RCL 1982, 2467), en relación con le Real Decreto 2695/77, de 28 de octubre (RCL 1977, 2319)..."

A los anteriores efectos, las normas aplicables reguladoras de la competencia, están integradas por los siguientes elementos:

a).- El Real Decreto 2695/1977, de 28 de octubre, sobre normativa en materia de precios, con el objetivo propuesto de reducir la tasa de inflación, establecía la distinción entre precios autorizados y precios comunicados, preveía procedimientos, articulaba competencias, y en cuyo Anexo III, se mencionaba como clase de precio autorizado a nivel provincial el abastecimiento de aguas a poblaciones. Se conservaba y dejaba subsistente toda la materia relativa a la revisión de tarifas de los servicios públicos locales.

b).- Real Decreto 2310/1982, de 24 de julio, de Traspaso de Funciones y Servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Valenciana en materia de Intervención de Precios, en cuyo artículo 10, "Se aprueba el acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias de Economía y Comercio de fecha 23 de abril de 1982, por el que se transfieren funciones de la Administración del Estado, en materia de intervención de precios, a la Comunidad Valenciana y se le traspasan los correspondientes servicios y medios presupuestarios precisos para el ejercicio de aquéllas"

c).- Decreto de 5 de octubre de 1982 (LCV 1982, 927), del Pleno del Consell de la Generalitat Valenciana, sobre asunción de competencias en materia de intervención de precios y disciplina mercado.

d).- Decreto de 5 de octubre de 1982, sobre adscripción de competencias en materia de Intervención de Precios y Disciplina de Mercado a la Conselleria de Economía, Industria y Comercio de la Generalitat Valenciana.

e).- Decreto de 5 de octubre de 1982, del Pleno del Consell de la Generalítat Valenciana, por el que se establece la normativa reguladora de la Comisión de Precios de la Generalitat Valenciana, en cuyo artículo 10 se regula La Comisión de Precios de la Generalidad Valenciana, adscrita a la Conselleria de Economía, Industria y Comercio, especificando en su artículo 30 que, "... La Comisión de Precios de la Generalidad Valenciana ejercerá las competencias de las antiguas Comisiones Provinciales de Precios de Alicante, Castellón y Valencia a que se refiere el Real Decreto 2.310/82 de 24 de julio..."

f).- Decreto 82/1984, de 30 de julio (LCV 1984, 2120), del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se establece el procedimiento para la implantación o modificación de precios y tarifas sujetas al régimen de autorización.

En la exposición de motivos de este decreto se hace constar que: "... Asimismo no debe olvidarse que entre los precios sometidos a autorización se encuentran las tarifas del servicio público de abastecimiento de agua -competencia de la Conselleria de Industria, Comercio y Turismo en virtud de las transferencias operadas por Real Decreto 1047/1984, de 11 de abril (RCL 1984, 1471)- y algunos supuestos de agua para riego, lo que exige una atención especial y una eficaz actuación de la Administración derivada esencialmente de la problemática que plantea la escasez de agua en nuestra Comunidad..."

Este Decreto establece regula en su artículo 6º "...Los expedientes de implantación o modificación de tarifas de los servicios ce competencia local, que no estén gestionados directamente por la corporación local, se iniciarán a instancia de la entidad gestora o concesionaria del mismo..." y en los artículos siguientes regula un complejo procedimiento que es el siguiente:

1. El Pleno de la Corporación Local, a la vista del estudio económico, presentado, y la documentación anexa al mismo, deberá emitir informe motivado respecto a la tarifa propuesta, precisando con exactitud las cantidades o porcentajes de aumento que estime adecuados y la tarifa que como resultado de su informe considere procedente.

2. El informe a que se refiere el párrafo anterior deberá evacuarse en el plazo de 30 días contados a partir del siguiente al de la presentación de la solicitud.

Dentro de los tres días siguientes a la evacuación del informe, la presidencia de la Corporación remitirá el

expediente completo al Conseller de Industria, Comercio y Turismo, a través del Gabinete Técnico de Precios, acompañado de la certificación del acuerdo en que conste el informe del Pleno antes indicado.

3. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el párrafo anterior sin que se haya emitido el correspondiente informe por parte de la Corporación Local, éste se entenderá favorable, pudiendo la entidad gestora o concesionaria del servicio presentar la solicitud de revisión de tarifas ante la Conselleria de Industria, Comercio y Turismo, a través del Gabinete Técnico de Precios.

4. Recibido el expediente en el Gabinete Técnico de Precios, si éste estimase que la solicitud presentada no reúne los requisitos exigidos para su admisión o trámite, requerirá al solicitante para que en un plazo de 10 días contados a partir del siguiente al que reciba la notificación, subsane la. falta o acompañe los documentos preceptivos, con apercibimiento de que si transcurrido dicho plazo no lo hiciera se archivará el expediente sin más trámite.

5. Asimismo el Gabinete Técnico de Precios, en fase de tudio del expediente, podrá requerir al solicitante para la portación de cuanta información o datos complementarios y justificantes sean necesarios, que deberá presentar en un plazo 'de 10 días contados a partir del siguiente al que reciba la notificación', o en su caso, en un plazo superior cuando expresamente se determine.

6. El Gabinete Técnico de Precios solicitará, si procede, los informes pertinentes de las distintas Consellerias u otros organismos; competentes por razón de materia, los cuales deberán emitir su informe en el plazo máximo de 10 días.

7. El Gabinete Técnico de Precios, previo el estudio de la solicitud presentada, emitirá su informe técnico y elaborará la correspondiente propuesta de resolución.

8. Las tarifas definitivas no podrán exceder, en su caso, del máximo fijado por el Pleno de la Corporación Local en su informe expreso y motivado. En el supuesto de que el citado informe estuviera suficientemente motivado, se pondrá en conocimiento de la Corporación Local, señalando plazo y extremos concretos a motivar, con apercibimiento de que si en el citado plazo no se aportara la justificación solicitada, se proseguirán las actuaciones sin más trámite.

10. Sometida la propuesta a informe de la Comisión de Precios, se elevará al Conseller de Industria, Comercio y Turismo para resolución.

SEGUNDO.- Como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10200), en la que fue ponente Gota Losada, para una situación de precios autorizados muy parecida a la que aquí se cuestiona, no existe, en el control que en materia de precios el Estado transfirió a las Comunidades Autónomas, violación o vulneración de la autonomía local, y mas concretamente de su potestad tarifaria, según se dice en el Fundamento 5° de la referida sentencia, donde se afirma:

..Primero.- El abastecimiento de agua potable a poblaciones es un servicio público de competencia municipal (art. 25.2 Ley 7/1985, de 2 abril).

Segundo.- El Ayuntamiento o, en este caso, la Mancomunidad Intermunicipal es la titular del servicio público y por tanto ostenta la potestad tarifaria (art. 115.60, 127.1.1a, b y 2.20, b del Reglamento de Servicios de 17 de junio de 1955). Es la (corporación municipah), la que decide las Tarifas a aplicar, y la que por tanto solicitará del órgano competente de la Comunidad Autónoma, la autorización de los aumentos de la Tarifa que proponga, aportando los estudios económicos justificativos.

Tercero.- La Comunidad Autónoma solo tiene competencia para examinar la Tarifa propuesta, desde las directrices de la política de precios, examinando la estructura de costes de prestación del servicio, desglosados en sus distintos componentes, así como las alzas de precios de los mismos, es pues un puro control de precios, y, por tanto, la Comunidad no puede imponer un modelo tarifario distinto al propuesto, ni puede enjuiciar la tarifa como elemento de la gestión del servicio público, ni puede tampoco, obviamente, acordar revisiones de la Tarifa superiores a las propuestas por la Mancomunidad Intermunicipal.

Cuarto. - Por último, la resolución denegatoria o modificativa de la propuesta de revisión de las Tarifas debe estar suficientemente motivada y basada en razones y criterios de política de precios (SS. de 22 de enero de 1986, 13 de julio de 1987 [RJ 1987, 3644] y 14 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8466], entre otras)... "

SEGUNDO La parte recurrente articula su recurso con base en cuatro motivos, los tres primeros al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional y el cuarto, con invocación de la letra d) del referido precepto: 1º) Por infracción de los dispuesto en el artículo 67.1 de la Ley en su vertiente de necesidad de decidir todas las cuestiones controvertidas del proceso, lo que no se ha hecho en relación a separar la competencia del Ayuntamiento y la de la Comisión de Precios, en relación con la aprobación del precio contenido en la tarifa, así como a si el primero puede fijar un precio público de titularidad privada; 2º) por infracción del artículo 88 de la Ley de esta Jurisdicción, en relación con el 209, 3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no exponer las razones y fundamentos legales del fallo, señalándose que en la sentencia se recogen una serie de

disposiciones, sin hacer referencia al precepto que, a juicio de la Sala, debía haberse aplicado en concreto, a lo que se añade que no se discute la competencia de la Comunidad Autónoma, ya que, "muy al contrario, en el presente caso se trata de analizar la legalidad de un acuerdo de la Administración Local que aprueba una Ordenanza reguladora de unas tarifas de agua potable, como consecuencia de su adaptación a la normativa adecuada que le obliga un cambio legislativo"; 3º) por violación del artículo 24 de la Constitución, por haberse dictado el fallo sin atender a las alegaciones de las partes; y 4º) por infracción de los dispuesto en el artículo 60.4 de la Ley de esta Jurisdicción, en relación con el 209, 2ª de la Ley Rituaria Civil, en su vertiente de necesidad de consignar en los antecedentes de hecho, las pretensiones de las partes, los hechos en que se funden, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso, a cuyos efectos se defiende que el acuerdo municipal impugnado configura la tarifa de abastecimiento de agua como precio privado y se afirma que la sentencia confunde "la competencia municipal para establecer la naturaleza jurídica de la tarifa como precio de servicio público de titularidad privada intervenido-autorizado administrativamente, con la competencia para autorizar el importe de la tarifa que está atribuida a la Comisión de Precios", añadiendo la existencia de error en la prueba, al no constar en autos la modificación alguna de las tarifas que ya estaban autorizadas por la Comisión de Precios.

TERCERO Ahora bien, antes de dar respuesta al recurso de casación, y tal como esta Sala ha hecho en ocasiones anteriores, conviene hacer algunas reflexiones acerca de los avatares de las tasas y precios públicos desde la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, hasta el presente.

Como es sabido, la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, introdujo una nueva figura de prestación patrimonial pública y de carácter no tributario, denominada «precio público», de perfiles no tan rígidos como las tasas.

Tras la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, declaró la inconstitucionalidad de los párrafos a) y b) del artículo 24.1 de la misma, así como de ciertas expresiones contenidas en el párrafo c) de dicho artículo, con los efectos que se indican en el Fundamento Décimo de la propia sentencia. Y como consecuencia de la misma, se hizo necesaria la publicación de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen de tasas estatales y locales y reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, a través de la cual, se produjo la reorganización del ordenamiento jurídico en esta materia y, por lo que respecta a la Ley 39/1998, de Haciendas Locales, dio una solución a lo que dentro de dicho ámbito, planteaba la misma problemática, dando nueva redacción (artículo 66) a los artículos 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 41, 44, 45, 46, 47, 58, 117, 122 y 129, así como a la Disposición Adicional Sexta, de aquella.

Como se ha apuntado, la reforma de la legislación tuvo por objetivo acoger la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de que, con independencia del nombre o categoría atribuida por el legislador, algunos de los precios públicos establecidos hasta entonces, eran prestaciones patrimoniales de carácter público, sometidas a la reserva de Ley, concretamente las relativas a la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, así como los exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, los prestados en monopolio de hecho o de Derecho o los indispensables para la vida personal o social de los particulares.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, para que surja el precio público, han de concurrir las notas de recepción o solicitud voluntaria del servicio y de ser prestado efectivamente por el sector privado (en la práctica, estos servicios públicos son hijos de una Administración cada vez más plural, que los presta en régimen de competencia y sin que sean esenciales, tal como ocurre con instalaciones deportivas, transportes, publicaciones, servicios feriales etc.). En cambio, basta que concurra la nota de coactividad o la de ser gestionado el servicio en régimen de monopolio -de hecho o de derecho-, para que la prestación del servicio público se constituya en hecho imponible de la tasa.

De aquí que el presupuesto de los precios públicos venga delimitado de forma negativa en el artículo 41 de la Ley 39/1988 -versión de la Ley 25/1998, de 13 de julio-, en cuanto dispone que no podrán imponerse los mismos respecto de los servicios y actividades enumerados en el artículo 20 de la Ley y este último, refiriéndose a las tasas, señala que tendrán este carácter las que establezcan las entidades locales por: «B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:

Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.

Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector

público conforme a la normativa vigente».

Así las cosas, el artículo 25.2.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, atribuye competencias al municipio en materia de «suministro de agua...» debiéndose prestar de manera indefectible en todos ellos -artículo 26.1.a)-, tratándose, en todo caso de un servicio esencial reservado a las Entidades locales -«ex» artículo 86.3-.

Pocas dudas puede ofrecer que el abastecimiento domiciliario de agua es el presupuesto de una tasa, pero si existiera alguna, queda disipada con su inclusión en la letra t) del artículo 20.4 de la Ley 39/1988, en redacción también dada por el artículo 66 de la Ley 25/1998, de 13 de julio.

Ahora bien, ante la trascendencia del cambio legislativo operado a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional, la Ley 25/1998, de 13 de julio, preceptuó en su Disposición Transitoria Segunda, que las Entidades Locales regularizarían antes del 1 de enero de 1999 (1 de abril, según la Disposición Transitoria 11 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre) los precios públicos creados al amparo de la legislación anterior, estableciendo de nuevo las tasas correspondientes de acuerdo con la Ley 25/1998, y «entre tanto, y hasta la fecha indicada, las entidades locales podrán continuar exigiendo tasas y precios públicos con arreglo a la normativa anterior».

Por ello, esta Sección pudo declarar en la Sentencia de 12 de diciembre de 2001 SIC (RJ 2002, 1139), que «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, ha dejado claro, que a partir del 1 de enero de 1999, el servicio de suministro y saneamiento del agua, prestado por los Entes Locales, es un hecho imponible de las tasas correspondientes, pero ha yugulado toda discusión retrospectiva sobre esta materia, por virtud de lo ordenado en la Disposición Transitoria Segunda, de manera que hasta el 31 de diciembre de 1998, la contraprestación por estos servicios podía ser un Precio Público, y si así se estableció, fue válido hasta dicha fecha».

Dicho lo anterior, hay que señalar también que esta Sala viene distinguiendo tradicionalmente entre la prestación del servicio en régimen de Derecho Público, supuesto que da lugar a la percepción de una tasa y prestación en régimen de concesión, que da lugar a un ingreso de Derecho privado para la entidad concesionaria.

En este sentido, la Sentencia de 21 de abril de 1999 (RJ 1999, 3586), se enfrentó al problema de la distinción entre la Tarifa y la tasa con ocasión del problema surgido entre el Ayuntamiento de Valencia y la sociedad concesionaria para el abastecimiento del agua, como consecuencia de haberse acordado un incremento del precio del m3 del agua, aprobado por el Pleno municipal, al exclusivo objeto de financiar unas obras de ampliación y mejora de las instalaciones. Ante la postura del Ayuntamiento de pretender cobrar intereses de demora del artículo 58 de la Ley General Tributaria, por retraso en el abono de las liquidaciones correspondientes por parte de la concesionaria, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, negó dicha posibilidad, por entender que la deuda reclamada no tenía naturaleza tributaria, por lo que el tipo de interés debía ser el legal, sin el incremento del 25 por 100 propio de aquel tipo de deuda. Y la Sentencia de esta Sala, antes referida, de 21 de abril de 1999, desestimó el recurso del Ayuntamiento, con base en lo que aquí interesa, en las siguientes razones:

«Primera. La tarifa general o sea sin la especial del 1,50 ptas., por metro cúbico de agua, exigida por la Sociedad "Aguas de Valencia, SA" es sin duda alguna un precio privado, que a efectos económico-financieros es el componente fundamental de los ingresos por suministros de agua potable realizados por dicha Compañía, que una vez restados los gastos determina el beneficio de dicha empresa. Si fuera una tasa, es decir, un tributo de naturaleza pública su importe una vez percibido por la Sociedad "Aguas de Valencia, SA", como sujeto sustituto, sería pagado por ésta al Ayuntamiento de Valencia, cosa que no ocurre en el caso de autos. La Tarifa general es según doctrina jurisprudencial consolidada un precio privado aunque por virtud de la potestad tarifaria que corresponde al ente concedente (arts. 115, 116 y 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RCL 1956, 85), le corresponda a éste su aprobación.

Segunda. Es necesario distinguir como hizo la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1986 (RJ 1986, 4753) dos relaciones jurídicas distintas. La primera es la existente entre los usuarios y la concesionaria del servicio público de suministro de agua potable, que es de índole mercantil, pues el usuario se limita a pagar un precio privado por el suministro que recibe. El usuario, ciertamente, queda obligado a pagar el precio establecido desde que se publica en el Boletín Oficial de la Provincia, precio que estaba integrado por la Tarifa general y por la Tarifa especial. La segunda relación es la existente entre la sociedad concesionaria "Aguas de Valencia, SA" y el Ayuntamiento de Valencia, ente concedente. Esta relación forma parte del conjunto obligacional de la concesión, debiéndose destacar que la cláusula 12ª del contrato concesional de 7 de julio de 190 4 estableció tres vías distintas para la financiación de la ampliación y mejora de las instalaciones, que eran: a) Acudir al crédito. b) Llevarla a cabo el Ayuntamiento, en cuyo caso las mejoras introducidas serían de propiedad municipal; y c) Hacerse cargo la concesionaria,

en cuyo caso serían de su propiedad, y al término de la concesión el Ayuntamiento tendría que indemnizarla. Ambas partes optaron por la financiación por el Ayuntamiento, el cual arbitró a tal efecto, un aumento del precio, es decir, de las "tarifas", obligándose la concesionaria a cobrar la tarifa especial, no como sujeto sustituto "ex lege", sino como gestor "ex contractu" y a entregar al Ayuntamiento la recaudación obtenida. Nos hallamos, pues, ante una tarifa especial que es un precio privado, percibido por la concesionaria de los usuarios, que revierte al Ayuntamiento por virtud del título concesional

Tercera.-(...)

El Ayuntamiento en Pleno aprobó en su sesión extraordinaria del día 17 de diciembre de 1981, establecer a partir del 1 de enero de 1982, junto con la Tarifa General, la Tarifa especial 1,50 ptas. por metro cúbico de agua, con destino a la financiación de las obras de primer establecimiento y amortización de las obras financiadas con fondos municipales cuyo importe será ingresado por la Sociedad de Aguas Potables y Mejoras de Valencia, SA mensualmente, poniendo a disposición del Ayuntamiento la liquidación resultante del mes anterior en la cuenta especial a abrir por la Intervención (...)».

Es claro que el Ayuntamiento de Valencia no consideró en absoluto que dicha Tarifa especial fuera una tasa y por ello siguió el procedimiento propio de la aprobación de las tarifas de los concesionarios de servicios públicos.

Por el contrario, si admitiéramos que se trata de una Tasa como pretende el Ayuntamiento de Valencia, con el fin de lograr un tipo porcentual de interés de demora mayor, como es el propio del artículo 58 de la Ley General Tributaria (RCL 1963, 2490), habríamos de concluir que la Tarifa especial habría incurrido en nulidad absoluta, por desconocer el procedimiento propio del establecimiento de los tributos locales, conclusión negada por la Sala Quinta de este Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 23 de junio de 1986 que reconoció la validez de dicha Tarifa especial.

«Cuarta(...)

Es indudable que el Ayuntamiento de Valencia consideró en aquel entonces la Tarifa especial como un componente del precio del agua, y por ello solicitó la correspondiente autorización al Gobernador Civil competente para decidir sobre los aumentos de precios "autorizados", descartando, por tanto, que se tratara de tasas, pues éstas por tener naturaleza tributaria estaban al margen de la competencia de los Gobernadores Civiles sobre política de precios.

El Ayuntamiento de Valencia no puede ahora, porque le resulte mas favorable (tipos de interés mas elevados), pretender que la Tarifa especial es una tasa, para así poder justificar la aplicación de los tipos de interés regulados en el art. 58 de la Ley General Tributaria, según la redacción dada por la Ley 10/1985, de 26 de abril (RCL 1985, 968 y 1313).

Sexta.- Es cierto que el artículo 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, dispone que en los servicios prestados indirectamente por la Corporación mediante concesión otorgada a empresas particulares, las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasas y serán exaccionables por la vía de apremio, añadiendo que, sin embargo, si el servicio se prestare con arreglo a las formas de Derecho privado, las tarifas tendrían entonces el carácter de precio o merced, pero no obstante exceptuaba de este carácter a las Tarifas cualquiera que fuese la forma de prestación cuando se tratase de servicios monopolizados y los que fuesen de recepción obligatoria para los administrados, que tendrían la naturaleza de tasas.

El Ayuntamiento de Valencia arguye que el servicio de suministro de agua potable es de recepción obligatoria y por ello las Tarifas correspondientes no son precios, sino tasas.

Este argumento debe ser rechazado, porque el artículo 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que no es de naturaleza tributaria, no puede prevalecer sobre las disposiciones de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, ni sobre las normas específicas del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre (RCL 1977, 224), concretamente su artículo 14 que dispone: "Los productos de las tasas no tendrán para las Entidades municipales la consideración de rentas ni de precios, salvo que los servicios fueran prestados con arreglo a formas de Derecho privado y, en especial, por sociedad privada municipal, arrendamiento o concierto", y es claro que el suministro de agua potable en Valencia se presta por una sociedad anónima, conforme a normas de Derecho mercantil, sobre todo en la relación de la empresa suministradora con sus usuarios, luego se trata desde esta perspectiva de precio privado.

Séptima.- La mención que la recurrente hace al artículo 19, apartado 21, del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, que dispone que se entenderán como servicios de competencia municipal que benefician especialmente a personas determinadas o, aunque no les beneficien les afectan de modo particular (art. 6º.b), los servicios y actividades siguientes (...) "21. Suministro municipal de agua, gas y electricidad".

Este precepto justifica la exigencia de tasas por prestación de dichos servicios, pero claramente se refiere al supuesto en que las Corporaciones Locales prestan ellas mismas el servicio, y, por tanto, pueden exigir las

tasas correspondientes, pero éste no es el caso de autos en que el servicio de suministro de agua potable lo presta una sociedad mercantil, en forma de Derecho privado. (...)»

Posteriormente, las Sentencias de 2 de julio de 1999 (RJ 1999, 7094) y 20 de octubre de 2005 (RJ 2006, 53), señalaron que es preciso «distinguir según que la Tarifa de suministro de agua potable corresponda a la prestación del servicio por un concesionario, o se preste directamente por el Ayuntamiento. En el primer caso, nos hallamos ante un precio privado, pues ésta es la relación entre el concesionario y los consumidores, y en este supuesto la potestad tarifaria le corresponde al Ayuntamiento, ente concedente, según lo dispuesto en los arts. 148 a 155 del Reglamento de Servicios Locales de 24 de junio de 1955, de modo que para la modificación de las Tarifas se instruye un expediente, que se inicia con la propuesta del concesionario, y después de los informes precisos, el Ayuntamiento elabora la correspondiente propuesta que eleva al órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma... para su autorización» mientras que «En el segundo caso, al prestar el propio Ayuntamiento directamente el servicio de suministro de agua potable, las Tarifas tienen naturaleza jurídico-tributaria de tasas, y por tanto, su modificación debe seguir la tramitación propia de las Ordenanzas Fiscales...»

Finalmente, para completar la última consideración realizada en la sentencia trascrita, conviene dejar indicado que a partir de la publicación de la Ley 58/2003, General Tributaria, y según su artículo 2.a) párrafo segundo, «se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público». Y este precepto será de aplicación a todas las Administraciones Públicas, según lo dispuesto en el artículo 1 de la propia Ley.

Expuesto lo anterior, parece oportuno señalar que la controversia que ha dado lugar al presente recurso tiene su origen, dentro del contexto que hemos expuesto, en la aprobación por el **Ayuntamiento de Benidorm**, en sesión celebrada en 23 de diciembre de 1998, de la "**Ordenanza reguladora del precio de servicio público, de titularidad privada e intervenido-autorizado administrativamente, por prestación del servicio de suministro de agua potable**".

CUARTO La Sala procede a estudiar conjuntamente los motivos alegados y anticipa su criterio, en el sentido de estimar el recurso de casación.

Para ello, partimos de señalar primeramente, que en el escrito de demanda, la parte hoy recurrida, exponía que "el primer motivo que debemos plantear es si el Ayuntamiento de Benidorm puede fijar precio público de titularidad privada e intervenido-autorizado administrativamente por prestación de servicios", añadiendo posteriormente en apoyo de la pretensión, que "la competencia para la fijación de precios intervenidos corresponde a la Comunidad Valenciana, en virtud del RD 24-7-1982, en relación al Real Decreto 2695/1977, de 28 de octubre, sobre normativa en materia de precios, por lo que nos encontramos ante una normativa nula al fijar unos precios intervenidos-autorizados administrativamente, ya que el Ayuntamiento de Benidorm es incompetente para dicha fijación de precios".

Entendiendo la actora que lo que debía haber regulado el Ayuntamiento era una tasa, argumentaba también que faltaba la "memoria económico-financiera".

Por su parte, la representación procesal del Ayuntamiento de Benidorm hizo constar en los Antecedentes del escrito de demanda, que tuvo que adaptar las Ordenanzas Fiscales a la Sentencia del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucionales determinados artículos de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 25/1998, a que antes nos hemos referido y que por ello, en sesión de de 30 de octubre de 1998, se aprobó la Ordenanza por suministro de agua potable, si bien posteriormente, a consecuencia de reclamaciones de las mercantiles "ACUAGEST, PROMOCIÓN TÉCNICA Y FINANCIERA DE ABASTECIMIENTOS DE AGUA, SA" y "ACUAGEST LEVANTE, SA", y en función de que el servicio de abastecimiento de agua se presta en régimen de concesión administrativa otorgada a "ACUAGEST, SA", a la par que se estimaron aquellas, se aprobó definitivamente la Ordenanza numero 19, como "Reguladora del Precio de Servicio Público de titularidad Privada intervenido/autorizado administrativamente, por prestación de suministro de agua potable".

Pues bien, la Sentencia recurrida no tiene en cuenta la circunstancia expresada en el escrito de demanda, pero sobre todo omite que según el expediente administrativo, las Ordenanzas aprobadas por el Ayuntamiento de Benidorm, suponían una mera adaptación de las prestaciones patrimoniales de carácter público a la Ley 25/1998, de 13 de julio, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la misma, a que antes nos hemos referido y, en el caso especifico sobre el que hemos de pronunciarnos, se trataba simplemente de configurar la prestación pública por abastecimiento de agua, como "un precio público de titularidad privada intervenido/autorizado administrativamente, por prestación de suministro de agua potable".

La circunstancia anterior, carecería de trascendencia si el expediente de aprobación comportara modificación de precios. Pero es que ocurre cabalmente, y esto también se omite en la sentencia, que en el

expediente consta el informe conjunto del Secretario y del Interventor, emitido a la vista del "expediente instruido a moción-memoria del Concejal Delegado de Hacienda, relativa al acuerdo de imposición y ordenación de determinadas tasas, que actualmente son precios públicos" y en él se hace constar que "todos estos precios públicos se pretenden transformar en tasas, sin modificar la cuantía de las tarifas", considerando el referido informe que el acuerdo propuesto, como los textos de las Ordenanzas "se adecuan a la legislación aplicable".

Es así como se produjo la aprobación provisional de las Ordenanzas, por Acuerdo de 30 de octubre de 1998, si bien, en el caso del abastecimiento de aguas, y como consecuencia de la reclamación formulada por la entidad concesionaria, durante el período de información pública, la aprobación definitiva de la Ordenanza tuvo lugar como "Reguladora del Precio de Servicio Público de titularidad Privada intervenido/autorizado administrativamente, por prestación de suministro de agua potable".

La parte recurrente afirma que la sentencia confunde la competencia municipal para establecer la naturaleza jurídica de la tarifa como precio de servicio público de titularidad privada, intervenido-autorizado administrativamente, con la competencia par autorizar el importe de la tarifa que está atribuida a la Comisión de Precios.

No existe esa confusión. Lo que ocurre es que la sentencia, no hizo constar la circunstancia alegada por el Ayuntamiento de que el Acuerdo municipal suponía la adaptación de las Ordenanzas Fiscales a la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucionales determinados artículos de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Segunda de la misma; pero además omitió el hecho antes puesto de relieve, de que ello se hacía sin modificación de tarifas, lo cual condujo a aplicar de forma indebida la normativa que atribuye competencia a la Comisión de Precios, cuando resultaba suficiente la aprobación municipal de la modificación exigida por disposición de la ley.

Por ello, procede la estimación del recurso de casación.

QUINTO No ha lugar a la imposición de costas y en cuanto a las de instancia, cada parte abonará las suyas.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

FALLAMOS:

1º Que debemos estimar y estimamos, el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Juan-Luis Pérez Mulet, en nombre del AYUNTAMIENTO DE BENIDORM, contra Sentencia de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, de fecha 27 de marzo de 2002, dictada en el recurso Contencioso-Administrativo 1131/99 (RJCA 2002, 568), sentencia que se casa y anula. Sin costas.

2º Que debemos desestimar y desestimamos el recurso Contencioso-Administrativo número 1131/99, seguido por la representación procesal de LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL COMPLEJO URBANISTICO " DIRECCION000 " contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Benidorm, por el que se aprueba definitivamente la Ordenanza Fiscal núm. 19, "reguladora del precio de servicio público de titularidad privada e intervenido-autorizado administrativamente por prestación del servicio de suministro de agua potable", publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante el 31 de diciembre de 1998. Sin costas

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

10. STS (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2) DE 12 FEBRERO 2009 (RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 3349/2006.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó

En la Villa de Madrid, a doce de febrero de dos mil nueve

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación num. 3349/2006, interpuesto por D.Julián, Dª.Silvia, D.Alexander, D.Octavio, Dª.Victoria, Dª.Milagros, D.Benjamín, Dª.María, D.Jose Enriquey D.Eugenio; por la Sociedad Pública foral INTERBIAZ, BIZKAIKO HEGOALDEKO AKZASIBILITATEA S.A.; por la DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA y por las JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA, representados en cada caso por Procurador y dirigidos por Letrado, contra la sentencia num. 149/2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 28 de febrero de 2006, en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el num. 758/2003 sobre nulidad de la Norma Foral 11/2002, de las Juntas

Generales de Bizkaia, que crea y regula el canon de utilización de infraestructuras viarias.

Han comparecido, como parte recurrida, las personas y entidades citadas como recurrentes, representadas por Procurador y bajo la dirección de Letrado, frente a los recursos interpuestos por los demás.

La sentencia tiene su origen en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Las Juntas Generales de Vizcaya aprobaron la Norma Foral 11/2002 , de 12 de diciembre, publicada en el B.O.B. de 10 de enero de 2003 por la que se crea y regula el canon de utilización de infraestructuras viarias y se regulan determinados aspectos del régimen tributario de la Sociedad Pública Foral Bizkaiko Hegoaldeko Akzesibilitatea S.A.

SEGUNDO Contra la citada Norma Foral 11/2002 D.Juliány otros interpusieron, con fecha 10 de marzo de 2003, recurso contencioso ante la Sala de la Jurisdicción, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que el día 28 de febrero de 2006 dictó sentencia cuyo fallo era del siguiente tenor literal: "Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por D.Julián, DªSilvia, D.Alexander, D.Octavio, DªVictoria, DªMilagros, D.Benjamín, Dª.María, D.Jose Enriquey D.Eugeniocontra la Norma Foral 11/02, de 12 de diciembre, de las Juntas Generales de Bizkaia, declarando la nulidad de dicha norma foral, con todas las consecuencias que de dicha declaración se deriven en cuanto a la nulidad de la normativa de desarrollo. No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales".

TERCERO Contra la citada sentencia prepararon ante el Tribunal "a quo" recurso de casación D. Jacobo de Gandarillas Martos en nombre y representación de D.Juliány nueve personas más; D.Jaime, como apoderado de la Sociedad Pública Foral INTERBIAK, BIZKAIKO HEGO ALDEKO AKZESIBILITATEA S.A.; D. Julián del Olmo Pastor en nombre y representación de la DIPUTACION FORAL DE BIZKAIA y de las JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA.

Los recursos de casación interpuestos fueron admitidos por providencia de la Sección Primera de esta Sala de 14 de marzo de 2007.

Formalizados por las representaciones procesales de las partes recurridas --D.Juliány otros; INTERBIAK, BIZKAIKO HEGO ALDEKO AKZESIBILITATEA S.A.; DIPUTACION FORAL DE BIZKAIA y JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA-- sus oportunos escritos de oposición al recurso de los demás recurrentes, se señaló, por su turno, para votación y fallo, laaudiencia el día 11 de febrero de 2009, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO 1. La sentencia recurrida, después de exponer los argumentos en que las partes fundamentan sus tesis como recurrentes y como demandados, rechazó la causa de inadmisibilidad relativa a la extemporaneidad en la interposición del recurso que habían alegado los demandados. La sentencia entiende que "el recurrente interpuso el recurso contencioso administrativo el día 10 de Marzo de 2003, es decir, dentro del plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la publicación de la norma impugnada, con respeto pues de lo establecido en elArt. 46-1 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa".

2.Planteada la falta de legitimación activa de los recurrentes, la sentencia declara que los apoderados del Grupo Juntero Popular no pueden, ni como componentes o miembros del mismo, ni actuando en nombre del propio Grupo, impugnar la Norma Foral 11/02 como discrepantes políticos de una decisión mayoritaria, al no existir norma foral que haya previsto tal posibilidad, pero, sin embargo, los junteros sí estarían legitimados para impugnar en su propio nombre y derecho ya que lo importante en tales casos es determinar si los recurrentes han singularizado o no un derecho que les afecte para poder recurrir, pues cierto es que no pueden impugnar basándose simplemente en el mero interés de la legalidad; y en el presente caso han acreditado su interés singular como ciudadanos residentes en el País Vasco y como posibles usuarios de la red de infraestructuras y, en concreto, de la Autopista A-8, ya como conductores pues algunos de ellos han presentado carnet de conducir o bien como usuarios del transporte público, resultando afectados claramente por la norma en cuanto crea un canon de utilización de infraestructuras viarias.

3. Para poder adentrarse en el fondo del asunto, la sentencia parte de los siguientes hechos:

Con fecha de 27 de diciembre de 2002 se celebró un contrato entre la Diputación Foral y Interbiak por el que dicha sociedad asume la responsabilidad de la construcción, planificación, explotación, mantenimiento, y financiación de las autopistas y autovías del plan de accesibilidad de Bizkaia 2003 y entre las autopistas se incluye la Autopista A-8 que discurre por el Territorio Histórico de Bizkaia y se le faculta para cobrar peajes.

Hay que precisar que esta Sociedad Anónima tiene un capital que es 100% de la Diputación Foral.

La Norma Foral impugnada en este procedimiento crea y regula el canon de utilización de infraestructuras viarias y regula determinados aspectos del régimen tributario de la sociedad pública foral antes indicada.

Una vez aprobado el llamado "Plan Especial de Accesibilidad Bizkaia 2003 como proyecto único formado por actuaciones en las infraestructuras viarias, complementarias entre sí, entre las que destaca la gestión y explotación del tramo vizcaíno de la A-8 y la creación de una nueva infraestructura viaria, la variante sur metropolitana, así como otras actuaciones para garantizar la funcionalidad de la red viaria, como forma de gestión de dicho "Plan Especial de Accesibilidad Bizkaia 2003" se atribuye a la Sociedad Interbiak, la posibilidad de que se financie con los ingresos que genere y con aportaciones de la Diputación, facultándola para el cobro del canon por utilización de infraestructuras viarias, estableciéndose el derecho al cobro del canon por dicha sociedad mercantil como una contraprestación a la misma por la ejecución del servicio encomendando consistente en la Implantación de dicho Plan.

Hasta aquí no se plantea problema jurídico alguno, pues tanto esta forma de gestión como la posibilidad de fijar tarifas está prevista y regulada tanto en la normas de ámbito nacional, como en la Norma Foral 2/93 de Carreteras de Bizkaia, siendo así que mediante Decreto la Diputación Foral podrá establecerse el pago del peaje, así como las tarifas correspondientes, aunque en este caso, y no siendo exigencia legal, se optó por aprobar una Norma Foral para el establecimiento del Canon.

El problema se plantea por el hecho de que el canon de uso se establece en el tramo Vizcaíno de la Autopista A-8, fijándose su cuantía a través del Decreto Foral correspondiente, y es esta cuestión la que provoca el conflicto objeto de este procedimiento, ya que los recurrentes consideran que con ello se ha creado una figura mixta entre las tasas y la imposición indirecta.

4. Centrado, pues, el conflicto, la resolución del mismo exige la determinación de la naturaleza de los peajes o canon de utilización de infraestructuras viarias. Pues bien, dice la sentencia recurrida que las prestaciones que los usuarios abonan al concesionario de un servicio, no son tasas ni prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del art. 31.3de la Constitución sino contraprestaciones al servicio prestado por el concesionario que este hace suyas por título de derecho privado, sin perjuicio de la intervención que la Administración concedente puede tener en su fijación en ejercicio de la potestad tarifaria que le corresponde, distinta de la potestad tributaria; y así la STS de 29 de enero de 1998, ratificada en la de 4 de marzo siguiente, afirma que " la tarifa (o precio o contraprestación), como se indica en la doctrina más generalizada, se ordena y analiza abstractamente en la normativa de gestión de los servicios públicos, se establece y fija al formalizar un contrato (de gestión de servicios), no puede exigirse generalmente por vía de apremio y es susceptible de discutirse, incluso, ante la Jurisdicción Civil. Y, por otro lado, la tasa propiamente dicha, el precio público o, después de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1985, la prestación patrimonial de carácter público del art. 31.3de la Constitución se regulan abstractamente en la normativa propia de los ingresos de derecho público, se imponen, ordenan y especifican de acuerdo con dicho régimen jurídico, pueden exigirse por vía de apremio y se impugnan a tenor de lo expuesto en las reglas tributarias. Puede concluirse, pues ya, que la tarifa es el producto del ejercicio de la potestad tarifaria de la Administración (y no de la potestad tributaria) y es, por ello, diferenciable de la tasa y del precio público, pues estas dos últimas contraprestaciones constituyen más bien ingresos de derecho público que, como tales, conforman la Hacienda Pública (en este caso, Local), y las tarifas son el precio fijado por la Administración para remunerar a quien, en régimen de derecho privado, presta el servicio. En los supuestos del concesionario la tarifa adopta una conformación contractual, en cuanto a pesar de ser fijada unilateralmente por la Administración su importe se vincula al objeto del servicio y puede verse afectada en su cuantificación por la alteración del equilibrio financiero del contrato o negocio por el que se confiere la actividad prestacional", de donde resulta evidente que a la luz de esta jurisprudencia recogida también en las sentencias de 12 de febrero y 7 de marzo de 1998, los peajes pagados por los usuarios a las sociedades concesionarias de autopistas, de acuerdo con las tarifas fijadas por la Administración concedente, no tienen naturaleza de tasa ni de prestación patrimonial de carácter público en el sentido del artículo 31.3de la Constitución.

De esta manera, el Tribunal Supremo proclama la naturaleza de tarifa, y desvincula los peajes de la denominada potestad tributaria, ahora bien, el Alto Tribunal se está refiriendo a los supuestos de autopistas titularidad de la Administración gestionadas por concesionarios que pueden cobrar un peaje, es decir, a los supuestos del art. 14 de la Ley 8/1972, de 10 mayo, de construcción, conservación y explotación de Autopistas de Peaje.

No obstante, el supuesto de autos difiere ligeramente del antes indicado, pues en el presente caso el canon se establece para la Autopista A-8 y el importe obtenido del peaje no va dirigido única y exclusivamente a sufragar los costes de mantenimiento o mejora de esta Autopista, sino que será un ingreso más para sufragar la realización del "Plan Especial Accesibilidad Bizkaia 2003" que se ha encomendado a Interbiak S.A. Además difiere en que la Sociedad Interbiak no es concesionaria, es decir, nos encontramos ante un supuesto de gestión directa, previsto en el art. 85 de la LRBRL de 1985.

Se plantea, pues, si están excediéndose los límites de la potestad tarifaria para adentrarse en las características propias de la potestad tributaria, y en la naturaleza propia de la tasa, y la respuesta no puede ser sino negativa, pues a pesar de que el supuesto difiere del antes indicado, ello no supone que el canon pierda la naturaleza tarifaria que le es inherente.

El art. 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales en su apartado segundo establece que: "... Si el servicio se prestare con arreglo a las formas de Derecho Privado y, en especial, por Sociedad privada municipal o provincial, arrendamiento o concierto, las tarifas tendrán el carácter de precio o merced, sometido a las prescripciones civiles o mercantiles...". Este precepto, junto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo confirman el carácter tarifario del peaje o del canon de utilización de sus infraestructuras viarias.

En conclusión, nos encontramos ante una sociedad mercantil sujeta al derecho privado que no ejerce ningún tipo de potestad administrativa y que puede cobrar un canon en contraprestación a los servicios prestados a los usuarios por la utilización de infraestructuras viarias por ella gestionadas, teniendo tal canon la naturaleza de precio privado, siendo así que, al tratarse de un régimen de gestión directa, no altera la potestad tarifaria, que no tributaria, con la que en su caso actúa la Administración, ya se trate de la gestión directa (centralizada o descentralizada) o la gestión indirecta.

Sentada esta conclusión y excluida la naturaleza tributaria, no procede hacer especial hincapié en el argumento de la parte actora consistente en que está figura puede situarnos en el campo de la imposición indirecta y el Territorio Histórico de Bizkaia carece de autonomía fiscal en materia de imposición indirecta, con la única excepción relativa al ITPAJD.

No puede compartirse el criterio de que se ha creado una figura tributaria de nuevo cuño que se aparta por completo del modelo y de las figuras del sistema de derecho común e inclusive de la propia CCAA.

Partiendo de que el peaje objeto del recurso no es una prestación patrimonial de carácter público, no le alcanzaría el principio de reserva de ley, ya que se trata de una potestad tarifaria que puede fijarse por decreto, por lo que no puede considerarse vulnerado este principio de reserva de ley por el hecho de que la norma foral atribuye a la Diputación Foral para la fijación de la cuantía concreta del canon partiendo de los parámetros o elementos de referencia en ella establecidos.

5. La segunda cuestión que ahora se trata de resolver está en relación con el hecho admitido de que el canon no se circunscribe a los costos de explotación y conservación de la autopista A-8 sino que además tiene una finalidad financiadora ad extra de la Super Sur y también una finalidad reguladora y distribuidora del tráfico hacia la carretera nacional N-634.

Ello supone que estamos ante una tarifa exigida a los usuarios de la A-8 como contraprestación por el uso de dicha autopista, pero el importe de esas contraprestaciones no se reinvierten única y exclusivamente en dicha autopista A-8 sino que van dirigidas la creación de una nueva infraestructura viaria: la variante sur metropolitana, así como otras actuaciones para garantizar la funcionalidad de la red viaria.

Se quiebra pues, el principio inherente a la tarifa, que es la afectación al propio servicio, salvo que una ley así lo prevea, pues de lo contrario nos encontramos ante una tarifa que se extralimita y como tal es contraria a derecho.

Esta exigencia de afectación esta prevista y regulada en elart. 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril 1986, de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

Se llega así a la conclusión de que una tarifa como la fijada, tendente a financiar otras obras y servicios, es contraria a derecho.

SEGUNDO 1. El recurso de casación interpuesto por D. Julián y otros nueve se apoya en los siguientes motivos:

1º) El primer motivo de casación se funda y ampara en lo dispuesto en el art. 88.1.d de la Ley Jurisdiccional. Las normas y preceptos que se consideran infringidos son el art. 24de la Constitución, en su faceta de derecho de acceso a la Jurisdicción, y los arts. 20.a de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 63.1.b de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Entiende esta parte recurrente que la Sala de instancia ha aplicado indebidamente dicha prohibición al haber desconocido lo dispuesto en el art. 63.1.b de la Ley 7/1985, que expresamente reconoce, junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, legitimación para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del Ordenamiento jurídico a los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.

Esta parte recurrente sostiene que este precepto es aplicable a los Junteros, miembros electos de la Juntas Generales de Vizcaya, en virtud de lo dispuesto en los arts. 39 yDisposición Adicional Segunda de la propia

Ley 7/1985.

2º) El segundo motivo de casación se funda y ampara en lo dispuesto en el art. 88.1.d de la Ley Jurisdiccional. Las normas que se consideran infringidas son los arts. 31.3 y 133.1de la Constitución Española, en cuanto a las exigencias que derivan del principio de legalidad para el establecimiento de una prestación patrimonial de carácter público, en su caso de naturaleza tributaria, en particular la referida a la determinación del "quantum" de la prestación.

El fundamento principal de la impugnación del canon de uso creado por la Norma Foral 11/2002 no es otro que su naturaleza de prestación patrimonial de carácter público y, consecuentemente, ex arts. 31.3 y 133(cuando tenga naturaleza tributaria) de la Constitución, su sujeción al principio de legalidad, impeditivo de que uno de los aspectos esenciales de la prestación, su importe, pueda quedar a la libre decisión de la Administración, en esta caso la Diputación Foral de Vizcaya, en base a meras razones de oportunidad política, en el marco de una incontrolable discrecionalidad por tanto, al no establecer la norma de creación criterios suficientes para la determinación de un límite máximo a dicha dimensión cuantitativa de la prestación patrimonial de carácter público.

3º) El tercer motivo de casación se funda también en lo dispuesto en el art. 88.1.d de la Ley Jurisdiccional. Las normas y preceptos que se consideran infringidos son el art. 133.1 y 2 de la Constitución y su Disposición Adicional Primera en cuanto al ámbito de autonomía fiscal reconocido al Territorio Histórico de Vizcaya por el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, y el Concierto Económico aprobado por Ley 12/2002, de 23 de mayo, en particular, infracción del art. 35de dicho Concierto Económico.

2. Los motivos en que apoya el recurso de casación interpuesto por las JUNTAS GENERALES DE VIZCAYA son los siguientes:

1º) Al amparo de lo previsto en el art. 88.1.c) de la LJCA, por infracción del principio de congruencia regulado en los arts. 33.1 y 2, 65.2 y 67.1de la LJCA y jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos.

La recurrente entiende que la sentencia incurre en quebrantamiento del principio de incongruencia en su modalidad de incongruencia "ultra petita", porque la sentencia da más de lo pedido por la parte recurrente. En efecto, en el Suplico de su demanda los recurrentes pidieron a la Sala de instancia "que declare la nulidad de pleno derecho del Capítulo I (arts. 1º al 8º) de la Norma Foral 11/2002, de 12 de diciembre, de las Junta Generales de Bizkaia. Nada se dice sobre hipotéticas causas de nulidad del contenido del capítulo II, cuyo único artículo hace referencia al régimen tributario específico de la Sociedad pública foral a la que se encomienda en su conjunto la gestión del proyecto viario de que se trata.

El Fallo de la sentencia que recurrimos estima el recurso contencioso-administrativo "declarando la nulidad de dicha Norma Foral, con todas las consecuencia que de dicha declaración se deriven en cuanto a la nulidad de la normativa de desarrollo".

2º) Al amparo de lo previsto en el art. 88.1.d) de la LJCA, por infracción de lo dispuesto en el art. 69.b) en relación con el art. 19.1.a) de dicha ley y jurisprudencia relativa a ellos.

La legitimación activa de los recurrentes fue cuestionada en el proceso de instancia. El debate en este punto versó sobre si la legitimación activa legalmente exigible para el ejercicio de la acción concurría en los demandantes derivada de su calidad de miembros de las Juntas Generales, que habían votado en contra de la adopción de la Norma Foral recurrida o, lo que es lo mismo en el fondo, como integrantes de uno de los grupos constituidos en dicha Cámara.

La Sala de instancia acepta la legitimación activa de los recurrentes sobre la base de que en periodo de prueba han acreditado su interés singular como ciudadanos residentes en el País Vasco y como posibles usuarios de la red de infraestructuras y en concreto de la A-8.

Las Juntas Generales de Vizcaya no comparten ese criterio de la Sala de instancia. El hecho de que algunos de los recurrentes hayan acreditado en periodo de prueba tener carnet de conducir y/o el que, incluso todos ellos, sean usuarios potenciales del transporte público, no les atribuye una relación material unívoca con el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación (la de la Norma Foral) produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto"(Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2004que resume la jurisprudencia constitucional y del Supremo sobre el requisito del interés legítimo).

3º) Al amparo de lo previsto en el art. 88.1.d) de la LJCA, por infracción de lo dispuesto en el art. 10.34 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco en relación con la Disposición Adicional Primera de la Constitución.

La sentencia recurrida declara la nulidad de la norma Foral 11/2002en su conjunto en aplicación de determinadas disposiciones del Régimen Local. De ese modo incurre en el vicio de preterición de las

fuentes del Derecho aplicables al caso, por desconocimiento de lo dispuesto en el art. 10.34 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, que actualiza en esta materia de carreteras la garantía institucional establecida en la Disposición Adicional Primera de la Constitución (STC 76/1988).

En efecto, las carreteras sobre las que incide la Norma Foral 11/2002 son carreteras de la titularidad de las Instituciones Forales de Bizkaia, sobre las que dichas instituciones ostentan competencias exclusivas y la materia regulada en esa disposición general se adscribe con toda naturalidad al ámbito del régimen de financiación y explotación de las mismas, que forma parte de aquella materia competencial.

Supuesto que estamos ante carreteras forales, su régimen jurídico es de la competencia exclusiva de las respectivas Instituciones Forales, con sujeción, en su caso, a lo que resulte del ejercicio de los títulos competenciales reservados al Estado por diversos apartados del art. 149.1 de la Constitución Española (en particular los nums. 12, 21 y 24) y la competencia de coordinación de las Instituciones Comunes del País Vasco a través del Plan General de Carreteras de la Comunidad Autónoma. Así lo señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia num. 132/1998, de 18 de junio y lo reconoce también expresamente la Disposición Adicional Tercera de la Ley 25/1988 de carreteras.

Dicha competencia se ha ejercitado por las Instituciones Forales de Bizkaia a través de una pluralidad de disposiciones de carácter general, con previsiones que tanto por razón de su contenido como por su capacidad de innovar válidamente el Ordenamiento Jurídico, ofrecen cobertura jurídica adecuada y suficiente al proyecto referido.

4º) Subsidiariamente, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA dirigido a denunciar la infracción del art. 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).

La recurrente sostiene que se ha infringido el art. 107 TRRL en su aplicación e interpretación, si se tiene en cuenta que lo que establece dicho precepto es únicamente que las tarifas deben ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate, disponiendo las medidas compensatorias pertinentes si la cuantía fuera inferior.

Es decir, se establece una regla para fijar un límite mínimo, pero en modo alguno se establece un límite legal máximo en la fijación de su cuantía.

5º) Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, dirigido a denunciar la interpretación e infracción del art. 149 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

La ausencia de un límite legal máximo en la fijación de la cuantía de la tarifa que se desprende del régimen legal de la tarifa establecido en el art. 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, viene confirmada por el art. 149 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que admite expresamente lo contrario a lo afirmado por la sentencia, es decir, que una tarifa tenga una cuantía que sea superior al coste del servicio y que el exceso se aplique al destino a que hubiere lugar según los casos, casos que no pueden ser, por lógica, relativos al mismo servicio, pues ya está financiado al límite.

La sentencia de instancia, a pesar de invocar la legislación local, olvida, y no aplica este art. 149 del Reglamento de Servicios locales de 1955.

6º) Al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA, dirigido a denunciar la interpretación e infracción de los arts. 226 y 221.2, ambos del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, según la redacción dada en virtud de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

En la Ley 13/2003 se prevé el peaje como fórmula de retribución, estableciéndose que se pueda cobrar el peaje en una infraestructura para construir o conservar otra que esté vinculada o mantenga una relación funcional.

Del art. 226 citado la recurrente extrae la conclusión de que unos tramos de infraestructuras objeto de la concesión pueden estar sujetos a peaje y financiar otros que no lo estén. Y, de este modo, el usuario de la infraestructura sometida a peaje financia con su abono aquel otro tramo o, incluso, aquella otra infraestructura que estuviere funcionalmente vinculada y que se postulara libre de peaje. Es decir, que para la determinación de la tarifa debe tenerse siempre en cuenta el importe total de las obras realizadas, que en nuestro caso es el previsto dentro del Plan Especial de Accesibilidad 2003, independientemente de que sólo esté sujeta a remuneración por el uso una parte de las obras construidas cuya explotación es objeto de la concesión.

Por su parte, en el art. 221, núms. 2 y 3, se establece el contenido del contrato de concesión de obras públicas donde se prevé igualmente la posibilidad de que se ejecuten por el concesionario dentro de una misma concesión obras vinculadas a la principal.La vinculación y relación funcional entre la autopista A-8 y

el resto de las infraestructuras previstas en el PEAB 2003 es indiscutible, en cuanto forman parte de un todo integrado en un Plan y así viene expresamente afirmado en la Norma Foral 4/2003, que lo concibe como un Proyecto único.

7º) Subsidiariamente, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA dirigido a denunciar la infracción del art. 10 del Tratado Comunidad Europea, en conexión con la Directiva 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras.

La sentencia recurrida considera infringido el art. 107 TRRL al entender que "el canon no se circunscribe a los costos de explotación y conservación de la Autopista A-8, sino que además tiene una finalidad financiadora "ad extra" de la Super Sur" "fuera de toda lógica de autofinanciación".

La sentencia obvia que todas las infraestructuras viarias incluidas en el "Plan de Accesibilidad Bizkaia 2003" forman parte del mismo servicio.

La interpretación del servicio al que estaría eventualmente afecta la potestad tarifaria de los Territorios Históricos se halla en consonancia con la más reciente concepción, tanto estatal como europea, sobre la relación entre precios por el uso de infraestructuras y la repercusión a los usuarios de los costes de construcción, mantenimiento y desarrollo de las mismas.

Como expresamente refiere el segundo párrafo del preámbulo de la propia Norma Foral 11/2002, ésta se hace eco de la evolución de las directrices europeas en materia de tarificación de infraestructuras viarias, la cual se ha reflejado tanto en la práctica de los diferentes Estados miembros como en el devenir de la legislación comunitaria, especialmente en el marco de la regulación relativa a las tasas y peajes aplicables por el uso de autopistas en el caso de los vehículos dedicados al transporte de mercancías.

La sentencia recurrida sostiene una interpretación restrictiva de la afectación del peaje a la financiación del servicio pues solo admite que el peaje financie un tramo concreto de autopista.

3. Los motivos en que se fundamenta el recurso de casación promovido por INTERBIAK, BIZKAIKO HEGOALDEKO AKZESIBILITATEA S.A. son los siguientes:

1º) Al amparo de lo dispuesto en el apartado c), del art. 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción por infracción de las normas contenidas en el art. 33.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa en relación con el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A juicio de INTERBIAK la sentencia recurrida incurre en una vulneración de los principios de congruencia, contradicción procesal y motivación.

La parte actora en la instancia fundamentaba la pretensión deducida en su escrito de demanda en que la actuación de las Juntas Generales de Bizkaia al aprobar la Norma Foral núm. 11/2002 se incardina dentro de la potestad tributaria, en tanto que se realiza una aportación contributiva sin contraprestación. La sentencia, en su Fundamento Jurídico Sexto, justifica la estimación del recurso contencioso-administrativo con el argumento de que una tarifa siempre debe quedar afecta al propio servicio, salvo que una Norma con rango de Ley lo previera, y por lo tanto, no puede financiar un Plan de Infraestructuras Viarias, ya que ello supondría una extralimitación. Como es patente, la referida sentencia estima el recurso sobre la base de un argumento que no ha sido utilizado en ningún momento por la parte recurrente en su escrito de demanda, con lo cual incurre en un vicio de incongruencia "extra petitum".

En segundo término, la Norma Foral num. 11/2002 no sólo crea y regula el canon de utilización de infraestructuras viarias, sino que también regula determinados aspectos del régimen tributario de la Sociedad Pública Foral INTERBIAK.

Pues bien, la parte actora, en su escrito de demanda, en ningún momento impugna aspecto alguno de la regulación del régimen tributario de la Sociedad Pública Foral INTERBIAK. Sin embargo, la Sala, en su sentencia núm. 149/2006, estima el recurso y declara la nulidad de la integridad de la meritada norma Foral num. 11/2002, incluida la regulación de los aspectos del régimen tributario de INTERBIAK, la cual no había sido objeto de impugnación. Por lo tanto, se ha vuelto a incurrir en un vicio de incongruencia "extra petitum".

2º) Al amparo de lo dispuesto en el apartado d), del art. 88.1, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción por infracción de las normas contenidas en los arts. 69.b) y 19 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción en relación con el art. 56.3 de dicha Ley núm. 29/19998y con los arts. 265.2 y 272 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La sentencia declara la falta de legitimación activa de los recurrentes en su condición de apoderados del Grupo Juntero Popular en las Juntas Generales de Bizkaia. No obstante, admite su legitimación como "ciudadanos residentes en el País Vasco y como posibles usuarios de la red de infraestructuras y en concreto de la Autopista A-8". Dicha argumentación vulnera lo dispuesto en el art. 19 de la Ley Jurisdiccional, en tanto que generaliza la legitimación para recurrir ya que la extiende a todos los

ciudadanos del País Vasco que como tales pudieran utilizar la Autopista A-8, sea como conductores o como usuarios del transporte público.

3º) Al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del art. 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción por infracción de las normas contenidas en el art. 107 del Real Decreto Legislativo núm. 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en relación con lo dispuesto en elart. 149 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

El Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia recurrida se apoya en la exigencia que deduce del tenor literal del art. 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, norma con rango formal de Ley, que establece en su apartado 2 que "Las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio que se trate".

De dicho enunciado, la sentencia concluye que una tarifa como la fijada, fuera de toda lógica de autofinanciación, tendente a financiar otras obras y servicios, es contraria a Derecho. Esta interpretación es errónea.

Lo que el precepto contempla es el principio de suficiencia de las tarifas y se entiende por suficiencia la "capacidad" o "aptitud" para la autofinanciación, de modo que el precepto establece un nivel o rasero mínimo por debajo del cual no puede fijarse la cuantía de la tarifa. Obviamente, no dispone que por encima del nivel de autosuficiencia o de coste pueda fijarse una tarifa o precio superior.

La interpretación del mandato que establece el citado art. 107.2debe realizarse integrándolo con lo dispuesto en el art. 149, apartados 1 y 2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de Junio de 1955.

La Directiva 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999 (Diario Oficial núm. 187 de 20 de julio de 1999), recientemente modificada por la Directiva 2006/38/CE, de 17 de mayo de 2006, admite que los importes medios ponderados de los peajes estén en relación con los costes de construcción, explotación y desarrollo de la red de infraestructura de que se trate, según reza su art. 7.9, e incluso faculta para destinar a la protección del medio ambiente y al fomento equilibrado de las redes de transporte un porcentaje del importe del derecho de uso o del peaje (art. 9.2).

En consecuencia, es jurídicamente posible el establecimiento de tarifas "excedentarias" o que excedan del coste del servicio y cuyo sobrante podrá aplicarse al destino a que hubiere lugar, según el caso concreto en que se encuentre, que en este particular se residencia en los costes de construcción de la infraestructura denominada "Variante Sur Metropolitana" o "Supersur".

4º) Al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del art. 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción por infracción de las normas contenidas en los arts. 226 y 221.2 y 3 del Texto Refundido de las Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo núm. 2/2000, de 16 de junio, según la redacción dada por virtud de la Ley num. 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública.

En la Ley núm. 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, se prevé el peaje como fórmula de retribución, estableciéndose que se pueda cobrar el peaje en una infraestructura para construir o conservar otra que esté vinculada o mantenga una relación funcional.

En el art. 226 se regula la posible financiación, con cargo total o parcial a las correspondientes tarifas de explotación, de una obra pública diferenciada de la que es objeto de concesión pero con la que guarda cierta relación funcional.

Por su parte, en el art. 221, 2 y 3 se establece el contenido del contrato de concesión de obras públicas donde se prevé igualmente la posibilidad de que se ejecuten por el concesionario dentro de una misma concesión obras vinculadas a la principal.

De los artículos transcritos se extrae la conclusión de que unos tramos de infraestructuras objeto de la concesión pueden estar sujetos a peaje y por tanto financiar otros que no lo estén. De este modo el usuario de la infraestructura sometida a peaje financia con su abono aquella otra infraestructura vinculada libre de peaje. Es decir, que una infraestructura puede financiar otra con la que guarde una relación funcional y para ello la tarifa debe tener en cuenta el importe total de las obras realizadas, que en nuestro caso es el Plan Especial de Accesibilidad 2003.

En este caso, la vinculación y relación funcional entre la autopista A-8 y el resto de las infraestructuras previstas en el PEAB 2003 es indiscutible, en cuanto forman parte de un todo integrado en un Plan y así viene expresamente afirmado en la Norma Foral 4/2003, que lo concibe como un Proyecto único.

5º) Al amparo de lo dispuesto en el apartado d), del art. 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción por infracción de las normas contenidas en el art. 2 y conexos de la Ley núm. 8/1972, de 10 de mayo, de

construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, según la redacción dada por la Ley núm. 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública.

La Ley núm. 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública, permite que se pueda establecer un canon o peaje en una determinada infraestructura, con el fin de poder financiar la construcción o reparación de otra con la cual mantenga una relación funcional o esté vinculada a la misma.

Consecuentemente, una determinada autopista puede estar sometida a peaje y con parte del importe de dicho peaje se puede financiar la construcción de otra infraestructura viaria con la cual aquella tenga una relación funcional o esté vinculada a la misma.Dada la relación funcional o vinculación existente entre la Autopista A-8 y la futura Variante Sur Metropolitana o Supersur, tal y como se establece expresamente en la Norma Foral núm. 4/2003 de 26 de marzo, por la que se aprueba el Plan Especial de Accesibilidad Bizkaia 2003, la sentencia recurrida no resulta conforme a Derecho al negar la posibilidad de destinar parcialmente el importe de una tarifa o canon a la construcción de la variante Sur Metropolitana.

6º) Al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del art. 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción por infracción de lo dispuesto en el art. 10del Tratado de la Comunidad Europea, al no tomar en consideración lo dispuesto en laDirectiva 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras, a la luz, todo ello, de la política de la Comisión europea en materia de tarificación de las infraestructuras.

La Norma Foral anulada declara expresamente en su Preámbulo que, en materia de tarificación de las infraestructuras, toma en consideración las directrices europeas.

Pues bien, el apartado 9 del art. 7 de la Directiva 1999/62se refiere expresamente a los "costes de construcción, explotación y desarrollo de la red de infraestructura de que se trate". Los peajes en infraestructuras se pueden destinar a inversiones en nuevas infraestructuras de transporte.

La Sala ha ignorado la manifiesta vinculación y relación funcional entre la Variante Sur Metropolitana o Supersur y la Autopista A-8, que implica que la primera constituye un desarrollo de la segunda. Tal circunstancia quedó confirmada en la Disposición Adicional Quinta de la Norma Foral núm. 4/2003.

La Directiva 2006/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, ha modificado la Directiva 1999/62/CE, dando nueva redacción al art. 7.9 de la Directiva 1999/62/CE , que no sólo vincula nuevamente el importe de los peajes a los costes de explotación, mantenimiento y desarrollo de concreta red de infraestructura de que se trate, sino que también permite incluir en los mismos un componente de rendimiento del capital o un margen de beneficio basado en las condiciones de mercado.

En la medida en que la Sala de instancia tampoco ha tenido en cuenta esta realidad al examinar "las actuaciones (infraestructuras previstas) para garantizar la funcionalidad de la red viaria" y considerar que la tarificación de la A-8 es contraria a Derecho, ha infringido la citada norma de Derecho comunitario derivado y lo dispuesto en el art. 10del Tratado de la Comunidad Europea.

4. Los motivos en que se funda el recurso de casación interpuesto por la DIPUTACION FORAL DE VIZCAYA, son los siguientes:

1º) Al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA y dirigido a denunciar la infracción de los arts. 33, apartados 1 y 2, 65.2 y 67.1todos de la LJCA, y la jurisprudencia relativa a los mismos.

1. En este primer motivo de casación se quiere poner de manifiesto cómo la sentencia recurrida fundamenta su "ratio decidendi" en un motivo no utilizado por la parte demandante en su recurso contencioso administrativo.

La "ratio decidendi" de la sentencia se contiene en su Fundamento Jurídico Sexto y descansa en el argumento de que una tarifa queda afecta al propio servicio, salvo que una ley así lo prevea, y no puede financiar un Plan de Infraestructuras Viarias, lo que supondría una extralimitación porque estaría fuera de la lógica de autofinanciación y por tanto sería contraria a Derecho. Esta exigencia de afectación vendría prevista y regulada en el art. 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986.

Ahora bien, la parte recurrente no basa su demanda en este motivo de impugnación. Fundamenta su demanda en que estamos en el campo de la potestad tributaria, por cuando se realiza una aportación contributiva sin contraprestación.

Por ello la sentencia fundamenta su "ratio decidendi" en un motivo no empleado por la parte demandante (y por supuesto tampoco por la demanda en la instancia) y ha privado a la Diputación recurrida de la posibilidad de poder contestar u oponerse a dichos argumentos, por lo que se le ha producido una grave indefensión, proscrita por el art. 24de la Constitución, protegida como motivo de casación por el art. 88.1.c de la LJCA y se ha contravenido lo dispuesto en los arts. 33 apartados 1 y 2; art. 65.2yart. 67.1, todos ellos

de la LJCA, para el supuesto en que el Tribunal juzgue oportuno el tratamiento de motivos relevantes para el fallo no empleados por las partes, como es el caso presente.

2. De otra parte, si contrastamos lo pedido por el recurrente en el suplico de su demanda y lo estimado por la sentencia en su fallo, se produce una incongruencia "extra petita".

2º) Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA por infracción del art. 69.b) de la LJCA y la jurisprudencia relativa al mismo.

La sentencia admite la legitimación activa de los recurrentes, en su propio nombre y derecho como ciudadanos, en tanto posibles o potenciales usuarios de la A-8, bien como potenciales conductores (algunos han aportado carnet de conducir), bien como posibles usuarios del transporte público.

A la vista del Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia la DIPUTACION FORAL hace las siguientes consideraciones:

1.- El interés legitimador ha de ser singular, pues de otro modo estaríamos ante la acción pública o interés en defensa de la mera legalidad. Pues bien, resulta opuesto a toda lógica exigir tal interés singular para a renglón seguido, como hace la sentencia impugnada, afirmar que éste existe en cuanto son ciudadanos del País Vasco con carnet de conducir o usuarios del transporte público.

2.- La sentencia deduce la singularidad del interés "como posibles usurarios de la red de infraestructuras y en concreto de la autopista A-8 ya que algunos han presentado carné de conducir.

En la doctrina legal expuesta se establece que el interés legítimo presupone que la resolución administrativa ha repercutido o puede repercutir directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.

Por el contrario el interés apreciado en la sentencia es totalmente genérico e hipotético: "posibles usuarios de la A-8" y no está acreditada dicha condición en modo alguno en el proceso de instancia.

3º) Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA dirigido a denunciar la infracción 148.1.5y la Disposición Adicional Primera de la Constitución, de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 25/1988 de Carreteras y Caminos, del art. 10.34 (en relación con el art. 37.1.f) del Estatuto de Autonomía del País Vasco, del art. 7.a).8 de la Ley del Parlamento Vasco nº 27/1983 sobre relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco y los órganos forales de sus Territorios Históricos y del art. 25.1 la Norma Foral 2/1993 de Carreteras de Bizkaia.

En la Comunidad Autónoma del País Vasco de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución (DA 1ª), el Estatuto de Autonomías(art. 10.34) y en la Ley del Parlamento Vasco 27/1983, conocida como Ley de Territorios Históricos (art. 7.a).8), la competencia en materia de carreteras pertenece a los Territorios Históricos a quienes corresponde la planificación, proyecto, construcción, conservación, modificación, financiación, uso y explotación de las carreteras, lo cual se recoge también la Ley (estatal) 25/1988 de Carreteras y Caminos (D.A. 3ª).

De este modo la facultad de establecer un canon de uso como forma de gestionar la explotación de las carreteras y autopistas titularidad de la Diputación foral de Bizkaia tiene su fundamento legal en el art. 25.1 de la Norma Foral 2/1993de Carreteras de Bizkaia donde se reconoce expresamente: "La Diputación foral, como regla general, explotará directamente las carreteras a su cargo, siendo la utilización gratuita para el usuario. Excepcionalmente, mediante Decreto la Diputación Foral podrá establecerse el pago de peaje, así como las tarifas correspondientes".

Y aquí se residencia la fundamentación legal para la creación del canon, que se aprueba en ejercicio de la potestad tarifaria, propia de la gestión y explotación de un servicio público regulado por la normativa específica sectorial de carreteras, normativa sobre la que los Territorios Históricos tienen competencia exclusiva al misma nivel que tienen las Comunidades Autónomas que la hayan asumido en sus respectivos Estatutos de conformidad con el art. 148.1.5ª de la Constitución.

De todo ello se deduce que el canon de uso de la A-8 no puede, sin más, contemplarse como un servicio local de régimen común y aplicarle el régimen jurídico de éste.

Por lo tanto, tal y como viene configurada la posibilidad de establecer el cobro de una tarifa por el uso de las infraestructuras viarias en la legislación sectorial de carreteras del Territorio Histórico de Bizkaia, las Instituciones Forales del Territorio Histórico están plenamente habilitadas para regular la forma de explotación del servicio público de carreteras.

La sentencia recurrida ha efectuado una inadecuada selección de la norma aplicable ya que al supuesto de hecho planteado le resulta de aplicación el bloque normativo identificado anteriormente, con la Constitución y el Estatuto de Autonomía en la cúspide, y no el art. 107 TRRL en el que descansa la "ratio decidendi" de la sentencia.

4º) Subsidiariamente, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA dirigido a denunciar la infracción del art. 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se prueba el Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).

1.- La sentencia en su Fundamento Jurídico Quinto, respecto de la naturaleza jurídica del canon, establece con rotundidad que estamos ante el ejercicio de la potestad tarifaria y no tributaria.

En el Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia se analiza la posibilidad de financiar a través de dicha tarifa un Plan de Infraestructura Viaria, para concluir en sentido negativo. Se afirma en este Fundamento Jurídico Sexto que se quiebra el principio inherente a la tarifa que es la "afectación al propio servicio", salvo que una ley lo prevea, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una tarifa que se extralimita y por tanto es contraria a Derecho. Y fundamenta la necesidad de afectación en el art. 107 del TRRL, llegando a la conclusión de que una tarifa como la fijada, tendente a financiar otras obras y servicios, es contraria a Derecho.

2.- También se llega a la conclusión de que se ha infringido el art. 107 TRRL en su aplicación e interpretación, si se tiene en cuenta que lo que establece dicho precepto es únicamente que las tarifas deben ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate, disponiendo las medidas compensatorias pertinentes si la cuantía fuera inferior.

Es decir, se establece una regla para fijar un límite mínimo, pero en modo alguno se establece un máximo, ni se prohibe que la tarifa exceda el coste del servicio, si se entiende oportuno. Serán los Pliegos o la normativa aplicable la que establezca el régimen de la tarifa, su cuantía y el destino del exceso, caso de existir.

En consecuencia la interpretación y conclusión extraída en la sentencia es contraria al art. 107 TRRL, en cuanto que en la sentencia se establece un límite no recogido en dicho precepto con la grave conclusión anulatoria que extrae de dicha interpretación.3.- El canon establecido en la Norma Foral 11/2002 tiene una naturaleza tarifaria y como tal se trata de una prestación espontánea o libre, ausente de nota de coactividad alguna.

Si la N-634 y la A-8 forman un Corredor, ambas infraestructuras son alternativas que tiene el usuario para su empleo. No hay ni puede haber, por tanto, coactividad si la infraestructura sometida a peaje tiene una alternativa gratuita.

4.- Si el pago del canon supone una prestación libre o espontánea ajena de nota de coactividad alguna, resulta que, según la STC 233/1999. FJ 19º, sólo es obligatoria la fijación de una cuantía mínima que garantice la cobertura de los costes del servicio, no existiendo obligación alguna de establecer un límite máximo.

La sentencia recurrida, al exigir la exclusiva afectación de los ingresos del canon a la A-8 e impedir otros destinos diferentes, aunque sea en el marco del PEAB 2003, viene a fijar un límite a su cuantía y a reintroducir el principio de equivalencia, propio de las tasas, en lo que no es expresión de la potestad tributaria sino, simplemente, tarifaria. Con ello conculca las normas y la doctrina jurisprudencial expuestas.

La ausencia de límite máximo legal para la tarifa viene confirmada por el art. 149 RSCL, que admite expresamente lo contrario a lo afirmado por la sentencia, es decir, que una tarifa tenga una cuantía que sea superior al coste del servicio y que el exceso se aplicará al destino a que hubiere lugar según los casos.

5.- Se afirma en el Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia ahora recurrida que: "se quiebra pues, el principio inherente a la tarifa, que es la afectación al propio servicio, salvo que una ley lo prevea, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una tarifa que se extralimita y por tanto contraria a derecho".

Siendo la competencia exclusiva sobre la materia correspondiente a los Territorios Históricos, el art. 107 TRRL es incorrectamente aplicado al caso, pues no cabe su aplicación analógica. Pero aún cuando se entendiera aplicable, al tratarse de una materia incluida en el núcleo intangible de la foralidad y haberle sido reconocida la capacidad normativa sobre la misma a los Territorios Históricos, es de ellos de quienes, en su caso debería emanar la norma que permitiría acogerse a la excepción recogida en el inciso final de dicho art. 107 TRRL.

Sin embargo, la sentencia no repara en que dicha excepción ya existe al haberse regulado mediante las Normas Forales específicamente aprobadas al efecto, las cuales, en virtud de la DA 1ª de la Constitución, cumplen la función reservada a la Ley en ámbitos que, como el que nos ocupa, forman parte del núcleo intangible de la foralidad protegido por dicha Disposición Adicional. Normas que regulan el Plan Especial de Accesibilidad Bizkaia 2003, y establecen su forma de gestión, el régimen del canon y su destino, entre otros aspectos.

5º) Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA dirigido a denunciar la interpretación e infracción del art. 149 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. (RCL

1956/85).

Dada la íntima conexión entre el art. 149 RSCL y el art. 107 TRRL, en cuanto que aquél desarrollo éste, resulta que esta normativa de desarrollo del 107 TRRL admite expresamente que la tarifa supere el coste del servicio, por lo cual se produce la vulneración también del art. 149 RSCLy se confirma la vulneración del art. 107 TRRL.

6ª) Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA dirigido a denunciar la infracción de los arts. 226 y 221.2, ambos del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, según la redacción dada en virtud de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. El motivo se formula en análogos términos a como se articula el sexto motivo de casación del recurso de las Juntas Generales de Vizcaya.

7º) Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA dirigido a denunciar la infracción del art. 2 y conexos de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, según la redacción dada en virtud de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

8º) Subsidiariamente, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA dirigido a denuncia la infracción del art. 10 del Tratado CE, en conexión con la Directiva 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras. El motivo se formula también en análogos términos a como esta redactado el motivo séptimo del recurso de casación formalizado por las Juntas Generales de Vizcaya.

TERCERO El primero de los motivos de casación articulados por las Juntas Generales de Vizcaya, por la Diputación Foral de Vizcaya y por la Sociedad Pública Foral Interbiak, Bizkaiko Hegoaldeko Akzesibilitatea S.A. va dirigido a denunciar la infracción del principio de congruencia regulado en los arts. 33.1 y 2, 65.2 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción.

Los recurrentes citados imputan a la sentencia de 28 de febrero de 2006 de la Sala de la Jurisdicción, Sección tercera, de Bilbao el quebrantamiento del principio de congruencia en su modalidad de incongruencia "ultra petita", porque la sentencia da más de lo pedido por la parte recurrente. En efecto, en el Suplico de su demanda los recurrentes pidieron a la Sala de instancia que declarase la nulidad de pleno derecho del Capítulo I (arts. 1 al 8) de la Norma Foral 11/2002, de 12 de diciembre, de las Juntas Generales de Bizkaia, con todas las consecuencias que de dicha declaración se derivasen en cuanto a la nulidad de la normativa de desarrollo de la misma y lo demás que sea procedente en Derecho.

Nada se dijo, sin embargo, sobre hipotéticas causas de nulidad del contenido del Capítulo II, cuyo único artículo hace referencia al régimen tributario específico de la Sociedad pública foral a la que se encomienda en su conjunto la gestión del proyecto viario de que se trata. De hecho, tampoco se pidió su nulidad.

En cambio, el Fallo de la sentencia que se recurre estima el recurso contencioso-administrativo "declarando la nulidad de dicha Norma Foral, con todas las consecuencias que de dicha declaración se deriven en cuanto a la nulidad de la normativa de desarrollo". La redacción del fallo, por lo tanto, afecta al conjunto y a la totalidad de la disposición, quebrantando el principio y requisito de congruencia en esta modalidad de "ultra petita-partium". No hay duda de que al anular no solo los artículos de la Norma Foral impugnados, sino la Norma Foral en su totalidad, incluyendo aquellos extremos de la misma (como, por ejemplo, el régimen tributario al que se somete a la Sociedad Pública Foral "Bizkaiko Heoaldeko Akzesibilitatea S.A.") que no fueron objeto de litigio, la sentencia impugnada concede mucho más de lo que se le solicita.

La "ratio decidendi" de la sentencia no se ha mantenido dentro de los términos del debate procesal planteado por las partes, sino que ha introducido un motivo no alegado ni discutido en el proceso, con carácter determinante para declaración de nulidad del fallo, vulnerando lo dispuesto en el art. 33 LJCA en relación con el art. 24 CE, al haberse privado a los entonces demandados de su derecho de alegar al respecto, como requiere el esencial principio de contradicción.

Consecuentemente con la motivación de la petición de declaración de nulidad que los recurrentes dirigieron a la Sala de instancia, las contestaciones de las diversas partes recurridas se centraron en fundamentar la naturaleza tarifaria y no tributaria del canon o peaje regulado en la Norma y la ausencia de vicios procedimentales insubsanables e insubsanados. Se argumentaba también, naturalmente, que aunque se conceptuara el canon como tasa, la regulación de los criterios para su cuantificación acogidos en el art. 5 de la Norma Foral eran capaces de satisfacer el requisito constitucional de legalidad tributaria, aunque se recabara la colaboración administrativa para su concreción y cuantificación precisa.

Delimitada de ese modo la cuestión objeto del debate procesal, la sentencia rechaza en el Fundamento de Derecho Quinto la naturaleza tributaria del canon y da por válida la condición tarifaria del mismo, en tanto que en el Fundamento Séptimo rechaza también el motivo de haberse incurrido en nulidad procedimental; es decir, rechaza todos los motivos aducidos y formulados por los recurrentes y abraza la tesis central

sostenida por las partes demandadas. Y, sin embargo, termina estimando la pretensión de nulidad, incluso más ella de lo pedido, por un motivo nuevo como es el de que al destinarse la tarifa o peaje exigido por el uso de la A-8 a la financiación de un proyecto viario que incluye además la realización de obras viarias adicionales, "quiebra... (dice) el principio inherente a la tarifa que es la afectación al propio servicio, salvo que una ley así lo revea... exigencia de afectación que esta prevista y regulada en el art. 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril de 1986, de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local", que transcribe a continuación. (Fundamento de Derecho Sexto). Se trata de un motivo nuevo y diferente no formulado ni discutido en el proceso.

El Tribunal "a quo", al apreciar que concurría ese posible nuevo motivo susceptible de fundar el recurso, venia en todo caso obligado por el art. 33 de la LJCAa someterlo a la consideración de las partes, restableciendo así el debate procesal en salvaguarda de la necesaria contradicción. No habiéndolo hecho, la sentencia de la Sala de instancia viene aquejada de una nulidad insubsanable.

No cabe olvidar en este punto que para que los Tribunales de este orden jurisdiccional puedan tomar en consideración nuevos motivos, no alegados por las partes, es preciso, so pena de incurrir en incongruencia, que los introduzcan en el debate, ya en el trámite de vista o conclusiones, ya en el momento inmediatamente anterior a la sentencia.

El art. 33 de la Ley de la Jurisdicción exige no solo que los tribunales juzguen dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes sino de las alegaciones o motivos que fundamenten el recurso y la oposición, conformando así la necesidad de que la sentencia, en su "ratio decidendi", se mantenga dentro de los términos en que el debate se ha planteado por las partes, sin que en su fundamentación se introduzcan motivos que, no habiendo sido alegados por las partes, resulten determinantes del pronunciamiento de las sentencias, privando a las mismas de formular las alegaciones y ejercitar su defensa respecto de aspectos fundamentales que quedan así al margen del necesario debate procesal que exige el principio de contradicción(sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2006).

Y el Tribunal Constitucional, desde su sentencia 20/1982, ha considerado que el vicio de incongruencia en sus distintas modalidades, entendido como desajuste ente el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración de los principios dispositivo y de contradicción constitutiva de una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación en que consista la incongruencia sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal(STC 211/1988; STC 144/1991; STC 43/1992; STC 88/1992; STC 122/1994, entre otras).

Este primer motivo de casación, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, merece prosperar, lo que acarrea la anulación de la sentencia de instancia, debiendo esta Sala resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate(arts. 95.2.c) y d) de la Ley de la Jurisdicción).

A la hora de dictar en el proceso contencioso-administrativo del que este recurso de casación trae causa una sentencia sustitutoria de la que aquí hemos anulado, debemos analizar las cuestiones planteadas en los motivos del recurso.

CUARTO 1. El primero de los motivos de impugnación de la Norma Foral 11/2002 en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Julián y nueve más planteaba el problema de la legitimación de los recurrentes en instancia en su condición de Junteros o miembros del Grupo Popular Vizcaíno en las Juntas Generales de Vizcaya.

La sentencia de la Sala de la Jurisdicción de Bilbao estima el recurso contencioso-administrativo promovido por los miembros del Grupo Juntero Popular en su condición de meros ciudadanos o particulares pero rechaza la legitimación de los recurrentes en su condición de Junteros porque participaron en la elaboración de la norma foral impugnada, votando en contra de su aprobación.

La Sala de instancia, con apoyo del precedente que supone la sentencia de la propia Sala de 26 de octubre de 1993, considera que los miembros del Grupo Juntero Popular no pueden, ni como componentes del Grupo ni actuando en nombre del Grupo, impugnar, como discrepantes políticos, una decisión mayoritaria al no existir normativa foral que haya previsto tal posibilidad.

Esta Sala entiende que, no habiendo norma foral que haya regulado la legitimación de los Junteros, resulta aplicable al caso el art. 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), que, junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, permite que los miembros de las corporaciones puedan impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del Ordenamiento jurídico cuando hubieran votado en contra de tales acuerdos.

La aplicabilidad a los Junteros del art. 63.1.b) de la Ley estatal 7/1985 resulta de lo dispuesto en el art. 39y

en la Disposición Adicional Segunda de la propia Ley 7/1985.

En virtud del art. 39, los órganos forales de Vizcaya conservan su régimen peculiar en el marco del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco. "No obstante, las disposiciones de la presente Ley les serán de aplicación con carácter supletorio". Y con arreglo a la Disposición Adicional Segunda, las disposiciones de la presente Ley, de acuerdo con la Constitución y el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, se aplicarán en los Territorios Históricos de... Vizcaya" con las peculiaridades que indican y que no afectan a la temática que aquí nos ocupa.

Así pues, los Junteros, como miembros electos de las Juntas Generales, deben poder impugnar, sin más requisito que esa condición y la de haber votado en contra, los actos y acuerdos de las Juntas Generales que pudieren ser contrarios al Ordenamiento, porque, tratándose de legislación procesal, si nada hay regulado al respecto en la normativa foral y autonómica, e incluso si ésta es una materia en la que el Estado tiene competencia exclusiva (ex arts. 149.1.6ª y 18ª de la Constitución), entonces obligado será que se aplique, por su carácter supletorio, la normativa de la LBRL, en particular su art. 63.1.b), sobre todo si se reflexiona sobre el verdadero significado de esa legitimación reforzada que se reconoce en ese art. 63.1.b) a los miembros de las Corporaciones que hubieren votado en contra de los actos y acuerdos que hubieren incurrido en infracción del Ordenamiento jurídico, pues, según la sentencia 173/2004, de 18 de octubre, del Tribunal Constitucional, el precepto indicado no atribuye propiamente, sino que se limita a reconocer una legitimación consecuencia del sistema democrático representativo que entroncaría con el derecho de los españoles a participar en los asuntos públicos "directamente o por medio de representante, libremente elegido en elecciones periódicas por sufragio universal".

En la citada sentencia 173/2004, el Tribunal Constitucional viene a reconocer que, al lado de la legitimación general para poder acceder al recurso contencioso-administrativo con arreglo al art. 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, existe una legitimación que se refiere a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para, en virtud del mandato representativo recibido de sus electores, poder impugnar los actos de éstas que contravengan el Ordenamiento jurídico; no se trata de una legitimación basada en la mera defensa de la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular, para poder controlar el correcto funcionamiento de la corporación. Esta otra fuente de legitimación, independiente de la legitimación general, encaja claramente, dice el Tribunal Constitucional en la sentencia de referencia, en una interpretación conjunta de los arts. 20.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 63.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local.

Para el Tribunal Constitucional esa legitimación distinta de la derivada del "interés legítimo" que caracteriza la legitimación general --la del art. 19.1.a) LJCA--, que responde al interés del miembro disidente en el correcto funcionamiento de la corporación local a la que pertenece, "ha de presuponer lógicamente el "prius" de la legitimación del Concejal o representante popular de una entidad local para impugnar jurisdiccionalmente las actuaciones contrarias al Ordenamiento"; "por consiguiente, el art. 63.1.b) LBR. parte, por elemental lógica, de un principio de legitimación de los representantes populares de las corporaciones locales. Así que el Concejal o representante popular, por su condición de miembro de la Corporación, para la que es elegido "mediante sufragio universal, libre, directo y secreto" de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General), "está legitimado para impugnar la actuación de la Corporación Local a la 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, no hubiera votado en contra de su aprobación)".El principio "pro actione", principio de obligada observancia por los jueces y Tribunales, impide que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (entre otras muchas, SSTC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 327/2006, de 20 de noviembre, FJ 3).

Al conceder el art. 24.1. CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos o intereses legítimos, esta imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa parar acceder a los procesos judiciales, resultando censurables aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que supongan una interpretación en exceso rigorista o restrictiva de la disposición legal aplicable al acaso contraria a la efectividad del derecho fundamental (entre las más recientes SSTC 251/2007, de 17 de diciembre, FJ; 85/2008, de 212 de julio, FJ 4).

2. Junto al problema de la legitimación activa de los recurrentes en la instancia en su calidad de miembros de las Juntas Generales que habían votado en contra de la adopción de la Norma Foral recurrida, se planteó el problema de la legitimación de los junteros para impugnar la Norma Foral en su propio nombre y derecho.

La sentencia recurrida establece que, para resolver si los recurrentes tienen legitimación para impugnar en

su propio nombre y derecho, lo importante es determinar si han singularizado o no un derecho o interés legítimo que les afecte para poder recurrir, ya que no puede considerarse suficiente para el interés legítimo la mera defensa de la legalidad.

Pues bien, la sentencia, en su Fundamento Jurídico Tercero "in fine", afirma que: "en el presente caso los recurrentes han acreditado sin duda su interés singular como ciudadanos residentes en el País Vasco y como posibles usuarios de la red de infraestructuras y en concreto de la Autopista A-8, ya que como conductores algunos de ellos han presentado carnet de conducir, o bien como usuarios del transporte público, resultando afectados claramente por la norma en cuanto crea un canon de utilización de infraestructuras viarias".

El problema es, pues, si los recurrentes, al impugnar en su propio nombre o derecho la Norma Foral 11/02, han singularizado un interés legítimo en conseguir la anulación de la norma foral impugnada, interés legítimo que se viene caracterizando como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo, actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado, específico y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3).

Los recurrentes en instancia han demostrado que son propietarios de automóviles y como tales no se les puede negar su condición de eventuales usuarios de la red de infraestructuras viarias y, en concreto, de la Autopista A-8 bien como usuarios directos, en cuanto conductores de sus propios vehículos, o del transporte público. No cabe desconocer la verosimilitud del argumento que emplean de que la sede principal de la Casa de Juntas se halla en Guernica, a donde se accede mediante el itinerario Bilbao-Amorebieta-Gernika, itinerario cuyo tramo Bilbao-Amorebieta solo cabe recorrerlo por la autopista A-8 o por la CN-634, cuyas condiciones de saturación la hacen inviable muchas veces.

Es evidente pues que, caso de anularse la Norma Foral en cuestión, los recurrentes en instancia dejarían de tener que pagar el canon, lo que incidiría directamente en sus intereses. Por lo tanto, es claro que los recurrentes defendían con su recurso un interés legitimo particular, de modo efectivo y acreditado, en cuanto la anulación del canon les reporta una ventaja.

Si no hay norma, ni autonómica ni estatal, que imponga condición alguna adicional de legitimación para impugnar disposiciones generales respecto a la admitida para la impugnación de simples actos singulares --la de tener un interés legitimo--, no se ve razón alguna para que los Junteros no puedan, a título individual y particular, impugnar una norma foral que crea una exacción o gravamen que recae sobre ellos y que consideran contraria a Derecho, con independencia de que en su condición de miembros de las Juntas Generales hayan votado contra ella.

QUINTO 1.El fundamento principal de la demanda impugnatoria del canon de uso creado por la Norma Foral 11/2002, de 12 de diciembre, de las Juntas Generales de Bizkaia, no era otro que su naturaleza de prestación patrimonial de derecho público y, consecuentemente, su sujeción al principio de legalidad, impeditivo de que uno de los aspectos esenciales de la prestación, la fijación del "quantum" de la prestación del canon, pueda quedar a la libre decisión de la Administración, en este caso la Diputación Foral de Vizcaya, al no establecer la norma de creación criterios suficientes para la determinación de un límite máximo a dicha dimensión cuantitativa de la prestación patrimonial de carácter público.

Toda la cuestión litigiosa gravita precisamente sobre la relación y correspondencia que debe existir entre la cuantía del canon y los costes de la explotación del servicio al haberse pretendido por parte de las Juntas Generales de Vizcaya crear un gravamen dirigido a obtener del contribuyente un retorno no sólo orientado a sufragar los costes del servicio sino también un componente indeterminado, cuya cuantificación queda al libre albedrío de la Diputación Foral (de ahí la violación del principio de legalidad), cuya finalidad es por un lado, la construcción de una nueva gran infraestructura (la Super Sur) y por el otro la regulación del tráfico para derivarlo hacia la N-634.

La delegación efectuada en el art. 5º de la Norma Foral para que por parte de la Diputación Foral de Bizkaia se proceda a la fijación, modificación y actualización de la cuantía del canon, no se ajusta a los límites que derivan del principio de legalidad. No se fija en dicho art. 5º límite al importe del canon, ni explícito ni implícito, sino que los criterios o parámetros de delimitación de su importe(distancia recorrida, naturaleza del servicio y de su duración, deterioro de la infraestructura, situación de mercado, coste de comercialización y otros criterios para la regulación de la demanda de tráfico en función del mantenimiento de determinado niveles de servicio en el uso de red viaria) permiten en realidad a la Diputación Foral desenvolverse en un ámbito de absoluta discrecionalidad, particularmente si tenemos en cuenta que la Norma Foral fue creada para establecer un canon de uso con expresa finalidad de atender, aparte la subvención de los gastos de mantenimiento, mejora y explotación de la autopista A-8 (la actualmente existente en el tramo que va desde Basauri hasta el límite con Guipúzcoa), a dos finalidades muy concretas: 1.- La financiación de la

construcción de nuevas infraestructuras viarias, en particular la Supersur, previstas en el Plan Especial de Accesibilidad de Bizkaia 2003; y, 2.- La regulación del tráfico a fin de distribuirlo entre la propia autopista A-8 y la carretera N- 634, también de titularidad de la Diputación Foral de Vizcaya, que es la que cubre en paralelo a la A-8 el servicio público de carretera en el mismo tramo territorial.

Como puede verse, este canon de utilización no tiene como finalidad exclusiva la del subvenir a los costes de explotación de las infraestructuras viarias que sean utilizadas por los usuarios contribuyentes del canon, de manera que sean esos beneficiarios quienes financien la utilización del bien o servicio, evitando así la financiación por los restantes miembros de la colectividad; no es ésto lo que se pretende sino el que los beneficiarios o usuarios realicen una prestación patrimonial que, excediendo el coste de mantenimiento o explotación, vaya nutriendo un fondo dirigido a financiar la realización de determinadas infraestructuras viarias en el futuro, de coste indeterminado pero que fácil es comprenden que serán de gran envergadura; el que no se le haya fijado un límite a la Diputación Foral en la fijación del "quantum" de la prestación del canon de utilización puede propiciar que su determinación se haga depender de una decisión política de la Diputación Foral, en función del ritmo con que quiera alimentarse el fondo de financiación para las futuras infraestructuras que quieran acometerse.

La sentencia recurrida, en su Fundamento de Derecho Quinto, "in fine", llega a la conclusión contraria de que "el peaje objeto del recurso no es una prestación patrimonial de carácter público, "por lo que" no le alcanzaría el principio de reserva de ley, ya que se trata de una potestad tarifaria que puede fijarse por decreto, por lo que no puede considerarse vulnerado este principio de reserva de ley por el hecho de que la norma foral atribuya a la Diputación Foral la competencia para la fijación de la cuantía concreta del canon partiendo de los parámetros o elementos de referencia en ella establecidos".

Pues bien, la Sala entiende que al excluir la sentencia recurrida el canon creado por la Norma Foral del ámbito de las prestaciones patrimoniales de carácter público y eximirlo por tanto de las sujeciones legales derivadas del principio de legalidad en cuanto a la fijación de su "quantum" o importe, incide en una violación de dicho principio y con ello de los arts. 31.3 y 133.1de la Constitución.

2. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 63/2003, de 27 de marzo, en la que declaró la inconstitucionalidad del art. 9 y de la Disposición Transitoria de la Ley 18/1985, de 1 de julio, sobre Régimen Financiero de los Puertos, ha sostenido que el canon por ocupación de superficie y por utilización de obras e instalaciones del puerto, en tanto que se exige por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, constituye una de las prestaciones patrimoniales de carácter público.

Estamos ante una "prestación patrimonial de carácter público" cuando existe una imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla, siempre que, al mismo tiempo, la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público (STC 182/1997, de 28 de octubre).

Con independencia de la calificación formal que se les otorgue, los llamados cánones por concesiones administrativas o, lo que es igual, por ocupación del dominio público portuario, constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria.

Poco importa que la prestación patrimonial de carácter público aparezca etiquetada bajo una denominación distinta. Lo relevante es que pueda llegarse a la conclusión de que lo que indebidamente se viste en apariencia como un precio, sea público o privado, resultante del ejercicio de una potestad supuestamente tarifaria, encubre una realidad distinta: la de prestación patrimonial de carácter público.

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias de 20 de abril y 10 de mayo de 2005, núms. 102 y 121, al resolver sobre la constitucionalidad de los apartados 1y 2 del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, por posible vulneración del art. 31.3 de la Constitución Española, los declara inconstitucionales en tanto que califican como "precios privados" las contraprestaciones devengadas por la prestación de servicios portuarios, excluyendo así las exigencias que derivan del principio de reserva de ley establecido por la Constitución para las prestaciones patrimoniales de carácter público.

El propio Tribunal Constitucional nos recuerda en su sentencia núm. 102, de 20 de abril de 2005, que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público los pagos exigibles en dos supuestos concretos: 1º) Por la prestación de servicios o la realización de actividades en las que concurra cualesquiera de las circunstancias siguientes: que sean de solicitud o recepción obligatoria; que sean realizadas por el poder público en monopolio de hecho o de derecho; o que sean "objetivamente indispensables para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar". 2º) Por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público.

Si trasladamos esta doctrina al canon de utilización del demanio creado por la Norma Foral que se impugna

en este recurso, los usuarios de las infraestructuras viarias que se contemplan en la Norma Foral 11/2002 deben contribuir con una prestación que coactivamente se les impone (canon) si quieren hacer uso de las mismas. El referido canon de uso participa de la naturaleza de una auténtica prestación patrimonial de carácter público y queda sujeta por ello a los requerimientos inherentes al principio de legalidad de los arts. 31.3 y 133.1de la Constitución Española.

El Tribunal Constitucional ha podido matizar que mientras el tributo debe satisfacerse, directa o indirectamente, a entes públicos, la prestación patrimonial de carácter público concurre "con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe" (STC 182/1997, FJ 15). Lo verdaderamente importante es su sujeción al principio de legalidad por tratarse de una prestación patrimonial de carácter público. Por eso el procedimiento de interponer la sociedad pública foral INTERBIAK S.A. para el cobro del canon no puede servir para eludir los requerimientos objetivos que para la validez de las prestaciones patrimoniales de carácter público dimanan del principio de legalidad. A los usuarios el esfuerzo contributivo les resulta el mismo, cualquiera que sea la forma de organización que internamente haya arbitrado la Administración para la gestión recaudatoria.

El canon de utilización de infraestructuras viarias creado por las Juntas Generales de Vizcaya es lo mismo que el canon por ocupación de superficie y utilización de obras e instalaciones portuarias a que se refiere la STC 63/2003, de 27 de marzo, una prestación patrimonial de carácter público y naturaleza tributaria por tratarse de una verdadera tasa a la luz de lo dispuesto en el marco legal (conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 25/98, de prestaciones patrimoniales de carácter público), una vez adaptado a la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 185/95, de 14 de diciembre).

En cambio, la sentencia que se impugna en este recurso de casación excluye la naturaleza tributaria del canon de uso de la autopista A-8 creado por la Norma Foral 11/2002, de 13 de diciembre: "nos encontramos ante una sociedad mercantil sujeta al Derecho privado que no ejerce ningún tipo de potestad administrativa, y que puede cobrar un canon en contraprestación a los servicios prestados a los usuarios por la utilización de infraestructuras viarias por ella gestionadas, teniendo tal canon la naturaleza de precio privado, siendo así, que al tratarse de un régimen de gestión directa, no altera la potestad tarifaria, que no tributaria, con la que en su, caso actúa la Administración, ya se trate, pues, de la gestión directa (centralizada o descentralizada) o la gestión indirecta.

Sentada esta conclusión y excluida la naturaleza tributaria, no procede hacer especial hincapié en el argumento de la parte actora consistente en que esta figura puede situarnos en el campo de la imposición indirecta y el Territorio Histórico de Bizkaia carece de autonomía fiscal en materia de imposición indirecta, con la única excepción relativa al ITPAJD" (FJ 5ª).

La Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Vizcaya, de 26 de marzo de 1986, tras establecer en su art. 10.a) que se regulará en todo caso por Norma Foral de las Juntas Generales la determinación del hecho imponible, del sujeto pasivo, de la base, del tipo de gravamen, del devengo y de todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, añade en el art. 11.1que las delegaciones o autorizaciones normativas que se refieran a las materias contenidas en el apartado a) del art. 10de la Norma Foral precisarán inexcusablemente los principios y criterios que hayan de seguirse para la determinación de los elementos esenciales del respectivo tributo.

Las carreteras sobre las que incide la Norma Foral 11/2002 son carreteras de la titularidad de las Instituciones Forales de Vizcaya, sobre las que dichas instituciones ostentan competencias exclusivas. Tratándose de una materia en la que existe una inequívoca competencia exclusiva de las Instituciones Forales de Vizcaya, las Normas Forales emanadas de las Juntas Generales tienen la misma capacidad de innovar el Ordenamiento Jurídico que las leyes formales.

Planteada así la cuestión, lo que habrá que examinar es si la regulación que se contiene en la delegación normativa establece o no los criterios idóneos para circunscribir la decisión de los órganos que han de fijar el "quantum" de los cánones, proscribiendo una actuación no sujeta a límites y garantizando una decisión suficientemente predeterminada.

Si aplicamos ese planteamiento al canon de utilización de infraestructuras viarias creado por la Norma Foral que se dilucida, puede decirse que, lo mismo que en el caso de los cánones por utilización del demanio portuario analizado por e Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2003, debe concluirse aquí que la delegación efectuada por la Norma Foral 11/2002a favor de la Diputación Foral de Vizcaya para la fijación del "quantum" de la prestación no se ajusta a las exigencias del principio de legalidad tributaria.

La Norma Foral 11/2002 no establece en su art. 5 ningún límite máximo, explícita o implícitamente, a la cuantía del canon por utilización de infraestructuras viarias, pues no pasa de señalar que tal cuantía se fijará anualmente en función de la distancia recorrida, de la naturaleza del servicio y su duración, del deterioro de la infraestructura, de la situación del mercado, y, en su caso, del coste de su comercialización, así como de criterios para la regulación de la demanda de tráfico en función del mantenimiento de determinados niveles

de servicio en el uso de la red viaria, lo que deja a la entera libertad de la Diputación Foral la fijación de lo que constituye uno de los elementos esenciales del recurso financiero enjuiciado: el "quantum" de la prestación. La determinación de un límite máximo en la fijación del "quantum" de la prestación es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley; los criterios que adopta el art. 5 de la Norma Foral 11/2002 conforman un ámbito de cuantificación que deja un amplísimo margen de libertad a los órganos del poder ejecutivo foral, lo que supone una habilitación tan indeterminada que desborda los límites que derivan de las exigencias de la reserva de ley establecida en los arts. 31.3 y 133.1 de la Constitución Española. De esta forma, el juicio negativo que desde la perspectiva del principio de legalidad formulamos sobre la Norma Foral 11/2002 tiene un antecedente, dentro ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre, por la que se declararon contrarios a la reserva de ley contenida en los arts. 31.3 y 133.1de la Constitución Española los preceptos de la ley del Parlamento Vasco 3/1981que establecían un canon por la prestación de un servicio, al limitarse a hacer una remisión en blanco al correspondiente reglamento y otorgar una habilitación al Gobierno Vasco para que éste determinara sus elementos esenciales, entre ellos, el establecimiento de su importe.

En definitiva, que por constituir el "quantum" de la prestación exigible al contribuyente un elemento esencial de ésta, forzoso resulta concluir que la falta de determinación de ese "quantum", que no viene establecido en el art. 5 de la Norma Foral 11/2002 cuestionada, contamina la totalidad de su capítulo I y acarrea su nulidad, sin que resulte necesario, por tanto, el estudio de los demás problemas planteados.

SEXTO Por las razones expuestas procede estimar el recurso de casación interpuesto, no habiendo lugar a hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en el mismo y en el recurso contencioso-administrativo de instancia a tenor de lo al respecto prescrito en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS:

PRIMERO Que debemos estimar, y estimamos, el presente recurso de casación, núm. 3349/2006, interpuesto por la representación procesal de las JUNTAS GENERALES DE BIZCAKIA, por la DIPUTACION FORAL DE BIZKAIA y por la Sociedad Pública Foral INTERBIAK, BIZKAIKO HEGOALDEKO AKZESIBILITATEA S.A. contra la sentencia num. 149/2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 28 de febrero de 2006, en el recurso núm. 758/2003, sentencia que se casa y anula en todos sus extremos.

SEGUNDO Que debemos estimar, y estimamos íntegramente, el recurso contencioso núm. 758/2003 interpuesto por la representación procesal de D. Julián, Dª Silvia, D. Alexander, D. Octavio, Dª Victoria, Dª Milagros, D. Benjamín, Dª. María, D. Jose Enrique y D. Eugenio contra el capítulo I (arts. 1 al 8º) de la Norma Foral 11/2002, de 12 de diciembre, de las Juntas Generales de Bizkaia, declarando, en consecuencia, únicamente nulo dicho capítulo.

TERCERO Que no procede la imposición de costas en el presente recurso de casación y en cuanto a las de instancia cada parte debe abonar las suyas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

III. SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ PAÍS VASCO, CONTENCIOSO SECCIÓN 1ª, DEL 30 DE JULIO DEL 2004 (STSJ PV 1438/2004)

Recurso: 157/2003

Ponente: Sr. RODRIGUEZ MORAL

SENTENCIA NUMERO 641/04

En la Villa de BILBAO, a treinta de Julio de dos mil cuatro.

La sección número 1 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el cinco de Diciembre de dos mil dos por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 1 de BILBAO en el recurso contencioso- administrativo número 370/01.

Son parte:

- APELANTE: CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, representado por DON XABIER NUÑEZ IRUETA y dirigido por el Letrado DON JOSE A. ESTEBAN RODRIGUEZ.

- APELADO: SIDENOR INDUSTRIAL, S.L. -FABRICA DE BASAURI-, representado por la Procuradora DOÑA Mª BEGOÑA PEREA DE LA TAJADA y dirigido por Letrado.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JAVIER RODRIGUEZ MORAL, Magistrado de esta Sala.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 1 de BILBAO se dictó el cinco de Diciembre de dos mil dos sentencia el recurso contencioso-administrativo número 370/01 promovido por el CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA contra la Desestimación presunta por Silencio Administrativo del Recurso de Reposición interpuesto contra recibo o liquidación del canon de saneamiento girado por el Consorcio de Aguas de Bilbao, correspondientes al mes de Agosto de do s mil en que se incluye una cuantía igual al 100% de la tarifa de agua en concepto de recargo de saneamiento.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día12-02-04, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se apela la sentencia de 5 de diciembre de 2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Uno de Bilbao que estimó el recurso interpuesto por Sidenor Industrial, S.L, contra la desestimación por silencio negativo de las reposiciones interpuestas frente a las liquidaciones giradas por el Consorcio de Aguas Bilbao- Bizkaia correspondientes a los meses de agosto a diciembre de 2000, y enero de 2001, en lo atinente al denominado recargo por saneamiento que incorporaban, que se considero exaccionado de forma no ajustada al Ordenamiento.

El Consorcio de Aguas se constituye en apelante en este recurso, cuyo fallo se documenta fuera de plazo habida cuenta, no sólo la carga de trabajo que pesa sobre el Ponente, sino la necesidad de profundizar en varias sesiones en el análisis de las cuestiones planteadas, que coinciden en lo esencial con las examinadas por la Sala en anteriores ocasiones. Y aun antes de exponer el punto de vista del Tribunales preciso dejar sentadas dos puntualizaciones sobre dos aspectos de orden procesal.

El primero, referente a la admisibilidad del recurso de apelación, a la que se resiste la parte apelada, esto es, Sidenor Industrial, al considerar que el valor económico de las pretensiones anulatorias ejercitadas, a su vez determinado por el importe de los actos impugnados no alcanza la cuantía legalmente exigida (3.000.000 pesetas); más lo cierto es que, como veremos a continuación, la sentencia apelada, resuelve sobre la impugnación indirecta de una disposición general, que identificamos con el Real Decreto 3.040/1980 , al que se achaca la insuficiente cobertura normativa que genera; las razones de dicha identificación no son, en efecto, apriorísticas, sino que se infieren de la calificación que veremos merece, a nuestro juicio, el recargo exaccionado durante el período de devengo.

El segundo extremo que precisa de una puntualización versa sobre el ámbito de la apelación que por las razones antedichas acabamos de reputar admisible. Por imperativos derivados de la técnica singular del recurso devolutivo.

Según la parte que vio reconocida en la instancia sus pretensiones anulatorias, la prueba practicada evidencia un nuevo motivo de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones impugnadas, y que no se han tenido en cuenta, dice, en la sentencia apelada y favorable: de la prueba documental aportada a los autos se desprendería que el Plan de Saneamiento aprobado en su día, y que se supone financiado con el recargo que el Real Decreto, no se corresponde con el proyecto en ejecución durante el devengo de las liquidaciones anuladas. En realidad, con un argumento de este tipo, Sidenor ensaya una crítica a la sentencia que en vista de su posición procesal sólo habría tenido cabida de haber asumido también la condición de apelante, mediante la adhesión a la apelación primeramente interpuesta; de no ser así,no puede decirse que el apelado haya considerado de modo firme que la sentencia le es perjudicial, que es lo que constituye el presupuesto del recurso devolutivo, ni tampoco puede, en consecuencia, examinarse un

motivo de impugnación que no ha sido elevado como tal.

SEGUNDO.- No puede dejar de reconocer el Tribunal que la sentencia apelada resulta de difícil lectura, a veces se muestra ininteligible, y adolece de una patente estructuración argumental. Con todo, es posible acometer la reconstrucción de sus razones para decidir, como asimismo acotar con la mayor precisión posible la cuestión debatida, perfilada con toda corrección por las partes, y que entendemos centrada en dos puntos: a) la naturaleza del recargo, tarifa o tributo, según la perspectiva y visión que se adopte b) y en íntima conexión con la respuesta anterior, la existencia o no de cobertura suficiente para imponer y hacer efectivo el recargo por saneamiento.

TERCERO. Afortunadamente, **la distinción entre ambas potestades, tarifaria y tributaria, de suyo enrevesada, en tanto en su ejercicio confluye otra potestad administrativa de límites inciertos (potestad de ordenación de precios) viene siendo objeto de un progresivo proceso de depuración jurisprudencial, de la mano del Tribunal Supremo**, y en no pocas ocasiones a la luz de supuestos que presentan con el enjuiciado notable similitud, al ventilarse en algunos caso la financiación del servicio de aguas. En cierto modo, y como veremos a continuación, el Tribunal Supremo profundiza en alguno de sus asertos iniciales - STS de 15 de diciembre de 1992 -, en la medida en que daban por sentado, quizás apresuradamente, que recargos similares al ahora cuestionado se acomodaban sin más dentro del poder tarifario de la Administración, con lo cual las tarifas, contarían aparentemente con sustantividad ajena a lo tributario.

Y así, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª Recurso de Apelación núm. 2235/1992), de 4 marzo 1998, se explica y aclara que **procede distinguir entre lo que es la potestad tarifaria, conexa a la idea de gestión de un servicio público y a su fórmula de remuneración, y la potestad tributaria, plasmación del concepto de los ingresos públicos de tal naturaleza**.

Y, en el plano de la efectividad de ambas potestades, la «tarifa» (o precio o contraprestación), como se indica en la doctrina más generalizada, se ordena y analiza abstractamente en la normativa de gestión de los servicios públicos, se establece y fija al formalizar un contrato (de gestión de servicios), no puede exigirse generalmente por vía de apremio y es susceptible de discutirse, incluso, ante la jurisdicción civil. Y, por otro lado, la «tasa» propiamente dicha, el «precio público» o -después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995- **la «prestación patrimonial de carácter público» -del artículo 31.3 de la Constitución - se regulan abstractamente en la normativa propia de los ingresos de derecho público, se imponen, ordenan y especifican de acuerdo con dicho régimen jurídico, pueden exigirse por vía de apremio y se impugnan a tenor de lo expuesto en las reglas tributarias.**

Es evidente que **la diferenciación de dichos conceptos -en relación, especialmente, con el juego de la potestad administrativa de intervención sobre los precios y tarifas- no ha sido (y continúa no siendo) pacífica, tanto en el marco jurisprudencial como en el normativo.**

Las Sentencias de esta Sala de 9 abril 1968 (RJ 1968\3748), 12 noviembre 1979, 1 marzo 1980 (RJ 1980\ 1059), 10 marzo 1988 (RJ 1990\1347) y 15 diciembre 1992 (RJ 1993\2515), limando asperezas conceptuales e intentando terminar con confusiones tradicionales, han venido distinguiendo, progresivamente, entre las «tarifas o precios» de los servicios públicos y las «tasas» y/o «precios públicos» de carácter fiscal, atribuyendo a unos y otros diferentes naturalezas en función, sobre todo, de sus respectivos regímenes de implantación, modificación e impugnación, de sus conceptos integradores y de sus finalidades aplicativas.

El Derecho Positivo también ha sido (y, aún, es) reflejo de esas dudas interpretativas.

Así, por ejemplo, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (que, hoy día, puede reputarse todavía vigente en lo esencial) trata de las «tarifas», en el Capítulo V («gestión indirecta de los servicios») del Título III, en el sentido que se ha expuesto antes, hablando de remuneración del concesionario (artículo 115.6), de precio fijado por la Administración, susceptible, sin embargo, de rebajarse en el proceso de licitación (artículo 122.4), de retribución como derecho de quien asume la prestación del servicio (artículo 128.3.1) y de utilización de la vía de apremio para su exacción sólo si la Corporación local lo autoriza (artículo 130.1); pero incurriendo, en el artículo 129 , en una aparente contradicción, al indicar que la remuneración del concesionario está compuesta por las contribuciones especiales que se devengaren por el establecimiento del servicio y las tasas a cargo de los usuarios, con arreglo a la tarifa aprobada en la forma dispuesta en el propio precepto, contradicción o confusión que se reitera en el Capítulo VI («de las tarifas»), al comprender en tal concepto genérico toda contraprestación de los servicios ya sea «tasa» (ingreso público) o «precio-tarifa» (remuneración del concesionario y/o de la entidad de derecho privado que preste el servicio).

El artículo 155 del Reglamento que comentamos intenta aclarar y purificar -con relativo acierto- los

conceptos de «tasa» y «tarifa». Y, así, dice: «1. En los servicios prestados directamente por la Corporación, con o sin órgano especial de administración o mediante fundación pública del servicio, o indirectamente por concesión otorgada a particular o empresa mixta o por consorcio con otros entes públicos, las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasa y serán exaccionables por la vía de apremio 2. Si el servicio se prestare con arreglo a las formas de derecho privado y, en especial, por sociedad privada municipal o provincial, arrendamiento o concierto, las tarifas tendrán el carácter de precio o merced, sometido a las prescripciones civiles o mercantiles». Parece, pues, que se distingue, según el modo de gestión del servicio, entre «tasa» o «precio público» (incluyendo, de un modo no muy ortodoxo, y contradictorio con el contenido del Capítulo V, la remuneración del concesionario) y el «precio-tarifa».

El Real Decreto Legislativo 781/1986, en su artículo 107 , establece, como antes hemos indicado, que «La determinación de las tarifas de los servicios que, con arreglo a la política general de precios, deban ser autorizados por las Comunidades Autónomas u otra Administración competente, deberá ir precedida del oportuno estudio económico. Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas. Las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate. No obstante, cuando las circunstancias aconsejaren mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los exigidos por la referida autofinanciación, la Comunidad Autónoma o Administración competente podrá acordarlo así, autorizando simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes». Parece que, en este texto, en principio, la «tarifa» va conexa a la idea de remuneración del concesionario del servicio o de la empresa privada que directa o indirectamente lo presta, y no a la idea del ingreso público tributario (aunque el texto no distingue con claridad tal dicotomía).

Por su parte, la Ley 39/1988, define la «tasa» (artículo 20) y el «precio público» (artículo 41), sin hacer referencia, sin embargo, a si el servicio que genera tal tasa o precio se presta en régimen de derecho público o privado, y conceptúa, por otra parte, el precio público como un ingreso de la entidad local, establecido y/o modificado (sólo) por el Pleno de la Corporación (con un alcance conceptual que no parece aplicable, lógicamente, al precio o ingreso obtenido por una entidad privada -como la de los presentes autos-).

Puede concluirse, pues, ya, que la «tarifa» es el producto del ejercicio de la potestad tarifaria de la Administración (y no de la potestad tributaria) y es, por ello, diferenciable de la «tasa» y del «precio público», pues estas dos últimas contraprestaciones constituyen, más bien, ingresos de derecho público que, como tales, conforman la Hacienda Pública (en este caso, Local), y las «tarifas» son el precio fijado por la Administración para remunerar a quien, en régimen de derecho privado, presta el servicio.

En los supuestos del concesionario (y, también, en cierto modo, en los de las empresas privadas con capital total o parcialmente administrativo) la «tarifa» adopta una conformación contractual, en cuanto, a pesar de ser fijada unilateralmente por la Administración, su importe se vincula al objeto del servicio y puede verse afectada en su cuantificación por la alteración del equilibrio financiero del contrato o negocio por el que se confiere la actividad prestacional.

Ya la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 20 noviembre 1991 (RJ 1991\8835) -en un caso que afecta a la misma empresa AUVASA interviniente en los presentes autos- tiene declarado que se está ante la presencia de «un acto administrativo por el que se ejerce el control de la modificación de las "tarifas" de un servicio público, concretamente el de transporte urbano de viajeros, y dichas "tarifas" tienen el carácter de precios, y no de "tasas" ni de "precios públicos", por lo que les resulta aplicable el régimen de precios establecido por el Real Decreto 2226/1977, de 27 agosto». En consecuencia, lo que hemos venido llamando potestad tarifaria puede venir condicionada por la potestad administrativa de fijación de precios y tarifas en orden a la contención de la inflación, que se regula en el Decreto-Ley 12/1973, de 30 noviembre (RCL 1973\\ 2209 y NDL 24410), y en el Real Decreto 2695/1977, de 28 octubre , y cuyo ejercicio puede estar atribuido al Estado o a las Comunidades Autónomas, como ya antes se ha indicado y como se infiere, además, de lo reseñado en el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986 [precepto que, por lo que se refiere al concepto estricto de «tarifa» y/o «precio» que hemos dejado establecido -sin perjuicio de una potencialidad aplicativa de más amplio espectro, comprensiva, también, con matices, de las «tasas» y «precios públicos»-, no queda abarcado ni afectado por el texto expreso de la Disposición Derogatoria 1, d) de la Ley 39/1988 y debe reputarse, por tanto, actualmente vigente].

Pero la más intensa explicación de las diferencias legales que median entre tributo y tarifa, se obtiene recorriendo la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª Recurso de Casación núm. 1490/1994), de 21 abril 1999, cuyo valor refuerza el dato de haberse dictado en contemplación de un recargo o tarifa especial por metro cúbico de agua suministrado para financiar las obras de ampliación de la red arterial y de la depuradora de Picassent, cantidad a percibir por la Sociedad de «Aguas de Valencia, SA» y que debía entregar al Ayuntamiento de Valencia. Sobre los parámetros utilizables para discernir tarifa o precio privado de otros conceptos de raigambre tributaria razona la

sentencia como sigue:La tarifa general o sea sin la especial del 1,50 ptas., por metro cúbico de agua, exigida por la Sociedad «Aguas de Valencia, SA» es sin duda alguna un precio privado, que a efectos económico-financieros es el componente fundamental de los ingresos por suministros de agua potable realizados por dicha Compañía, que una vez restados los gastos determina el beneficio de dicha empresa. Si fuera una tasa, es decir un tributo de naturaleza pública su importe una vez percibido por la Sociedad «Aguas de Valencia, SA», como sujeto sustituto, sería pagado por ésta al Ayuntamiento de Valencia, cosa que no ocurre en el caso de autos. La Tarifa general es según doctrina jurisprudencial consolidada un precio privado aunque por virtud de la potestad tarifaria que corresponde al ente concedente (arts. 115 , 116 y 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales , aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955) le corresponda a éste su aprobación.

La Tarifa especial consistente en 1, 50 pesetas por metro cúbico de agua potable, a incluir en el recibo del agua a pagar por los usuarios para financiar las obras de ampliación de la red arterial y de la depuradora de Picassent, cantidad a percibir por la Sociedad de «Aguas de Valencia, SA» y que debía entregar al Ayuntamiento de Valencia no podía seguir la vía de las tasas, porque éstas se corresponden con el coste real de los servicios integrados por los costes directos, indirectos, por la amortización de las instalaciones y por el beneficio industrial del concesionario, pero que obviamente no pueden incluir la ampliación de las instalaciones, por ello el Ayuntamiento de Valencia no siguió el procedimiento para el establecimiento de las tasas, con su correspondiente acto de imposición provisional y simultanea aprobación de la correspondiente Ordenanza, decididos por mayoría del pleno del Ayuntamiento, exposición al público para reclamaciones durante 15 días y posterior aprobación definitiva, sino que fue acordada como un simple aumento de las Tarifas, es decir incremento del precio privado por suministro de agua.

Pese a la naturaleza distributiva de la Tarifa especial como reparto del coste de la ampliación futura de las instalaciones entre los usuarios del suministro de agua, que la acercaría a una contribución especial, contemplada en el art. 23.1 del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre , para el establecimiento, ampliación o mejora de servicios municipales, lo cierto es que esta vía no era posible, porque como precisa dicho artículo 23.1 es necesario que se beneficie especialmente a personas determinadas, circunstancia que no se da en este caso como, por cuanto lo que hay es un beneficio común o general.

Tampoco le era posible al Ayuntamiento de Valencia establecer un impuesto o arbitrio finalista para financiar las obra s indicadas, porque en la Hacienda Local, los Ayuntamientos sólo podían establecer, en aquel entonces, los tributos específicamente admitidos y regulados en el Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre , por el que se pusieron en vigor las disposiciones de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto del Régimen Local, relativas a ingresos de las Corporaciones Locales.

El Ayuntamiento de Valencia, cerradas las vías de la tasas, de las contribuciones especiales y de los arbitrios o impuestos, siguió el camino fácil de aumentar las Tarifas mediante la inclusión de una tarifa especial de 1,50 pesetas por metro cúbico de agua suministrada, a pagar por los usuarios, que recaudaría la Sociedad «Aguas de Valencia, SA» y que ésta entregaría al Ayuntamiento de Valencia, concepto este híbrido y atípico , pero en el que predomina, al menos en apariencia, por el procedimiento seguido, el carácter de precio privado o «tarifa».

Segunda. Es necesario distinguir como hizo la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1986 dos relaciones jurídicas distintas. La primera es la existente entre los usuarios y la concesionaria del servicio público de suministro de agua potable, que es de índole mercantil, pues el usuario se limita a pagar un precio privado por el suministro que recibe. El usuario, ciertamente, queda obligado a pagar el precio establecido desde que se publica en el Boletín Oficial de la Provincia, precio que estaba integrado por la Tarifa general y por la Tarifa especial. La segunda relación es la existente entre la sociedad concesionaria «Aguas de Valencia, SA » y el Ayuntamiento de Valencia, ente concedente. Esta relación forma parte del conjunto obligacional de la concesión, debiéndose destacar que la cláusula 12ª del contrato concesional de 7 de julio de 190 4 estableció tres vías distintas para la financiación de la ampliación y mejora de las instalaciones, que eran: a) Acudir al crédito. b) Llevarla a cabo el Ayuntamiento, en cuyo caso las mejoras introducidas serían de propiedad municipal; y c) Hacerse cargo la concesionaria, en cuyo caso serían de su propiedad, y al término de la concesión el Ayuntamiento tendría que indemnizarla. Ambas partes optaron por la financiación por el Ayuntamiento, el cual arbitró a tal efecto, un aumento del precio, es decir de las «tarifas», obligándose la concesionaria a cobrar la tarifa especial, no como sujeto sustituto «ex lege», sino como gestor «ex contractu» y a entregar al Ayuntamiento la recaudación obtenida. Nos hallamos, pues, ante una tarifa especial que es un precio privado, percibido por la concesionaria de los usuarios, que revierte al Ayuntamiento por virtud del título concesional.

Tercera. El expediente administrativo no deja lugar a dudas acerca de que la Tarifa especial de 1,50 pesetas por metro cúbico de agua suministrada responde a un aumento de las Tarifas con la finalidad de que las nuevas instalaciones (ampliación de las vías arteriales y de la depuradora de Picassent) pasen a ser de dominio municipal, aunque afectas a la concesión, con objeto evitar que se incrementen excesivamente los activos de la sociedad concesionaria y por ende la indemnización correspondiente en el momento de la

reversión.

La naturaleza híbrida de la Tarifa especial originó posiciones distintas de los Servicios municipales informantes, así el Ingeniero Jefe de Aguas mantuvo en su propuesta que dicha Tarifa debería tener un tratamiento contractual específico, debiéndose supeditar la aprobación de la tarifa de 1982 al indicado contrato entre el Excmo. Ayuntamiento y la sociedad concesionaria. El Servicio de Gestión Financiera y Coordinación Presupuestaria se inclinó por la obligatoriedad de la imposición y en su consecuencia mantuvo el carácter de contribución especial en la que se «sustituiría el procedimiento de determinación de contribuyentes por el de aplicabilidad de la tarifa a los usuarios del Servicio».

Según dictamen pedido por el Ayuntamiento de Valencia a un ilustre administrativista: «La relación entre la entidad concesionaria y el Ayuntamiento de Valencia es de carácter administrativo y sujeto, por tanto, al derecho administrativo. La obligación de la concesionaria de recaudar la citada tarifa es una obligación deriva da de la prestación en régimen de concesión de un servicio público, como es el de abastecimiento domiciliario de agua. Dicha obligación deriva, por tanto, de un contrato evidentemente administrativo, (...) siendo la tarifa especial citada, desde el momento que corresponde a obras municipales, la participación del Ayuntamiento de Valencia en el rendimiento de la concesión».

El Letrado asesor del Ayuntamiento de Valencia mantuvo en su dictamen que se trataba de una tasa a tenor de lo establecido en los párrafos 1 y 3 del art. 15 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

La entonces Sociedad de «Aguas Potables y Mejoras de Valencia, SA» acordó con fecha 15 de diciembre de 1981, lo siguiente: «(.. .) no tenemos inconveniente en recaudar el incremento antes mencionado, ingresándolo mensualmente, y poniendo a disposición del Ayuntamiento la liquidación resultante del mes anterior, en la cuenta especial a abrir por la Intervención de Fondos Municipales (...)».

El Ayuntamiento en Pleno aprobó en su sesión extraordinaria del día 17 de diciembre de 1981, establecer a partir del 1 de enero de 1982, junto con la Tarifa General, la Tarifa especial 1,50 ptas. por metro cúbico de agua, con destino a la financiación de las obras de primer establecimiento y amortización de las obras financiadas con fondos municipales cuyo importe será ingresado por la Sociedad de «Aguas Potables y Mejoras de Valencia, SA» mensualmente, poniendo a disposición del Ayuntamiento la liquidación resultante del mes anterior en la cuenta especial a abrir por la Intervención (...).

Es claro que el Ayuntamiento de Valencia no consideró en absoluto que dicha Tarifa especial fuera una tasa y por ello siguió el procedimiento propio de la aprobación de las tarifas de los concesionarios de servicios públicos.

Por el contrario, si admitiéramos que se trata de una Tasa como pretende el Ayuntamiento de Valencia, con el fin de lograr un tipo porcentual de interés de demora mayor, como es el propio del artículo 58 de la Ley General Tributaria , habríamos de concluir que la Tarifa especial habría incurrido en nulidad absoluta, por desconocer el procedimiento propio del establecimiento de los tributos locales, conclusión negada por la Sala Quinta de este Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 23 de junio de 1986 que reconoció la validez de dicha Tarifa especial.

En lo que al Tribunal atañe, el principal razonamiento de las sentencia es el que explica la diversificación de régimen jurídico que acontece dependiendo de que el servicio público se preste directamente por la Corporación Local (Municipio o sucedáneos), o por tercero interpuesto, indirectamente y por delegación:

Es cierto que el artículo 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 , dispone que en los servicios prestados indirectamente por la Corporación mediante concesión otorgada a empresas particulares, las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasas y serán exaccionables por la vía de apremio, añadiendo que, sin embargo, si el servicio se prestare con arreglo a las formas de derecho privado, las tarifas tendrían entonces el carácter de precio o merced, pero no obstante exceptuaba de este carácter a las Tarifas cualquiera que fuese la forma de prestación cuando se tratase de servicios monopolizados y los que fuesen de recepción obligatoria para los administrados, que tendrían la naturaleza de tasas.

El Ayuntamiento de Valencia arguye que el servicio de suministro de agua potable es de recepción obligatoria y por ello las Tarifas correspondientes no son precios, sino tasas.

Este argumento debe ser rechazado, porque el artículo 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales , que no es de naturaleza tributaria, no puede prevalecer sobre las disposiciones de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 , ni sobre las normas específicas del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, concretamente su artículo 14 que dispone: «Los productos de las tasas no tendrán para las Entidades municipales la consideración de rentas ni de precios, salvo que los servicios fueran prestados con arreglo a formas de derecho privado y, en especial, por sociedad privada municipal, arrendamiento o concierto», y es claro que el suministro de agua potable en Valencia se presta por una

sociedad anónima, conforme a normas de derecho mercantil, sobr e todo en la relación de la empresa suministradora con sus usuarios, luego se trata desde esta perspectiva de precio privado.

Séptima. La mención que la recurrente hace al artículo 19, apartado 21, del Real Decreto 3250 /1976, de 30 de diciembre , que dispone que se entenderán como servicios de competencia municipal que benefician especialmente a personas determinadas o, aunque no les beneficien les afectan de modo particular (art. 6 b), los servicios y actividades siguientes (...) «21. Suministro municipal de agua, gas y electricidad».

Este precepto justifica la exigencia de tasas por prestación de dichos servicios, pero claramente se refiere al supuesto en que las Corporaciones Locales prestan ellas mismas el servicio, y, por tanto, pueden exigir las tasas correspondientes, pero éste no es el caso de autos en que el servicio de suministro de agua potable lo presta una sociedad mercantil, en forma de derecho privado

Luego la sentencia del Tribunal Supremo viene a situarse, de algún modo en la posición de esta Sala y sección, que ya en la sentencia de 15 de enero de 2002 (entre otras en número suficiente para poder hablar de precedente consolidado), llegó a la conclusión de que las tarifas a que se refirió la autorización incorporada al Real Decreto comportaba una tasa por prestación de servicios, y que la calificación más segura para tal disposición normativa es la de suponer ciertamente en ella el ejercicio de la potestad ordenadora de tributos, sin que ahora, creemos, sea ya necesario, una vez despejada la cuestión por la jurisprudencia más avanzada, parificar esta manifestación de poder tributaria con el añadido de que también supone una suerte de ejercicio de poderes tarifarios, de perfiles, amén de singulares, y por ello, inconciliables con los que caracterizan el genuino poder tributario.

CUARTO.- Y una vez que la naturaleza del recargo (durante la época anterior a la entrada en vigor de la Ordenanza Fiscal aprobada en sesión de 31 de enero de 2001 por la Asamblea del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia) queda, a nuestro juicio, razonada, procede analizar la existencia o no de cobertura suficiente para imponer y hacer efectivo el recargo por saneamiento.

Ahora con una mayor convicción acerca de que la caracterización como disposición normativa general y abstracta del Decreto de 1980 parte de la base de que su esencia consiste en la modulación de uno de los elementos básicos del tributo mediante la incorporación del recargo exaccionado.

Si dicho recargo y la financiación que permite aflorar se encuentra en relación de equivalencia con el servicio financiado no es cuestión jurídica de nuestra incumbencia, puesto que no forma parte de las cuestiones sometidas a nuestro criterio.

Frente a la exacción aplicada no cabe oponer la insuficiencia de rango del Real Decreto a la vista del uso que hicimos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia: sentencia 233/1999, de 16 de diciembre , que conoció de diversas impugnaciones de la Ley estatal reguladora de las Haciendas Locales, que por conocida por las partes e incorporada a los autos damos por reproducida.

Igual suerte desestimatoria debe correr el argumento relativo a la ausencia de Ordenanza durante el período objeto de exacción, en atención a la interpretación que sobre el alcance real de la Disposición Transitoria Primera de la Norma Foral 5/1989 , de Haciendas Locales de Bizkaia . El que se disponga que " Antes del día 1 de enero de 1990, las Entidades a las que se refiere esta Norma Foral, habrán de adoptar los acuerdos precisos de imposición y ordenación de tributos al objeto de poder exigir tasas y contribuciones especiales, con arreglo a las disposiciones contenidas en la presente Norma Foral. Asimismo, y antes de la referida fecha, las respectivas Corporaciones, deberán adoptar los acuerdos precisos al objeto de poder exigir precios públicos con arreglo a las disposiciones contenidas en la presente Norma Foral. Entre tanto, y hasta la fecha indicada, las Entidades referidas, podrán continuar exigiendo tasas y contribuciones especiales con arreglo a las normas contenidas en las disposiciones legales vigentes en materia de régimen municipal.",no obliga a concluir que la no utilización en plazo de la facultad conferida sitúe el tema en el campo formal y de las vigencias normativas, sino en el de la incorporación material a las tarifas que con posterioridad hayan venido siendo aprobadas.

QUINTO.- Por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación interpuesto, revocando. la sentencia de 5 de diciembre de 2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Uno de Bilbao que estimó el recurso interpuesto por Sidenor Industrial, S.L, contra la desestimación por silencio negativo de las reposiciones interpuestas frente a las liquidaciones giradas por el Consorcio de Aguas Bilbao- Bizkaia correspondientes a los meses de agosto a diciembre de 2000, y enero de 2001, en lo atinente al denominado recargo por saneamiento que incorporaban, que se considero exaccionado de forma no ajustada al Ordenamiento ,y confirmando las actuaciones administrativas impugnadas.

Pronunciamiento que se entiende sin que concurran motivos bastantes para la imposición de las costas, de conformidad con el art 139. 1 LJCA .

Vistos los preceptos citados y demás de especial aplicación, la Sala emite el siguiente

Fallamos: Que estimamos el recurso de apelacion interpuesto por el CONSORCIO DE AGUAS BILBAO

BIZKAIA FRENTE A la sentencia de 5 de diciembre de 2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Uno de Bilbao que estimó el recurso interpuesto por SIDENOR INDUSTRIAL, S.L, contra la desestimación por silencio negativo de las reposiciones interpuestas frente a las liquidaciones giradas por el Consorcio de Aguas Bilbao- Bizkaia correspondientes a los meses de agosto a diciembre de 2000, y enero de 2001, en lo atinente al denominado recargo por saneamiento que incorporaban, que se considero exaccionado de forma no ajustada al Ordenamiento, revocando dicha resolución, y considerando conformes a Derecho las actuaciones administrativas impugnadas.

STSJ CATALUNYA, CONTENCIOSO SECCIÓN 3ª, DE 5 DE ABRIL DEL 2005 (STSJ CAT 4144/2005)

Recurso: 208/1999

Ponente: Sr. QUIROGA VAZQUEZ

S E N T E N C I A nº 284/2005

En la ciudad de Barcelona, a cinco de abril de 2005.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCION TERCERA), constituida para la resolución de este recurso ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo nº 208/99 interpuesto por la ENTIDAD METROPOLITANA DEL TRANSPORTE DE BARCELONA, representada y asistida por la Letrada Doña Ana Viola Tarragona, contra el DEPARTAMENTO DE POLITICA TERRITORIAL Y OBRAS PUBLICAS de la Generalidad de Cataluña, representado y asistido por el Letrado de la Generalitat.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL QUIROGA VÁZQUEZ, quien expresa el parecer de la SALA.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- La representación de la parte actora, interpuso recurso contencioso administrativo contra la Orden de 22 de diciembre de 1.998 del Departamento de POLITICA TERRITORIAL Y OBRAS PUBLICAS de la Generalidad de Cataluña.-

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación; en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.-

TERCERO.- Acordado por Auto de 31 de marzo de 2000 el recibimiento del presente pleito a prueba y tras el oportuno trámite de conclusiones que evacuaron ambas partes, se señaló a efectos de votación y fallo la audiencia del día 15 de marzo de 2005.-

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- LA "ENTIDAD METROPOLITANA DEL TRANSPORTE DE BARCELONA" impugna la Orden de 22 de diciembre de 1.998 del Departamento de POLITICA TERRITORIAL Y OBRAS PUBLICAS de la Generalidad de Cataluña estableciendo las tarifas máximas aplicables a los servicios discrecionales de viajeros con vehículos de hasta nueve plazas.

SEGUNDO.- El 22 de diciembre de 1.998 (D.O.G.C. nº 2795 de 29 de diciembre) el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña dictó Orden por la que se establecían las tarifas máximas aplicables a los servicios discrecionales de viajeros realizados con vehículos de hasta nueve plazas, incluidos los autotaxis; la citada Orden en su artículo 4 establece que: "los servicios se han de contratar en régimen de alquiler por coche completo y los recorridos son en circuito cerrado hasta el punto de partida por el recorrido más corto, sino se acuerda expresamente lo contrario". Las tarifas que prevé esta orden son de aplicación desde el punto donde se efectúe el inicio de la prestación del servicio en todos los servicios de carácter "interurbano".

TERCERO.- Por Auto de 7 de octubre de 1.999 se amplió el recurso a la resolución de 15 de marzo de 1.999 (D.O.G.C. nº 2859 de 31 de marzo) por la que se dictaban normas de ejecución e interpretación de la Orden de 22 de diciembre de 1.998. En la demanda y en escrito posterior de 29 de diciembre de 1.999 no se deduce ninguna pretensión respecto a la resolución objeto de ampliación.

CUARTO.- La recurrente solicita la nulidad de la Orden de 22 de diciembre de 1.998 conforme a los siguientes motivos: a) infracción del artículo 62. e) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, por haberse prescindido del procedimiento establecido para su elaboración; b) infracción del principio constitucional de

seguridad jurídica; c) vulneración del principio de autonomía local por invasión competencial.

QUINTO.- Sostiene la actora que la Orden impugnada ha prescindido del trámite de información pública y ha omitido dar audiencia a todos los interesados incurriendo en la nulidad absoluta y radical que prevee el artículo 62 e) de la Ley 30/92, de P.A.C .; a tales efectos, alega la Generalidad que si bien es cierto que no se sacó a información pública ni se dio audiencia a posibles interesados en el régimen tarifario, lo fue porque se está ante un simple acto administrativo que afecta a una pluralidad de personas, pero sin vocación de innovar el ordenamiento jurídico con carácter permanente, toda vez que se trata de una simple revisión tarifaria realizada anualmente que carece de la naturaleza de Disposición General, y por tanto no se vulnera el principio de audiencia; sin embargo, las Ordenes son, por lo general, disposiciones generales de la Administración de la Generalidad, si son dictadas por los Consejeros competentes por razón de la materia, y su elaboración debe reunir determinadas circunstancias, entre las cuales debe de ser sometida a información pública o a audiencia de las entidades que, por Ley, tienen la representación y defensa de los intereses de carácter general o afectados por dicha disposición (artículos 62, 63 y 64 de la Ley de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña de 14 de diciembre de 1.989).- Según la doctrina más corriente la Disposición General, forma parte del ordenamiento jurídico, innovándolo, derogando otra disposición anterior, creando normas nuevas y habilitando relaciones o actos hasta ese momento no previstos; por el contrario, el acto es algo ordenado, producido en el seno del ordenamiento como simple aplicación del mismo, o dicho de otro modo, suele tener un destinatario concreto, aunque existan supuestos de destinatario indeterminado que sin embargo se agota en su simple cumplimiento. En el presente supuesto, acaece que las sucesivas Ordenes del Departamento de Obras Públicas y Política Territorial dictadas el 8 de enero de 1.996; 18 de marzo de 1.997 y 8 de enero de 1.998, estableciendo las tarifas máximas aplicables a los servicios discrecionales de transporte de viajeros realizados con vehículos de hasta nueve plazas, reproducen "a la letra" el contenido del artículo 4, párrafo 2º, en el sentido de que: "En los servicios que tengan origen o destino en el ámbito territorial de la Entidad Metropolitana del Transporte, se entenderá como punto de partida o de llegada, respectivamente, al efecto de la aplicación de las tarifas previstas en la presente Orden, el límite territorial de la Entidad Metropolitana del Transporte, y en la parte del recorrido comprendido íntegramente en dicho ámbito territorial se aplicarán las tarifas metropolitanas vigentes". Es llano, por tanto, que durante el recorrido de un servicio interurbano de autotaxi, si su trayecto incluía el área metropolitana, se aplicaban dentro de ese perímetro las tarifas metropolitanas vigentes, pero con el nuevo sistema se modifican los regímenes anteriores incorporando las tarifas en los taximetros desde el momento que se inicia el servicio sin diferenciar los distintos conceptos tarifarios, por lo que la tarifa interurbana que ahora se establece se la arroga la Generalidad ,en su conjunto, en los transportes interurbanos que tengan origen o destino fuera del ámbito territorial de la Entidad Metropolitana del Transporte, aunque discuran por ella. Desde luego, tal innovación, alterando, sustancialmente, el régimen tarifario anterior y sus competencias supone la creación de una nueva normativa y habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos que, sin perjuicio de analizar su conformidad a derecho en orden a la distribución de competencias de la materia, supone, formalmente, que estamos ante una decisión con naturaleza de Disposición General que ha incumplido requisitos y circunstancias que suponen la infracción del procedimiento establecido, lo que acarrea su nulidad absoluta o radical (art. 62. 1. e) de la Ley 30/92 de P.A.C .) y así debe declararse, para evitar una manifiesta indefensión (S.S.T.S. 21-enero-1984 y 3-junio-1991) .

SEXTO.- En el orden competencial, la actora sostiene que conforme a la preceptiva de la Ley 7/87, de 4 de abril, de Conurbación, el artículo 16. 1.d) otorga a la Corporación Metropolitana (E.M.T.) las facultades de intervención administrativa en los servicios de transportes público de viajeros en automóvil, y el artículo 117 de la Ley 16/87 de O.T.T . otorga a dicha entidad la competencia en materia tarifaria al disponer que : "la autoridad local competente, establecerá con sujección a la normativa general de precios el régimen tarifario de transportes urbanos de viajeros", por lo que entiende que es competencia exclusiva de la E.M.T. el régimen tarifario sin perjuicio del sometimiento a la Comisión de Precios de Cataluña conforme a los D. 127/86 , de 17 de abril, y D. 149/88, de 28 de abril. Por ello, concluye, que toda disposición de la Comunidad Autónoma que afecte al ordenamiento tarifario del régimen local, vulnera la autonomía municipal e infringe tal principio constitucional. La cuestión que se debate ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal Supremo con intervención en cuanto al régimen tarifario del Tribunal Constitucional. A los efectos que aquí se contemplan es paradigmática la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2003 , que resumiendo la doctrina contenida en otras anteriores (Ad exemplum) 20 de marzo y 16 de octubre de 1.998 y 18 de noviembre de 2000 y 23 de febrero de 2001) establece que **se ha venido distinguiendo entre la potestad para el establecimiento de tarifas de los servicios públicos a cargo de las Corporaciones Locales que corresponde exclusivamente a éstas, correspondiendo a las Comunidades Autónomas que tengan asumida la competencia la fijación de las tarifas de transportes por carretera pero en su propio ámbito.- La compatibilidad entre ambas ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1.984 , y lo que ocurre no es la desaparición de la potestad tarifaria, sino una yuxtaposición de intervenciones de las que cada una de las Administraciones, la de política de precios y la de establecimiento de tarifas, procederá de las respectivas áreas competenciales que**

cuando se encomienda a poderes distintos, cada uno ejercerá sus competencias.- En conclusión : la potestad tarifaria aunque tenga que respetar la intervención económica en materia de precios, no priva al que tiene el poder tarifario de su competencia; por tanto, las Corporaciones Locales conservan la potestad tarifaria que se funda en la mejor y más eficaz prestación del servicio público, así como la consecución del equilibrio económico de la explotación debiendo respetar la política de precios señalada por la Comunidad Autónoma competente, que debe otorgar o negar las necesarias autorizaciones, pero no puede invadir la competencia sobre tarifas que corresponde a las Corporaciones Locales basándose en razones relativas al funcionamiento del servicio.- La Comunidad Autónoma sólo tiene competencia para examinar la tarifa propuesta, desde las directrices de la política de precios, pero no puede imponer un modelo tarifario distinto al existente para cada Administración dentro de los límites competenciales por razón del territorio, ni puede enjuiciar la tarifa como elemento de la gestión del servicio público.-

SÉPTIMO.- Por lo expuesto, procede la íntegra estimación del recurso interpuesto sin que existan méritos para una condena en costas.-

Fallamos: Que ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo promovido por la ENTIDAD METROPOLITANA DEL TRANSPORTE DE BARCELONA contra la Orden de 22 de diciembre de 1.998 de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña que se declara nula y sin efecto alguno. Sin Costas.

Hágase saber que la presente sentencia es susceptible de Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que tendrá que prepararse mediante escrito que cumplimente las exigencias del artículo 89 de la L.J.C.A. 29/98, presentándolo ante esta Sección en el plazo de DIEZ DIAS a contar desde el siguiente de su notificación.

Una vez firme esta resolución, publíquese el fallo en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

STSJ CATALUNYA, CONTENCIOSO SECCIÓN 1ª, DEL 09 DE MARZO DEL 2006 (STSJ CAT 2062/2006)

Recurso: 130/2005

Ponente: Sr. ARAGONÉS BELTRÁN

S E N T E N C I A Nº 250/2006

En la ciudad de Barcelona, a nueve de marzo de dos mil seis

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN PRIMERA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente sentencia en el rollo de apelación nº 130/2005 , interpuesto por AJUNTAMENT DE BARCELONA, representado el Procurador D. CARLOS ARCAS HERNANDEZ, contra Dª Leonor , representado por el Procurador D. FCO. JAVIER MANJARIN ALBERT .

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO ARAGONÉS BELTRÁN, quien expresa el parecer de la SALA.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- La sentencia apelada contiene la parte dispositiva del siguiente tenor:

"ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo nº 535/2004-V interpuesto por Leonor contra la actuación municipal a la que se refieren los antecedentes de la presente resolución y, en consecuencia, anular la liquidación municipal de precio público impugnada en autos por resultar la misma disconforme a derecho, y desestimar el recuRso en todo lo demás; sin costas."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido, por el Tribunal de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal previo emplazamiento de las partes, personándose en tiempo y forma las partes apelante y apelada.

TERCERO.- Desarrollada la apelación y tras los oportunos tramites legales que prescribe la Ley Jurisdiccional en su respectivos artículos, en concordancia con los de la L.E.C., se señaló a efectos de votación y fallo la fecha correspondiente .

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

PRIMERO: El AYUNTAMIENTO DE BARCELONA impugna en la presente alzada la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Barcelona y su Provincia que estima en parte el recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 535/2004 , anulando la liquidación municipal de precio público por servicio de recogida de basuras comerciales correspondiente al ejercicio de 2004 y al despacho profesional de la abogada actora.

SEGUNDO: El objeto de la presente apelación ha de quedar ceñido a la cuestión de carácter jurídico en virtud de la cual la sentencia apelada estima parcialmente el recurso y que no es otra que la examinada en el fundamento de derecho cuarto de la misma.

Tal cuestión consiste en la **determinación de la naturaleza jurídica -de precio público o de tasa- que deba otorgarse cabalmente a la exacción aquí cuestionada (Servicios para la prestación de servicios especiales de limpieza y recogida de residuos municipales), la cual, como se advierte en la sentencia de instancia, dependerá de que sea de solicitud obligatoria o voluntaria para los administrados**, de acuerdo con los arts. 20.1.B).a y 41 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales y 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La sentencia de instancia llega a la conclusión de que se trata de una tasa, cuyo establecimiento no ha venido precedido de la correspondiente aprobación de la ordenanza fiscal municipal, con la consiguiente nulidad de la exacción cuestionada. Tal conclusión se apoya esencialmente en las siguientes consideraciones:

a) Según las SSTC 185/1995, 233/1999 y 106/2000 , con el afán de diferenciar los conceptos de tasa y precio público debe observarse que: "Estaremos en presencia de prestaciones coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público -por ejemplo, cuando surge de la prestación de servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria- y también cuando, siendo libre la realización del supuesto de hecho, éste no consiste en la demanda de un bien, un servicio o una actuación de los entes públicos, sino que la obligación de pagar la prestación nace sin que exista actividad voluntaria del contribuyente dirigida al ente público, encaminada por ello mismo, siquiera sea mediatamente, a producir el nacimiento de la obligación".

b) Las propias previsiones del art. 3 del acuerdo regulador al establecer como carga del generador de los residuos la de acreditar la gestión por un gestor autorizado, de manera que si no se produce la acreditación aquél vendrá obligado al pago del "precio público", junto a determinadas expresiones contenidas en el propio expediente administrativo y que resulta ciertamente reveladoras para la resolución de la litis (por ejemplo, en el estudio económico, pág. 22, se alude significativamente a la propuesta de tasa del año 2004), y pese al esfuerzo desarrollado en su informe por el Consell Tributri del propio Ayuntamiento demandado, hacen que todo ello resulte difícilmente compatible con la supuesta voluntariedad en la recepción del servicio propia de la figura del precio público.

c) A la vista de la definición normativa de las tasas y de la definición proporcionada para los precios públicos por los arts. 20.1.B).a) y 41 de la Ley de Haciendas Locales y 24 de la Ley 8/1989, en relación con el art. 47 bis de la Ley catalana 6/1993, reguladora de los residuos, según la Ley autonómica 15/2003 , la definición del supuesto de hecho considerado más parece ser la propia del hecho imponible de una tasa.

TERCERO: La Sala no comparte la aludida conclusión de la sentencia de instancia.

Por el contrario, y en la misma línea de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 8 de Barcelona y su Provincia de fecha 29 de julio de 2005, cuya copia se acompaña al escrito de apelación, debe entenderse que **el Ayuntamiento aquí apelante obró conforme a derecho cuando sujetó, en el ámbito de sus competencias, la gestión de los residuos en cuestión a un precio público y no a una tasa**, ya que ésta figura tributaria no resulta adecuada al fin público de recogida de residuos, primero por lo establecido en el art. 47 bis de la Ley 6/1993 , y segundo porque están ausentes los elementos configuradores de tal tributo, al faltar coactividad y la no presencia de un monopolio en la prestación del servicio, por cuanto es libre decisión del titular de la actividad acudir a la gestión municipal de los residuos producidos (fundamento de derecho séptimo de la expresada sentencia).

En efecto, así resulta de lo previsto en el citado art. 47 bis de la Ley de Cataluña 6/1993, de 15 de julio, reguladora de los residuos, adicionado por la reforma operada por la Ley 15/2003, de 13 de junio :

"Artículo 47 bis. Gestión de los residuos comerciales

1. La persona titular de una actividad que genera residuos comerciales debe gestionarlos por sí misma, de acuerdo con las obligaciones propias de los poseedores o productores de residuos.

2. La persona titular de la actividad debe entregar los residuos que genere o posea a un gestor o gestora autorizado para que se efectúe su valorización, si esta operación es posible, o disposición del desperdicio, o

bien debe acogerse al sistema de recogida y gestión que el ente local competente establezca para este tipo de residuos, incluyendo el servicio de desechería.

3. En todo caso, la persona titular de la actividad generadora de residuos comerciales debe:

a) Mantener los residuos en condiciones adecuadas de higiene y seguridad mientras los posea.

b) Entregar los residuos en condiciones adecuadas de separación para materiales.

c) Soportar los gastos de gestión de los residuos que posee o genera.

d) Tener a disposición de la Administración el documento que acredite que ha gestionado correctamente los residuos y los justificantes de las entregas efectuadas".

Tal precepto legal supuso un cambio esencial en el marco normativo de la gestión de residuos en esta Comunidad Autónoma, y justifica la sustitución de la anterior Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Barcelona reguladora de la tasa de recogida de basuras y residuos que regía con anterioridad, por cuanto ahora la gestión de los residuos puede voluntariamente para el interesado llevarse a cabo a través de un gestor autorizado.

Como afirma el escrito de apelación, **esta norma legal ha supuesto una liberalización real en la prestación del servicio, que ya no corresponde en exclusiva al Ayuntamiento, sino que se presta en concurrencia con el sector privado, de manera que el comerciante o profesional puede despojarse de sus residuos a través no sólo del servicio municipal sino también por medio de empresas privadas (consta en los autos que son 28 las gestoras autorizadas en Barcelona y que a 3.351 actividades no se giró liquidación por acreditar disponer de gestores propios).**

Y no cabe confundir la obligación legal de comerciantes y profesionales de tratar adecuadamente los residuos con la naturaleza jurídica del importe a satisfacer, que puede serlo a gestoras autorizadas o utilizando el servicio municipal, de manera que existe libre concurrencia.

La conclusión ha de ser, pues, que si se utiliza el servicio municipal, la contraprestación a abonar no será una tasa, sino un precio público.

Conclusión que no queda desvirtuada por el hecho de que el generador de los residuos tenga la carga de acreditar la gestión por un gestor autorizado, de manera que si no se produce la acreditación aquél vendrá obligado al pago del precio público, pues tal carga no convierte en recepción de carácter obligatorio del servicio municipal ni impide acudir a un gestor privado de los residuos, excluyendo así la prestación de tal servicio municipal.

CUARTO: Es obligada en consecuencia la estimación del recurso de apelación, sin que, dado el sentido de la presente sentencia, proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el mismo.

Fallamos: ESTIMAMOS el recurso de apelación núm. 130/2005 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA contra la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Barcelona y su Provincia que estima en parte el recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 535/2004 , anulando la liquidación municipal de precio público por servicio de recogida de basuras comerciales correspondiente al ejercicio de 2004 y al despacho profesional de la abogada actora; y, con revocación de la expresada sentencia, DESESTIMAMOS dicho recurso contencioso-administrativo, y declaramos ajusta a derecho la expresada liquidación; sin hacer especial condena en las costas causadas en ambas instancias.

Notifíquese a las partes comparecidas en el presente rollo de apelación, con indicación de que contra la presente sentencia no cabe recurso alguno y líbrese certificación de la misma y remítase juntamente con los autos originales al Juzgado de procedencia, quien acusará el oportuno recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal al rollo principal de la apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

STSJ COMUNIDAD VALENCIANA, CONTENCIOSO SECCIÓN 3ª, DEL 30 DE SEPTIEMBRE DEL 2008 (STSJ CV 6095/2008)

Recurso: 79/2008

Ponente: Sr. PÉREZ NIETO

SENTENCIA NÚM. 971/08

En la ciudad de Valencia, a 30 de septiembre de 2008.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. don José Bellmont Mora, Presidente, don Luis

Manglano Sada y don Rafael Pérez Nieto, Magistrados, el recurso de apelación tramitado con el número de rollo 79/08, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Castellón, en el recurso contencioso-administrativo núm. 310/06. Ha sido parte apelante la "Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense" S.A., representada por la Procuradora Sra. Izquierdo Tortosa y defendida por el Letrado Sr. García-Arquimbau Pérez de Heredia, y parte apelada el Ayuntamiento de Vall d'Uixó, representado por la Procuradora Sra. Gil Bayo y defendido por el Letrado Sr. López Berbi, siendo ponente el Magistrado don Rafael Pérez Nieto.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En fecha 13-2-2008 el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Castellón dictó Sentencia en el proceso núm. 310/06 ; Sentencia cuya parte dispositiva dice "(d)esestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. contra el Decreto de Alcaldía núm. 30/06 del Ayuntamiento de la Vall d'Uixó de 7-4-2006, por el que se ordena al concesionario del servicio de abastecimiento de agua potable del municipio, FACSA (...) que no aplique el nuevo régimen tarifario aprobado por la Comisión de Precios de la Generalitat Valenciana para todo el ejercicio 2006, hasta tanto no sea aprobada por el Ayuntamiento la correspondiente Ordenanza Fiscal".

SEGUNDO.- Quien fue parte demandante en el proceso interpone recurso de apelación contra la anterior Sentencia, recurso que fue admitido por el Juzgado, dándose traslado a la parte contraria, cuya representación procesal impugnó la apelación, e interesó la confirmación de la Sentencia apelada.

TERCERO.- Por el Juzgado se elevaron los indicados autos a este Tribunal; una vez recibidos y formado el correspondiente rollo, se dictó providencia señalándose para la votación y fallo el 30 de septiembre de 2008.

CUARTO.- En la tramitación del recurso se han observado todas las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto de impugnación la Sentencia a quo a que se hizo referencia en el primer Antecedente. En ella es desestimado el recurso contencioso-administrativo que "Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense" S.A. había interpuesto contra el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de la Vall d'Uixó, de 7-4-2006, que ordena, a aquel concesionario del servicio de abastecimiento de agua potable del municipio, que no aplique el nuevo régimen tarifario aprobado por la Comisión de Precios de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2006, hasta tanto no fuera adoptada por dicho Ayuntamiento la correspondiente Ordenanza Fiscal.

Ente otros fundamentos de la desestimación, contenidos en la Sentencia a quo, reseñamos aquel que destaca la necesidad de que el Ayuntamiento dicte un acto de aprobación de las tarifas además de la previa autorización de la Administración Autonómica, pues ésta última no es directamente aplicable. La Juzgadora se apoya en el art. 107 del RD-Leg 781/1986, de 18 de abril y en el criterio de la STS de 2-3-2004 y de la STSJCV (Sección Primera) de 2-1-2006 .

Denuncia la apelante "Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense" S.A. que la Sentencia apelada no resuelve el recurso contencioso-administrativo por dicha parte planteado. Relata que, como concesionaria del servicio publico de abastecimiento de agua potable en el municipio de la Vall d'Uixó, promovió expediente de modificación de tarifas que concluye con Resolución del Director General de Industria y Comercio de 28-2-2006, resolución que es firme. Relata asimismo que acudió al Juzgado de lo Contencioso-administrativo a fin de que se le permitiera aplicar inmediatamente las tarifas aprobadas por la Administración Autonómica o, en el supuesto de que se considerase que el Ayuntamiento debía realizar algún acto previo, que el Juzgado corrigiera la inactividad municipal, ordenando al Ayuntamiento la actividad necesaria para aplicar las nuevas tarifas. Pero esta última pretensión, dice la apelante, no fue analizado en la Sentencia de instancia, de ahí que -en su sentir- incurra en incongruencia omisiva; también porque no concreta cuál es la actuación administrativa necesaria que permita a la apelante comenzar a aplicar las nuevas tarifas.

SEGUNDO.- El criterio de la Sentencia apelada debe ser confirmado por esta Sala.

El que, con arreglo al art. 107 TRRL (RD-Leg 781/1986, de 18 de abril), la determinación de las tarifas de los servicios públicos prestados por las Corporaciones Locales deban ser previamente autorizadas por las Comunidades Autónomas, u otra Administración competente, con arreglo a la legislación sobre política general de precios, no significa que los términos de tal autorización son obligatorios para la Entidad Local llamada a disponer de la potestad tarifaria, que es lo que incorrectamente parece sostener la parte apelante.

Es cierto, tal y como alega la apelante, que no es la Ordenanza Fiscal el instrumento pertinente para la regulación tarifaria municipal, pues, como enseña la STS de 7-4-2007, **hemos de distinguir "...entre el servicio de suministro y saneamiento del agua prestado por los Entes Locales en régimen de Derecho Público, supuesto que debe dar lugar a la percepción de una tasa, y prestación en régimen**

de concesión, que da lugar a un ingreso de Derecho privado para la entidad concesionaria. En esa línea, las SSTS de 2-7-1999 y 20-10-2005 señalaron que **es preciso distinguir según que la Tarifa de suministro de agua potable corresponda a la prestación del servicio por un concesionario o se preste directamente por el Ayuntamiento. En el primer caso, nos hallamos ante un precio privado, pues ésta es la relación entre el concesionario y los consumidores, y en este supuesto la potestad tarifaria le corresponde al Ayuntamiento, ente concedente, según lo dispuesto en los arts. 148 a 155 del Reglamento de Servicios Locales de 24 de junio de 1955** , de modo que para la modificación de las Tarifas se instruye un expediente, que se inicia con la propuesta del concesionario, y después de los informes precisos, el Ayuntamiento elabora la correspondiente propuesta que eleva al órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma (...) para su autorización. En el segundo caso, al prestar el propio Ayuntamiento directamente el servicio de suministro de agua potable, las Tarifas tienen naturaleza jurídico-tributaria de tasas y, por tanto, su modificación debe seguir la tramitación propia de las Ordenanzas Fiscales".

Dicho lo cual, dejando al margen de la impropiedad contenida en el acto impugnado, que remite la autorización de las nuevas taifas a una Ordenanza Fiscal (sic), no yerra el Ayuntamiento de Concentaina sin embargo cuando hace reserva de su potestad para decidir, en último término, sobre el importe de las nuevas tarifas a percibir por el concesionario el servicio público de suministro de agua potable, por mucho que la propuesta de modificación de las tarifas, suscrita por dicho concesionario, hubiera sido anteriormente aprobada por la Administración competente en política de precios.

En línea con la doctrina del Tribunal Supremo a que se remite la Sentencia a quo, así como la invocada por la representación procesal del Ayuntamiento demandado, es de recordar lo dicho por el Tribunal Constitucional en SSTC 97/1983 y 53/1984 , que sienta una doctrina que ayudan a deslindar la potestad tarifaria y la política de precios, (régimen de precios autorizados), razonándose en tales Sentencias que cuando concurren ambas intervenciones administrativas no desaparece la potestad tarifaria, sino que se da la yuxtaposición de ambas, pues "...el que la potestad tarifaria tenga que respetar en el ámbito de las calificaciones de precios, (...) las decisiones que correspondan al competente en la materia, podrá condicionar el contenido de las tarifas, pero no priva al que tiene el poder tarifario de su competencia, y, desde luego, no atrae el título en materia de precios la competencia en materia de transportes".

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo tiene dicho en STS de 25-7-2003 que "...el ejercicio de la potestad tarifaria está limitado por las facultades de control de precios que correspondían al Estado y que éste transfirió a las Comunidades Autónomas. Se hace, por tanto, necesario distinguir con nitidez el campo propio de la potestad tarifaria y el campo propio de las autorizaciones para determinados aumentos de precios, entre los cuales se encuentran las tarifas de transportes públicos mediante autobuses, microbuses, taxis, etc. Esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha distinguido nítidamente la potestad tarifaria y las competencias propias de la política de precios, así en su STS de 25-11-1978 dijo textualmente: '...la resolución impugnada y el referido acuerdo municipal corresponden a esferas jurídicas distintas, pues la primera ha sido dictada en función de la coyuntural política de precios con independencia de que las tarifas afecten a un servicio público, en tanto que el segundo concierne al ejercicio de la potestad tarifaria que compete a la entidad concedente en relación con los servicios públicos gestionados en régimen de concesión administrativa'".

Por consiguiente, el motivo de apelación no puede prosperar.

TERCERO.- La parte apelante, ya se ha dicho más arriba, denuncia además incongruencia omisiva en la Sentencia apelada, porque, en el sentir de dicha parte, dicha resolución judicial silenció la respuesta debida sobre la impugnación de la inactividad del Ayuntamiento (consistente en no adoptar la correspondiente Ordenanza que contuviera las tarifas aprobadas por la Administración Autonómica) así como sobre la pretensión de que se ordenase por esta Sala el cese de dicha inactividad.

Es cierto que en el suplico del escrito de demanda la parte recurrente y ahora apelante pretendió del Juzgado a quo que éste ordenara al Ayuntamiento que adoptase una Ordenanza con el contenido propuesto por la recurrente y aprobado por la Administración Autonómica. Pero es igualmente cierto que, en el escrito de interposición, la inactividad denunciada no se señaló como objeto de impugnación, por lo que la pretensión antes reseñada implica desviación procesal.

En efecto, en el proceso contencioso-administrativo, la delimitación del objeto litigioso se hace en dos escritos distintos, uno, en la interposición del recurso, en que habrá de indicarse el acto o disposición contra el que se formula, y otro, en el de demanda, en el que con relación a aquéllos se deducirán las pretensiones que interesen, sin que sea lícito extenderlas a actos (disposiciones, inactividad o actuaciones) distintos de los inicialmente delimitados sin haber guardado los requisitos propios de la acumulación (STS de 21-7-2003 y las que en ella se citan).

En todo caso, no cabe hablar de incongruencia omisiva o ex silentio, como quiera que el Juzgado a quo ofrece respuesta negativa, implícita si se quiere, a las referidas pretensiones de la recurrente, ello mediante

la remisión a la doctrina legal extractada en la STS 2-3-2004 , doctrina de la cual se infiere, sin ningún género de dudas, que el Ayuntamiento no está obligado a asumir el contenido la autorización vertida por la Administración Autónoma por el mero hecho del pronunciamiento de la autorización.

Por lo demás, no es función de los órganos judiciales la de ilustrar a los interesados acerca de las vías de defensa de sus intereses. En cualquier caso, si la parte apelante se considera perjudicada por un supuesto desequilibrio económico de la concesión de la que es titular, es ante el Ayuntamiento titular del servicio ante quien debe promover el cambio tarifario.

En definitiva, los motivos de apelación son rechazados, por lo que debemos desestimar el presente recurso.

CUARTO.- Dispone el artículo 139.2 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, reguladora de esta Jurisdicción, que en las demás instancias (es decir, salvo las resoluciones dictadas en primera o única instancia) se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, lo que concurre en el presente caso, por lo que procede imponerlas a quien apeló en este rollo.

VISTOS, los preceptos legales citados y demás normas de general aplicación

Fallamos: Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por "Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense" S.A. contra la Sentencia de 13 de febrero de 2008 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Castellón , y en consecuencia la debemos confirmar y confirmamos, y todo ello condenando a la parte apelante en las costas de esta alzada.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvanse los autos con el expediente administrativo al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

S. ANÍBARRO PÉREZ: «Problemas actuales de la financiación de los servicios públicos locales». Cívitas, Revista española de Derecho Financiero, núm. 138, abril-junio 2008.

T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «La tasa como contraprestación de los servicios públicos locales a la luz de la nueva Ley General Tributaria», El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 19, 2004.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos», Revista de Administración Pública, núm. 12, 1953.

J. I. GOMAR SÁNCHEZ: «Tasas flexibles en la gestión indirecta de los servicios públicos y/o potestad tarifaria materialmente tributaria», Crónica Tributaria, núm. 103.

J. PAGÉS GALTÉS: «Las tarifas de los servicios prestados en régimen de derecho privado: su consideración como tasas, precios públicos o precios privados», Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, núm. 252.

C. PALAO TABEADA: «Tarifas portuarias: precios privados que son tributos», Estudios Financieros, núm. 271-1.

J. RAMALLO MASSANET: «Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo) », Cívitas, Revista española de Derecho Financiero, núm. 90.

J. I. RUBIO DE. URQUÍA: «La nueva LGT arroja luces y sombras sobre el régimen jurídico de las tasas locales», Tributos Locales, núm. 38.

J. I. RUBIO DE. URQUÍA: «Servicios municipales gestionados en régimen de concesión administrativa: ¿tasa o precio público?», Tributos Locales, núm. 62.

M. RUIZ GARIJO: «Problemas actuales de las tasas», Lex Nova, Valladolid, 2002.

F. J. VILLAR ROJAS: «Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico, Comares, Granada, 2000

F. J. VILLAR ROJAS, «Dictamen sobre el concepto de tasa en la nueva Ley General Tributaria y su eventual impacto en las tarifas por prestación del servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable», Quincena Fiscal, núm. 10, 2005.

Seminari Dret Local

Federació de Municipis de Catalunya

INFORME DEL SECRETARI GENERAL DE L'AJUNTAMENT DE BARCELONA EN RELACIÓ AL PERMÍS DE MATERNITAT DE LES REGIDORES DE LA CORPORACIÓ MUNICIPAL

,

Ajuntament de Barcelona

Secretaria General

C/Ciutat, 4, 3ª pl.
08002 Barcelona
Telèfon 93 402 32 41
Fax 93 402 70 74

Vista la petició formulada en el si de la Junta de Portaveus en relació al permís de maternitat de les Regidores de la Corporació Municipal, el Secretari General emet el següent

I N F O R M E

I. ANTECEDENTS

La Comissió de Presidència, Territori i Funció Pública, en la seva sessió celebrada el dia 9 d'abril de 2008, va aprovar per unanimitat la següent Proposició/Declaració de Grup:

> *Manifestar la importància que té la conciliació de la vida laboral i familiar, i el fet que el dret de baixa per maternitat o paternitat ha de poder-se fer efectiu també en l'exercici de les funcions públiques representatives. Impulsar l'estudi, en interpretació de la legislació vigent, dins del marc del dret de baixa per maternitat o paternitat, de la garantia de representació dels Regidors de l'Ajuntament de Barcelona que s'acullin a l'esmentat dret. Instar el Govern de l'Estat a fer efectiu el compromís que va adquirir amb l'aprovació de la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes, en la seva disposició final setena: "El Govern promourà l'acord necessari per a iniciar un procés de modificació de la legislació vigent amb la finalitat de possibilitar els permisos de maternitat i paternitat de les persones que ostenten un càrrec electe.*

En la Junta de Portaveus del dia 15 d'abril de 2008, la Ima. Sra. Portaveu Adjunta del Grup Municipal de CiU va expressar la necessitat d'avançar en la proposta que s'ha transcrit, instant al Secretari a que indiqués quines serien les línies de treball que podrien seguir-se a l'efecte. En la pròpia sessió el Secretari va respondre que, seguint també les instruccions del Sr. Cardelús, s'havia procedit a l'estudi de la qüestió, destacant que calia descartar absolutament –per manifesta incorrecció legal- la regulació d'una eventual delegació de vot, i que podia estudiar-se la possibilitat d'establir un mecanisme de votació remota a partir de l'habilitació legal conferida per la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics (LAECSP), possibilitat que passa a considerar-se a través del present informe.

1. En data 21 d'abril de 2008, i sol.licitat per la Direcció de Serveis de Relacions Externes, la Direcció de Serveis Jurídics emet informe en relació a la *proposta de modificació de la Llei de Bases de Règim Local respecte la garantia de representació dels Regidors i Regidores quan s'acullin al dret de baixa per maternitat o paternitat* (ref. 2008/000691) en el qual, després de: a) constatar la inexistència d'una normativa que específicament contempli la conciliació de la vida personal i familiar amb la professional dels càrrecs electes; b) identificar sense ànim d'exclusivitat, però en tot cas, aquell conjunt de normes que haurien de ser modificades necessàriament als efectes d'allò establert a la Disposició Final Setena de la Llei Orgànica

3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes (LOIEDH); i c) prevenir sobre els possibles dubtes de legalitat i constitucionalitat d'algunes mesures que s'adoptessin per garantir la representació dels càrrecs electes en casos no contemplats actualment en la normativa d'aplicació, es conclou en la necessitat de continuar el procediment intern iniciat per tal d'aclarir tots aquests aspectes, sense perjudici d'instar al Govern estatal el compliment de la Disposició Final Setena LOIEDH per tal que promogui els canvis normatius adients, a l'objecte de preveure expressament aquest supòsit i d'establir el concret mecanisme de representació del càrrec electe en cas de baixa o permís per maternitat/paternitat.

- S'acompanyen com a ANNEXOS senyalats respectivament amb els núm. 1, 2 i 3, un extracte de l'acta de la Comissió de Presidència, Territori i Funció Pública, l'acta de la Junta de Portaveus i el referit informe jurídic.

II. ANÀLISI DE LA QÜESTIÓ PLANTEJADA

II.1 El deure legal d'assistència i la necessitat de presència física durant la sessió

Són nombrosos els preceptes de la normativa de règim local que es refereixen a l'assistència dels Regidors i Regidores a les sessions dels òrgans col.legiats dels quals formen part. Aquesta assistència es configura a la vegada com un dret i un deure legal que s'integren dins l'estatut propi dels membres de la Corporació i constitueix també el pressupòsit fàctic tingut en compte a una multiplicitat d'efectes, entre d'altres, la vàlida constitució de la sessió, l'exercici del dret a vot amb la conseqüent atribució, en el seu cas, de responsabilitat pels acords adoptats, la mateixa viabilitat de prendre segons quines decisions, la percepció de dietes, la imposició de sancions per incompliment d'aquest deure, etc.

Així, l'article 165.1 del Text Refós de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya, aprovat per Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, (TR-LMRLC) disposa que *els membres de les corporacions locals tenen el dret i el deure d'assistir a totes les sessions del ple i de les comissions de què formen part.* El Reglament Orgànic Municipal de Barcelona, aprovat definitivament per acord del Consell Municipal del 16 de febrer de 2001 (ROM), en el seu article 10.1, fa extensiu aquest dret i obligació, amb veu i amb vot, a les sessions dels òrgans col.legiats dels quals formin part per la seva condició de membres de l'Ajuntament.

El Ple es constitueix vàlidament amb l'assistència d'un terç del nombre legal dels seus membres, que mai no podrà ser inferior a tres. A l'igual que en els restant òrgans col.legiats, aquest quòrum s'ha de mantenir durant tota la sessió i, en tot cas, es requereix l'assistència del President/a i del Secretari/a o de qui legalment els substitueixin [art. 46.2.c) de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les Bases de Règim Local –LRBRL-, 98.c) i 112 TR-LMRLC i 78.1 ROM)].

L'assistència va indissolublement lligada a la presència física dels corporatius en el lloc de celebració de la sessió que, llevat dels casos de força major, no serà un altre que la seu de la Corporació (art. 49 del Text Refós de disposicions legals vigents en matèria de Règim Local, aprovat per Reial Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril (TRRL), precepte que té el caràcter de bàsic *ex* Disposició Final Setena, apartat 1.a) del mateix TRRL, i art. 102.1 TR-LMRLC). Així es desprèn clarament de l'art. 46.2.d) LRBRL i de l'art. 98.d) TR-LMRLC, en virtut del quals l'absència d'un regidor o més, un cop iniciada la deliberació d'un assumpte, equival, a efectes de la votació corresponent, a l'abstenció. I de forma ben il.lustrativa del ROM, quan ens diu que *els membres de la Corporació s'asseuran en el Saló de Sessions i en els escons corresponents al seu Grup* (art. 77); o que *es considerarà que s'abstenen els membres de la Corporació que s'haguessin absentat del saló de sessions una vegada iniciada la deliberació d'un assumpte i no estiguessin presents en el moment de la votació. En el supòsit que s'haguessin reintegrat al saló de sessions abans de la votació podran, a partir d'aquest moment, prendre-hi part* (art. 86.2); o quan faculta l'alcalde/essa, desprès de tres crides a l'ordre en la mateixa sessió, a que ordeni a qualsevol membre de la Corporació que *abandoni el local en el qual s'està celebrant la reunió* i adopti *les mesures que consideri oportunes per fer efectiva l'expulsió* (art.82.2); o en especificar que si algun Regidor/a ha d'abstenir-se de participar en la deliberació i votació, *haurà d'abandonar la sala mentre es discuteixi i voti l'assumpte* (art. 83).

El Plenari del Consell Municipal, com a regla general, adopta els seus acords per majoria simple dels membres presents (art. 47.1 LRBRL, art. 114.1 TR-LMRLC i 85.1 ROM). Justament, la identificació d'aquests (relació dels assistents, a l'igual que la indicació de les persones que hi han intervingut o el resum de les opinions que han emès) és un dels extrems la constància del qual necessàriament ha de figurar en l'acta de la sessió (art. 50 TRRL, també de caràcter bàsic; 110.1 TR-LMRLC i 90.1 ROM). Seran responsables d'aquests acords les persones que els hagin votat favorablement (art. 78.2 LRBRL).

Finalment, de cara als efectius exercici del dret i compliment del deure d'assistència, la seva regulació es completa amb el reconeixement als membres de la Corporació sense dedicació exclusiva o parcial, del dret a la percepció de dietes per la concurrència efectiva a les sessions d'aquells òrgans col.legiats de què formin part (art. 75.3 LRBRL); la consideració com a temps indispensable per a l'exercici de càrrec electiu local, a efectes del corresponent permís laboral o estatutari, d'aquell que resulti necessari per assistir a les sessions plenàries o de les Comissions (art. 75.6 LRBRL); i amb l'atribució als Presidents de les Corporacions Locals de la potestat d'imposar multes als seus membres per manca no justificada d'assistència a les sessions (art. 78.4 LRBRL i 168 TR-LMRLC.

Així les coses, i de manera limitada al supòsit de permís o baixa de maternitat o paternitat, poden entendre's vàlidament satisfetes les exigències derivades del dret/deure d'assistència mitjançant la utilització de les TIC, de forma que permetin assegurar la *presència* en la sessió, per mitjans electrònics, d'aquelles

persones en qui es doni l'esmentada circumstància ? Entenem que aquesta possibilitat hi cap, tal com passem a exposar a continuació.

II.2 L'habilitació legal continguda a la Llei d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics

El dia 24 de juny de 2007 va entrar en vigor la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics (LAECSP). Segons s'expressa en el seu article 3 les finalitats perseguides per la Llei són les següents:

> *1. Facilitar l'exercici de drets i el compliment de deures per mitjans electrònics.*
> *2. Facilitar l'accés per mitjans electrònics dels ciutadans a la informació i al procediment administratiu, amb especial atenció a l'eliminació de les barreres que limitin aquest accés.*
> *3. Crear les condicions de confiança en l'ús dels mitjans electrònics, i establir les mesures necessàries per a la preservació de la integritat dels drets fonamentals, i en especial els relacionats amb la intimitat i la protecció de dades de caràcter personal, per mitjà de la garantia de la seguretat dels sistemes, les dades, les comunicacions, i els serveis electrònics.*
> *4. Promoure la proximitat amb el ciutadà i la transparència administrativa, així com la millora continuada en la consecució de l'interès general.*
> *5. Contribuir a la millora del funcionament intern de les administracions públiques, incrementant-ne l'eficàcia i l'eficiència mitjançant l'ús de les tecnologies de la informació, amb les degudes garanties legals en la realització de les seves funcions.*
> *6. Simplificar els procediments administratius i proporcionar oportunitats de participació i més transparència, amb les degudes garanties legals.*
> *7. Contribuir al desenvolupament de la societat de la informació en l'àmbit de les administracions públiques i a la societat en general.*

La Disposició Addicional Primera LAECSP conté una habilitació legal en tota regla per tal que els òrgans col·legiats de les diferents Administracions Públiques puguin reunir-se per mitjans electrònics. Ho fa en el seu apartat 1 i en els termes següents:

> *Els òrgans col·legiats es poden constituir i poden adoptar acords utilitzant mitjans electrònics, amb respecte als tràmits essencials que estableixen els articles 26 i el 27.1 de la Llei 30/1992, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.*

Hem d'aclarir que, malgrat que el Capítol II del Títol II de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC) –en el qual s'insereixen els seus articles 26 i 27- no és d'aplicació al Ple i a la Comissió de Govern de les Entitats Locals, segons s'estableix en la Disposició Addicional Primera LRJ-PAC, l'habilitació que hem vist desplega tots el seu potencial i efectes amb l'únic límit que es respectin els

tràmits essencials que allí s'hi preveuen, consubstancials a la pròpia naturalesa i funcionament dels òrgans col·lectius; tràmits, per tant que, sense cap gènere de dubtes i imposats per la normativa que específicament els hi és d'aplicació, també són observats pels òrgans de govern local que hem esmentat (o, potser, aquest no és el cas, per exemple, de l'obligatòria presència del President/a i del Secretari/a, o de qui els substitueixin ?; o de la possibilitat d'establir un règim propi de convocatòries, amb previsió d'una segona?; o de la prohibició de deliberar o acordar assumptes no inclosos a l'ordre del dia, llevat de la prèvia declaració d'urgència per la majoria?; o la prescripció que els acords seran adoptats per la majoria de vots?; o, en fi, l'obligació de que per part del Secretari/a s'aixequi acta de cada sessió de l'òrgan ? Recordem, d'altra banda, que l'apartat 1 de la Disposició Addicional Primera LAECSP té caràcter bàsic (Disposició Final Primera LAECSP) i, en conseqüència, és aplicable a totes les Administracions Públiques.

A partir de l'autorització que hem vist, hem de preguntar-nos sobre qui pot decidir respecte la utilització de les TIC en el funcionament dels òrgans col·legiats. I aquí hem de coincidir amb CERRILLO [1] en que aquesta competència és concurrent: "l'Estat té les competències per fixar les bases i, per tant, per definir els principis bàsics d'aquesta utilització, i les Comunitats Autònomes tenen la competència de desplegament que es pot concretar, d'una banda, en el desplegament dels principis bàsics fixats per l'Estat i, per una altra, en la creació dels òrgans col·legiats en el marc de la regulació dels quals es contempli la utilització de les noves tecnologies"[2]. Tot això sense oblidar que "els òrgans col·legiats, <u>en exercici de les seves competències d'autoregulació</u>, poden decidir que el seu funcionament es farà a través de les tecnologies de la informació i la comunicació i no presencialment". És aquí on entren precisament en joc les potestats normativa i d'autoorganització reconegudes legalment a l'Ajuntament, a l'empara de les quals podria adoptar-se una mesura com la que justifica l'emissió d'aquest informe.

II.3 <u>L'exercici de les potestats normativa i d'autoorganització respecte els òrgans col·legiats de l'Ajuntament de Barcelona</u>

De les qüestions estudiades fins ara i dels documents que s'han unit com annexes, hi ha dos aspectes a remarcar: per un cantó, la necessitat d'impulsar les modificacions normatives consignades a l'informe de la Direcció dels Serveis Jurídics del 21-04-08 i, de l'altre, el decantament per l'opció de que, fins que aquelles no s'hagin produït, pugui introduir-se en el funcionament dels òrgans col·legiats municipals, a través de la seva regulació en el ROM, un mecanisme de garantia, tal com es postula, de la representació de les Regidores i Regidors quan s'acullin al permís o baixa per maternitat/paternitat.

---

[1] CERRILLO i MARTÍNEZ, Agustí: *Órganos Colegiados Electrónicos. El uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración.* Colección Divulgación Jurídica.- Ed. Aranzadi, S.A. 2006, pàg. 97 i 98.

[2] L'apartat 2 de la DA 1a LAECSP estableix les especialitats a què hauran d'ajustar-se les reunions d'òrgans col·legiats per mitjans electrònics en l'àmbit de l'Administració General de l'Estat. Un exemple de desplegament per les CC.AA el constitueix la Llei Foral 11/2007, de 4 d'abril, per a la implantació de l'administració electrònica en l'Administració de la Comunitat Foral de Navarra, amb la regulació que fa dels òrgans col·legiats en el seu Capítol IX (articles 37 a 39).

A partir d'ara, identificarem aquest mecanisme com el de la *votació electrònica remota*, per bé que s'ha de fer notar que el propi ROM ja preveu en algun cas una possible solució perfectament aplicable a una situació com la que estem considerant: no un altre és el supòsit descrit en el seu art. 38.2, referent a les Comissions del Consell Municipal, on se'ns diu que *es podrà designar membres suplents que substituiran els titulars en cas d'absència. Quan les substitucions siguin per a una sessió concreta, n'hi haurà prou de comunicar-les per escrit al/a la president/a de la Comissió respectiva, a través de Secretaria General*

L'article 19 de la Llei 22/1998, de 30 de desembre, de la Carta Municipal de Barcelona (CMB) atribueix al Consell Municipal la regulació del seu funcionament mitjançant el Reglament Orgànic. Aquest, segons s'expressa en el primer paràgraf del seu Preàmbul, té la important funció de *complementar la regulació dels òrgans de l'Ajuntament i del seu funcionament.*

En paraules de l'autor que abans hem esmentat, ".. la possibilitat que ofereix l'ordenament jurídic de que els propis òrgans col·legiats aprovin les seves normes de funcionament i organització interna, cal que sigui aprofitada i portada fins a les seves últimes conseqüències. D'aquesta manera seran els propis membres de l'òrgan els que podran manifestar-se sobre l'ús de les tecnologies de la informació i el coneixement en el funcionament del propi òrgan en el marc de la legislació sobre l'administració electrònica". [3]

Així doncs hem de concloure en el sentit que en exercici de les potestats normativa i d'autoorganització que té reconegudes legalment, l'Ajuntament de Barcelona, a través del seu Reglament Orgànic Municipal i a l'empara de l'habilitació atorgada per l'apartat 1 de la Disposició Addicional Primera de la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, pot regular l'ús dels mitjans electrònics en el funcionament dels seus òrgans col·legiats.

Arribats a aquest punt podríem relacionar com a possibles elements a tenir en compte en una eventual iniciativa de modificació del ROM els següents:

- Abans hem analitzat amb un cert grau de detall el deure legal d'assistència i com aquest únicament podia entendre's vàlidament acomplert amb la presència física dels membres de la Corporació. La utilització del mitjà electrònic no ha de servir per eludir el compliment d'aquest deure sinó que, ben al contrari, ha de garantir la *presència efectiva* –a través de mitjans electrònics, però acreditada a fi de comptes- de la Regidora o Regidor autoritzat a fer-ne ús. Aquesta presència necessàriament ha de tenir caràcter *sincrònic* i mantenir-se al llarg de tota la sessió, en idèntics termes a com es mantindria en cas de romandre en el saló de sessions.

- La possibilitat d'accés remot a les sessions dels òrgans col·legiats de què formin part resta limitada a les Regidores o Regidors que s'acullin al permís,

[3] CERRILLO, A. *Op. Cit., pàg. 94*

baixa o situació assimilable, per maternitat o paternitat i optin -amb l'acreditació de la seva situació i de la resta de requisits, i amb acompliment dels tràmits que s'estableixin reglamentàriament-, per aquesta modalitat. Hem de recordar però, que l'assistència a les sessions no solament és una obligació legal sinó un dret que s'integra dins del *ius in officium* inherent al dret fonamental de participació política. Per tant, res no obsta a que la Regidora o Regidor en qui es doni la referida circumstància desitgi i pugui assistir a la sessió en el saló on se celebra.

- El lloc de celebració de les sessions serà en tot cas el de la seu de l'òrgan. L'acta comptarà com a presents els membres que hagin estat autoritzats a participar-hi remotament, reflectint adequadament les circumstàncies d'aquest accés.

- Correspondrà a l'Alcalde/essa o President/a de l'òrgan vetllar perquè aquelles persones que assisteixin telemàticament al desenvolupament de la sessió puguin exercir els seus drets d'igual manera a com ho farien si estiguessin presents físicament: el dret de vot per descomptat, però també la possibilitat d'interactuar, intervenir en els debats, plantejar alguna qüestió d'ordre, demanar la retirada d'un assumpte o que resti sobre la taula, la resposta a al·lusions...., només per esmentar-ne uns quants.

- Pel que fa al procediment, s'iniciarà a sol·licitud de la persona interessada mitjançant escrit adreçat a l'Alcaldia i presentat a la Secretaria General, acompanyat de l'acreditació de la baixa, permís o situació assimilable, per maternitat/paternitat i de la seva durada. La manifestació de la voluntat d'acollir-se a aquest sistema podrà fer-se per a totes les sessions compreses dins de l'esmentat període o només per a aquelles en què així s'indiqui expressament, en escrit en aquest cas dirigit a la presidència de l'òrgan i presentat a través de la secretaria General amb una antelació mínima de 24 hores a l'inici de la sessió. La resolució sobre dita petició serà en tot cas notificada a l'interessat/da i comunicada a la Secretaria General.

- El sistema d'accés remot haurà de complir els requisits i respectar els principis recollits en la LAECSP i en l'Ordenança reguladora de l'Administració Electrònica, aprovada definitivament pel Plenari del Consell Municipal el 24 de març de 2006 (ORAE), en especial els de seguretat i accessibilitat. L'accés als recursos del sistema requerirà la prèvia identificació i autenticació de l'usuari mitjançant signatura electrònica reconeguda. El sistema haurà de garantir la verificació per mitjans electrònics de l'efectiva presència o absència del corporatiu o corporativa a efectes, entre d'altres, de manteniment dels quòrums de celebració de la sessió i de votació. En qualsevol cas, restarà exclosa de la possibilitat de vot remot la votació secreta prevista en l'article 88.3 ROM.

Per al supòsit d'exercici d'una iniciativa en el sentit que aquí s'apunta o similar, i a reserva de que pels serveis corresponents es procedeixi, en el seu cas a la redacció d'una proposta sota les exigències d'una adequada tècnica normativa, sense pretensió d'exhaustivitat i per tant només indiciàriament, s'hauran de considerar les seves eventuals afectacions als següents preceptes del ROM:

- Article 10: Dret i deure d'assistència
- Article 38.2: (Substitució) membres de les Comissions del Consell Municipal
- Article 77: Distribució d'escons
- Article 78: Quòrum per a la celebració de sessions
- Article 79: Ordre de desenvolupament de les sessions
- Article 80: Assumptes retirats o sobre la taula
- Article 81: Debats
- Article 82: Crides a l'ordre
- Article 83: Absència per causa d'abstenció
- Article 84: Votacions
- Article 85: Quòrum de votació
- Article 86: Sentit del vot
- Article 87: Classes de votacions
- Article 88: Sistema de votació
- Article 89: Explicació de vot
- Article 90: Actes
- Article 93: Normes específiques de funcionament de la Junta de Portaveus
- Article 95: Adopció d'acords (de la Junta de Portaveus)
- Article 96: Responsables de facilitar informació, l'impuls i les tasques de control
- Article 97: Substanciació de les mesures de govern i dels informes
- Article 99: Contestació als precs i preguntes
- Article 100: Substanciació de les declaracions de Grup

S'emet el present informe de conformitat amb allò sol.licitat i per al seu trasllat a la Junta de Portaveus a efectes del seu coneixement.

Barcelona, 25 de juny de 2008.

El Tècnic adjunt,

Francesc Xavier Sánchez i Just

El Secretari General,

Jordi Cases i Pallarès

EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEL REGIDOR NO ADSCRITO. ESPECIAL REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LAS COALICIONES ELECTORALES.

Susana Sánchez Pérez
Cap del Servei d'Assessoria Jurídica
Diputación de Barcelona

La oportunidad de compartir estas someras reflexiones sobre la aplicación o no del estatuto del regidor no adscrito a los concejales que abandonen o sean expulsados de un grupo municipal formado por una coalición electoral, viene a cuento en razón de los interrogantes que me planteé a la hora de informar sobre un supuesto fáctico controvertido, en el que dos concejales, que formaban un grupo municipal constituido en base a una coalición electoral, se expulsaban mutuamente de dicho grupo.

La solución a este pequeño enigma pasa por recordar si es una obligación o un derecho el que los concejales se integren en un grupo municipal, por el análisis de la figura del regidor no adscrito y por determinar si esta figura puede predicarse de los concejales que abandonen o sean expulsados de un grupo municipal formado por una coalición.

CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS GRUPOS MUNICIPALES. EL DERECHO/DEBER DE LOS CONCEJALES A INTEGRARSE EN ELLOS.

Nuestras normas sobre régimen local disponen que los grupos municipales son el cauce mediante el cual los concejales deben desarrollar su actuación corporativa, pero fuera de esta sucinta definición, y observando su actual configuración legal, constatamos que todavía hoy los pocos preceptos que los regulan generan múltiples dudas a la hora de resolver las diferentes situaciones fácticas que acontecen en el día a día de nuestras corporaciones locales.

Para entender el alcance de ese derecho/deber, que tienen nuestros regidores a formar parte de un grupo municipal, es necesario narrar la historia de la configuración legal de estos grupos, en aras a determinar si la no integración de un concejal en uno de ellos supone una limitación al derecho de los concejales a la participación en los asuntos públicos.

En esta tesitura cabe recordar que la primera regulación de los grupos municipales en las administraciones locales se inspiró en la del funcionamiento de los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados, pero a diferencia de esta última, las normas que se dedicaron en nuestro régimen local a esta cuestión no aclararon si era obligatorio o no, el que los concejales se integraran en un grupo municipal para desarrollar su función representativa en la corporación.

Efectivamente, la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de régimen local (en adelante LBRL), apenas contenía un par de referencias a los grupos municipales (art. 20.3 y art. 116 de la redacción original) y fue el RD 2568/1986, de 28 de noviembre que aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de las entidades locales (en adelante ROF), el que dibujara su forma de constitución y su ámbito de actuación (arts. 12.2; 23 a 29; 82, 87, 89, 91, 93, 97, 103, 106, 125 y 134).

Esta circunstancia ocasionó, en su momento, que se suscitaran una serie de interrogantes en razón de si era obligatorio o no, el que los regidores se integraran en un grupo político, si podían existir grupos políticos formados por un sólo concejal y, por último, si estas prescripciones que corresponden al "estatuto de los miembros electos" podían estar contenidos en una norma reglamentaria.

Es sabido que estos interrogantes dieron lugar a más de un pronunciamiento jurisprudencial que, con sus argumentos, completaron esa configuración legal que no explicitaba la naturaleza de ese derecho-deber de los concejales a integrarse en grupos municipales.

En particular, antes de las modificaciones legislativas que sobre esta materia afectaron a la LBRL en 1999, nuestra jurisprudencia resolvió una serie de cuestiones al respecto, disponiendo:

- Que los grupos municipales no son órganos del municipio ni tampoco deben de confundirse con los grupos políticos[1].
- Que es necesario que los regidores se integren en un grupo municipal ya que es un "derecho-deber" de estos[2].
- Que el número de miembros necesarios para constituirlos y su funcionamiento es materia del reglamento orgánico de cada corporación y, a pesar de que los reglamentos orgánicos determinen un número mínimo de regidores para formar el grupo mixto, éste podía estar constituido por un solo regidor[3].

En esta coyuntura es preciso señalar cómo contemplaba nuestra jurisprudencia la posibilidad de que a un concejal no se le permitiera la integración en un grupo municipal, y así la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 23 de enero de 1995, entendió constreñido el derecho constitucional de participación en los asuntos públicos de un regidor al no permitírsele su integración en un grupo a pesar de que se le autorizase a participar en las comisiones del Ayuntamiento, eso sí con voz pero sin voto, en particular se dispuso la siguiente doctrina:

> "Por consiguiente, habiéndose constituido grupos municipales en el Ayuntamiento de Gavá, existe un derecho-deber de los Concejales de estar adscritos a uno de ellos, sea el correspondiente a la organización política del Concejal o bien el mixto, **por lo que forzoso es concluir que al impedirse al Sr. B. integrarse en el Grupo Mixto, colocándole en la situación de Concejal no adscrito a ningún Grupo político, se le está impidiendo desarrollar su función representativa en las mismas condiciones que el resto de los Concejales**, con vulneración, por tanto, del artículo 23.2 de la Constitución, como declara correctamente la sentencia impugnada, sin que pueda resultar excluida la infracción constitucional por el hecho de haber sido autorizado el Sr. B. a asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de las Comisiones Informativas, pues el derecho lesionado no es el de participar en todos los órganos complementarios del Ayuntamiento, cuya titularidad corresponde a los grupos políticos (artículo 20.3 de la Ley 7/1.985), sino el de formar parte de uno de dichos grupos, como los demás Concejales, y ello con independencia de que la participación sin voto en las Comisiones Informativas, sean o no necesarias, supone por sí sola una clara discriminación respecto de la plenitud con que participan en ellas los Concejales designados por los distintos grupos políticos, posibilidad de designación a la que no puede aspirar el Sr. B. por su condición de no adscrito a ningún Grupo."

Como se anunciaba esta situación cambió en 1999 con la redacción que le dio Ley 11/1999, de 21 de abril, al artículo 73 de la Ley de Bases de régimen local, solucionando cualquier duda al respecto sobre si los concejales debían o no integrarse en un grupo municipal, en tanto que determinó la necesidad de que a los efectos de su actuación corporativa, éstos se tenían que de integrar en grupos municipales. En concreto se añadió el apartado 3 a este precepto, ordenando:

> "3. A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las Corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y obligaciones que se establezcan.
>
> El Pleno de la Corporación, con cargo a los Presupuesto anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos, y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la Corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial.
>
> Los grupos políticos deberán llevar una contabilidad específica de la dotación a que se refiere el párrafo anterior, que pondrán a disposición del Pleno de la Corporación siempre que éste lo pida".

[1] Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1990
[2] Sentencia del Tribunal Constitucional 30/1993, de 25 de enero.
[3] Vid Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1990

Además, con esta adición se otorgó rango de Ley a una materia contenida hasta entonces en una norma reglamentaría y, a su vez, a la mayoría de las aportaciones que sobre este tema había construido nuestra jurisprudencia, completando así el contenido del derecho a la participación en los asuntos públicos de los concejales.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, casi paralelamente a esta modificación legislativa, los partidos políticos firmaron en 1998 un "**Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfugismo en las corporaciones locales**", cuya finalidad consistía en eliminar los efectos inmediatos que el fenómeno del transfuguismo estaba causando sobre la gobernabilidad y las consecuencias que ésta práctica reiterada ocasionaba, cuando sus efectos suponían la alternancia de la representación política durante una misma legislatura.

Así el pacto determinó, en cuanto a los reglamentos orgánicos que debían de regular el funcionamiento de los grupos municipales, que:

> "Los nuevos reglamentos establecerán que los concejales que abandonen los partidos o agrupaciones en cuyas candidaturas resultaran elegidos no pasaran al grupo mixto, sino que se organizaran a partir de la creación de la figura del concejal **"no inscrito" o del "concejal independiente"** y actuarán en la corporación de forma aislada sin que puedan percibir o beneficiarse de los recursos económicos y materiales puestos a disposición de los grupos políticos de la corporación".

Afortunadamente este propósito se plasmó en la nueva redacción que se dio al art. 73 de la LBRL por la Ley 57/2003 de medidas para la modernización de los gobiernos locales, pues difícil encaje tenía el que mediante reglamentos orgánicos se contraviniese lo dispuesto en una ley, máxime en una materia tan sensible que pudiera afectar al estatuto de los miembros electos.

Todo y así cabe recordar que algunos ordenamientos jurídicos autonómicos ya recogieron la figura del concejal no adscrito en su legislación sobre régimen local[4], cosa que algún autor consideró como inconstitucional[5], en cuanto contravenía la legislación básica estatal entonces vigente[6]. De todas formas, y como se ha apuntado, la nueva redacción dada por la ley 57/2003 al artículo 73 de la LBRL salvó esta circunstancia.

Como sabemos el texto actual del art. 73 la LBRL, sobre el particular dice así:

> "3. A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos.
>
> El Pleno de la corporación, con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial.
>
> Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación.
>
> Esta previsión no será de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integren decida abandonarla.

---

[4] El ordenamiento catalán entre ellos.

[5] Ma. José Alonso Mas "Discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos" Revista de Administración Pública (septiembre-diciembre de 2005), vid pg. 114

[6] Es interesante reseñar, para ilustrar lo que se acaba de transcribir, lo dispuso la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 28 de enero de 2004, en un caso fáctico en el que se declaró a un concejal como no adscrito en función de un Reglamento orgánico que se habían adaptado al pacto antitransfuguismo de 1998 cuando aún no se había modificado la LMRLC ni la LBRL.

Los grupos políticos deberán llevar con una contabilidad específica de la dotación a que se refiere el párrafo segundo de este apartado 3, que pondrán a disposición del Pleno de la Corporación, siempre que éste lo pida.

Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos. En cualquier caso, el secretario de la corporación podrá dirigirse al representante legal de la formación política que presentó la correspondiente candidatura a efectos de que notifique la acreditación de las circunstancias señaladas".

En términos doctrinales también esta nueva redacción generó ciertas dudas, pues efectivamente, algunos autores cuestionaron, por un lado, si había desaparecido la posibilidad de constituir el grupo mixto, por otro lado, y en lo que concierne a las coaliciones electorales si les era de aplicación la figura del regidor no adscrito en caso de abandono del grupo o separación, o simplemente, si a las coaliciones no les es de aplicación la limitación de los derechos económicos reseñada en el apartado tercero del precepto y, por último, qué sucede en los casos de expulsión.

Bien, a mi juicio hay que estar al tenor literal de la Ley y de éste se desprende que los concejales se deben integrar en los grupos municipales correspondientes a la formación electoral por la que concurrieron a las elecciones y que si no tienen la suficiente representación para constituirse en un grupo[7], en un primer momento, no tienen porque considerarse concejales no adscritos si, junto con otros regidores de otras formaciones, constituye el grupo mixto.

Por el contrario, no podrán formar parte del grupo mixto aquellos que no se integren originariamente en el grupo correspondiente a la formación política por la que concurrieron a las elecciones por su propia voluntad.

No se abunda más sobre la existencia o no del grupo mixto porque lo cierto es que desde el año 2003, la práctica ha corroborado la existencia del grupo mixto en nuestras corporaciones locales españolas, particularmente, en aquellos lugares en que se exige un número mínimo de miembros para formar grupo.

Así pues, en la medida que en el momento de constituirse una corporación, alguna formación no tenía miembros suficientes para formar un grupo propio, sus miembros pasaban a formar parte del grupo mixto, quedando la categoría de regidores no adscritos para aquellos que abandonaron o eran expulsados del grupo municipal al que pertenecían originariamente, o para aquellos que de buen principio no se hubieren integrado en el grupo municipal correspondiente a la formación política por la que concurrieron a las elecciones.

Bien, hasta ahora hemos visto el régimen general establecido por la LBRL pero como hemos avanzado en Cataluña, en algunos aspectos, la legislación difiere de la estatal y ya en su momento con la Ley 8/1987, de 15 de abril municipal y de régimen local de Cataluña (en adelante LMRLC) se dispuso, por ejemplo, que un grupo municipal podía estar integrado por un solo regidor (apartado 3, del art. 48).

Todo y así, tampoco la inicial legislación catalana sobre la materia resolvió si, forzosamente, los concejales debían integrarse en estos grupos municipales, amén de señalar que sólo era obligatoria la existencia de estos grupos en aquellos municipios de más de 20.000 habitantes. En particular se dispuso:

Articulo 48

1. Para un mejor funcionamiento de los órganos de gobierno de la corporación, el pleno podrá acordar la creación de grupos municipales. Deberán constituirse grupos municipales en los municipios de más de veinte mil habitantes.

2. Salvo acuerdo en contrario del pleno por cada lista electoral sólo podrá constituirse un grupo municipal.

3. <u>Sólo el concejal o los concejales de una misma lista electoral podrán constituir grupo municipal</u>.

4. En el plazo que establezca el acuerdo a que se refiere el apartado 1, y en los municipios de más de veinte mil habitantes antes del primer pleno ordinario después de la constitución del

[7] Ya sea porque el reglamento orgánico de la corporación exija un número de electos superior al que ha obtenido la formación electoral para formar grupo, o ya sea porque las leyes de las comunidades autónomas fijen un mínimo.

ayuntamiento, cada concejal presentará a la alcaldía una declaración firmada donde se expresará el grupo municipal al que desea ser adscrito.

5. Los concejales que no queden integrados en un grupo quedarán automáticamente incorporados al grupo mixto, La participación de este grupo en las actividades del ayuntamiento será análoga a la de los demás grupos.

6. El municipio, de conformidad con el reglamento orgánico y en la medida de sus posibilidades, pondrá a disposición de los grupos los medios necesarios para poder llevar a cabo sus tareas.

Como sabemos, la Ley 3/2002, de 22 de marzo, de cuarta modificación de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, modificó este precepto y contempló, antes de que lo hiciera la ley básica, la figura del regidor no adscrito, determinando a su vez que esta previsión no era aplicable a las coaliciones electores. La nueva redacción de este precepto según recoge posteriormente el DL 2/2003, que aprobó el texto refundido de la LMRLC, es del siguiente tenor:

Artículo 50 Grupos municipales

50.1 Para el mejor funcionamiento de los órganos de gobierno de la corporación, el pleno puede acordar la creación de grupos municipales. Tienen que constituirse grupos municipales en los municipios de más de veinte mil habitantes.

50.2 Si ningún acuerdo del pleno regula lo contrario, por cada lista electoral sólo puede constituirse un grupo municipal. Cada lista electoral que obtenga representación en el ayuntamiento puede formar grupo municipal.

50.3 Sólo el concejal o los concejales de una misma lista electoral pueden constituir grupo municipal.

50.4 En el plazo que establezca el acuerdo a que se refiere el apartado 1, y en los municipios de más de veinte mil habitantes antes del primer pleno ordinario después de la constitución del ayuntamiento, cada concejal tiene que presentar a la alcaldía una declaración firmada donde tiene que expresar el grupo municipal al cual desea ser adscrito.

50.5 Los concejales que no queden integrados en un grupo quedarán automáticamente incorporados al grupo mixto. La participación de este grupo en las actividades del ayuntamiento es análoga a la de los otros grupos.

50.6 **Los concejales que abandonan el grupo formado por la candidatura por la que se presentaron a las elecciones locales no pueden integrarse en el grupo mixto, sino que quedan como concejales no adscritos. Este precepto no es aplicable en el caso de candidaturas presentadas con la fórmula de coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integran decide abandonarla**.

50.7 Los concejales que, de conformidad con lo que establece el apartado 6, quedan en la condición de no adscritos, tienen los deberes y los derechos individuales, incluidos los de carácter material y económico, que según las leyes forman parte del estatuto de los miembros de las corporaciones locales y participan en las actividades propias del ayuntamiento de manera análoga a la del resto de concejales.

50.8 El municipio, de acuerdo con el reglamento orgánico y en la medida de sus posibilidades, tiene que poner a disposición de los grupos los medios necesarios para poder llevar a término sus tareas.

Bien contemplada las principales notas de la evolución legislativa de los grupos tanto en la LBRL como en la LMRLC, procede detallar con mejor sistemática que situaciones dan lugar a la figura del concejal no adscrito y cuales son las limitaciones impuestas al régimen económico y de participación de estos concejales.

SITUACIONES QUE DAN LUGAR A LA FIGURA DEL CONCEJAL NO ADSCRITO

Conforme lo apuntado, pueden dar lugar a la figura de concejal no adscrito tres situaciones distintas:

- La no integración de origen de un concejal que ha concurrido por una lista electoral en el grupo municipal que le corresponde.
- El abandono de un concejal del grupo municipal al que pertenecía.
- La expulsión de un concejal de la formación política en la que concurrió a las elecciones.

Cierta doctrina también señala que deben considerarse regidores no adscritos a quienes perteneciendo a un partido que formó una coalición con otro partido para concurrir a las elecciones deciden abandonar el grupo municipal representativo de esa coalición[8]. Ahora bien, según este criterio, sólo lo serían en cuanto a su denominación pues a estos concejales que han abandonado el grupo municipal formado por una coalición, ni a los que se quedaron, les serian de aplicación las restricciones económicas o de participación política que se postulan para el concejal no adscrito.

A mi juicio, avanzo ya que si a estos concejales pueden ejercer los mismos derechos económicos y políticos, en idénticos términos a los que están agrupados, no tiene mucho sentido llamarles concejales no adscritos, con derechos económicos y de participación, por lo que resulta más conveniente que se les permita configurar dos, o los que fueren, grupos nuevos correspondientes cada uno a su formación política concreta.

LIMITACIONES ECONÓMICAS QUE SE IMPONEN A LA FIGURA DEL REGIDOR NO ADSCRITO

Es sabido que el art. 73 de la LBRL dispone que pueda otorgarse una aportación económica para los grupos municipales formada por un componente fijo y otro variable que dependerá del número de miembros de cada grupo, al objeto de que estos puedan desarrollar sus funciones.

También aquí la doctrina tiene diversos puntos de vista y algunos autores entienden que directamente esta disposición no les es de aplicación a los concejales no adscritos. Sin embargo otro sector doctrinal[9] opina que únicamente no les sería de aplicación el componente fijo, puesto que si el componente variable fuere indispensable para el cumplimiento de su función representativa, debería de concedérseles.

Idéntica polémica doctrinal existe en relación a lo que dispone el artículo 27 ROF en tanto prevé, que siempre que los medios lo permitan, el municipio puede poner a disposición de los grupos un local o despacho para ejercicio de sus funciones.

Sobre este punto se argumenta que el concejal no adscrito no necesita reunirse con los restantes concejales del grupo, pues no pertenece a ninguno, mientras que otros apuntan que sí puede necesitar recibir a los ciudadanos o representantes vecinales y no otorgarles estos medios supondría una merma de su derecho al ejercicio del cargo.

Menos drástica es la legislación catalana que en este punto se refiere a "*los medios necesarios para que los grupos puedan desarrollar su tarea".*

Ahora bien, sobre este particular, se debe tener presente que en mayo de 2006, los partidos políticos firmaron una "**II Adenda al Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfugismo en las Corporaciones locales de 1998"** y sin que dicho acuerdo tenga valor normativo si puede ofrecernos una pauta interpretativa de la voluntad que puede inspirar una futura reforma del artículo 73 de la LBRL, así el pacto tercero de esta adenda dispone:

> "**Tercero.-** Asimismo, y recogiendo el principio derivado de los acuerdos anteriores, y el tenor del artículo 73.3 de la LBRL, según la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local, que a su vez es fruto de los Acuerdos políticos contra el transfuguismo, los partidos que susciten este Acuerdo se complementen al desarrollo legislativo e interpretación fiel y leal del principio en cuya virtud "los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia", comprometiéndose igualmente a evitar las llamadas plusvalías del disidente.
>
> En consecuencia, los concejales tránsfugas no adscritos:
>
> a) En cuanto a las asignaciones, medios económicos y materiales que se conceden a los grupos políticos, en modo alguno son reconocibles a favor del concejal no adscrito; toda asignación por concepto de grupo no es aplicable bajo ningún concepto al concejal tránsfuga no adscrito, **ni en su importe fijo, ni en su componente variable** por razón del número de concejales. Asimismo el

[8] De acuerdo con la Ley básica

[9] C. Alonso Higuera "Régimen orgánico y competencias en la Ley de modernización de Gobierno Local" Fundación Pi i Sunyer, Barcelona 2004.

grupo político perjudicado o disminuido en su composición no deberán sufrir merma institucional alguna en los medios y asignaciones que como tal grupo le correspondiesen con anterioridad. Por tanto, **no se asignará al concejal no adscrito otras ventajas económicas y materiales por el hecho de tener tal condición**. La condición de concejal no adscrito no es equiparable en ningún caso al grupo político por cuanto comporta una violación de la Ley reguladora de las bases de régimen local.

En cualquier caso debe recordarse, que de acuerdo con la legislación vigente, de otorgarse medios económicos o materiales a los concejales no adscritos, nunca éstos podrán ser superiores de los que les hubiesen correspondido si se hubiesen mantenido en el grupo de origen.

LIMITACIONES AL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN DEL REGIDOR NO ADSCRITO

En la medida que hay varios preceptos legales que favorecen la participación política de los regidores no a título individual, sino a través de los grupos municipales, podemos entrever cual es el régimen de participación del regidor no adscrito, en particular se establece la participación de los grupos en los siguientes asuntos:

- En la formulación de ruegos, preguntas y mociones (art. 46 LBRL).
- Sobre diversas disposiciones relativas al funcionamiento del pleno, a como deben desarrollarse los debates, y al control y fiscalización de los órganos de gobierno (diversos artículos del ROF).
- En la composición de las comisiones informativas u otros órganos complementarios y en la comisión especial de cuentas (ROF y LBRL, para los municipios de gran relación).

De los puntos señalados el que más controversia jurisprudencial ha generado es el de la composición de las comisiones informativas u otros órganos complementarios.

Efectivamente, nuestra jurisprudencia ha señalado que todas las limitaciones a derecho de participación en los asuntos públicos, deben interpretarse de forma restrictiva y por lo que respecta al derecho de participación del concejal no adscrito en los órganos complementarios de los municipios, que éste debe incardinarse de forma graduable, en el sentido de que no es necesario que participe en todas (lo que seguramente le daría una mejor posición que si no hubiese abandonado el grupo) pero tampoco puede quedar este derecho vacío de contenido, cosa que en el fondo supondría otorgarle un derecho inexistente[10].

En este apartado también puede servirnos de pauta interpretativa lo que dispone al respecto la "II Adenda al Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfugismo en las Corporaciones locales de 1998", de 2006, a saber:

a) no podrán ejercer los derechos atribuidos por la regulación aplicable a los grupos políticos en el desarrollo de las sesiones plenarias, sin perjuicio de los derechos que constitucionalmente le corresponden como concejal.

b) No podrán mejorar su situación anterior al abandono del grupo municipal de origen en cuanto a su participación en las Comisiones, de tal manera que un nuevo reparto proporcional en la composición de las Comisiones ni puede perjudicar al grupo político que sufrió la disminución de efectivos por razón de transfuguismo, ni beneficiar al concejal no adscrito más de lo que suponía su situación anterior.

   No existe, pues, un derecho del concejal no adscrito a participar en todas las comisiones plenarias, y el grupo municipal que sufre merma por la acción del tránsfuga no deberá ver reducida su participación en las mismas, sin que, como en el apartado anterior implique vulneración alguna de los derechos individuales del concejal.

c) No podrán participar en la Junta de Portavoces, pues la referida Junta sólo puede ser constituida por los portavoces de los grupos políticos municipales.

La figura del regidor no adscrito y los grupos municipales correspondientes a coaliciones electorales.

[10] En idéntico sentido se pronuncia el Dictamen 223 del Consell Consultiu de la Generalitat, de 18 de diciembre de 2001, con motivo de la modificación de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña

A lo largo de esta breve exposición se ha intentado dejar constancia de qué elementos definen la figura del concejal no adscrito y los cambios legislativos que regulan su estatus. Éstos nacieron y se desarrollaron en virtud de cómo solucionaron nuestros tribunales los diferentes supuestos que se le presentaron y del acuerdo que firmaron los partidos políticos de 1998, en aras este último, a evitar las desagradables consecuencias que en la gobernabilidad de nuestros municipios y en la confianza de los ciudadanos tiene el fenómeno del transfuguismo.

La definición que se recoge sobre el transfuguismo en la **II Adenda al Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las Corporaciones locales de 1998**", de **2006** , es que *un tránsfuga es un representante local, que traicionando a sus compañeros de lista y/o grupo – manteniendo estos últimos su lealtad con la formación política que los presentó en las correspondientes elecciones locales-, o apartándose individualmente o en grupo del criterio fijado por los órganos competentes de las formaciones políticas que los han presentado, o habiendo sido expulsados de éstas, pactan con otras fuerzas para cambiar o mantener la mayoría gobernante en una entidad local, o bien hacen imposible a dicha mayoría a el gobierno de la entidad.*

Como bien puede verse esta definición no comprendería a aquellos que abandonen o sean expulsados de un grupo municipal correspondiente a una coalición cuando las divergencias o deslealtades no son en cuanto a su formación política sino en cuanto a lo que se decide por la otra facción de la coalición.

Desde esta óptica la solución otorgada por nuestra legislación, tanto la catalana como la estatal, no ofrece problemas al respecto y la figura del concejal no adscrito no sería de aplicación a aquellos supuestos en que los expulsados o los que abandonan un grupo formado por una coalición pertenezcan en bloque a una de las formaciones políticas.

Ahora bien, señala nuestra legislación que los apartados que regulan la figura del concejal no adscrito no les son de aplicación a las coaliciones ¿pero que se ha de hacer después?, ¿Se ha de entender que deben formarse dos o más grupos municipales? ¿O se ha de mantener el grupo municipal correspondiente a la coalición y crear el grupo mixto?.

El tema pude complicarse más si el grupo municipal correspondiente a una coalición lo forman sólo dos regidores y se expulsan mutuamente entre ellos, supuesto fáctico, que como he señalado al principio tuve que analizar. En concreto los hechos se produjeron de la siguiente forma:

El grupo XXYY, correspondiente a una coalición electoral, estaba formado por dos regidores: el Sr. A y el Sr. B, actuando el sr. A como portavoz del grupo.

El día 5 de noviembre de 2007, el Sr. A presenta un escrito mediante el cual comunica la baja del sr. B. Al día siguiente, es decir el día 6, solicita que atendiendo a la baja del Sr. B del grupo se modifiquen los ingresos del grupo XXYY

El 20 de noviembre se recibe en el Ayuntamiento un escrito firmado por un representante de una de las formaciones que integran la coalición XXYY, mediante el cual se comunica que el sr. A no está legitimado para acordar la expulsión del grupo según los estatutos que rigen dicha coalición, por lo que insta al Ayuntamiento a que se abstenga de tomar cualquier decisión sobre la petición cursada el 5 de noviembre por el sr. A.

El dia 26 de noviembre el sr. A presenta un nuevo escrito, firmado por miembros de la coalición mediante el cual solicita en nombre propio y de las personas que firman el documento que se de baja al Sr. B del grupo municipal.

El 21 de de enero de 2008, el secretario de organización nacional de la formación XX y el responsable de acción política de la formación YY, ambos miembros de la comisión de coordinación de la coalición XXYY, mediante el cual solicitan que se constituyan dos grupos municipales en el Ayuntamiento.

Bien los problemas que me generó esta consulta, no devenían tanto de la posibilidad de disolver el grupo originario y constituir dos grupos municipales que se correspondieren a las formaciones políticas de los partidos colacionados sino que sucede en los grupos formados por dos regidores, ¿puede uno expulsar a otro?, ¿tiene mayor valor la condición del portavoz del grupo? ¿Se debe consultar a los representantes de la coalición?.

En Cataluña, como hemos visto, nuestra legislación es mucho más clara que la estatal a la hora de dirimir un caso como el que nos ocupa, todo y así no es despreciable la mención que hace la LBRL a la posibilidad de que el Secretario de la Corporación pueda formular consulta al representante legal de la formación política que represente la coalición, al objeto de dirimir si estamos ante un fenómeno de transfuguismo, incluso en el seno de una coalición, o a ante discrepancias políticas de las distintas formaciones políticas

que concurrieron a las elecciones como coalición, solución que propongo para resolver un supuesto como el señalado u otros que pudieran producirse.

Para finalizar esta breve síntesis sobre el derecho de participación del concejal no adscrito les adjunto, como anexos a este trabajo, el Acuerdo sobre un código de conducta política en relación el con el transfuguismo en las corporaciones locales de 1998 y la II Adenda a dicho acuerdo de 2006, así como diversas resoluciones de la Comisión de Seguimiento del Pacto Antitransfuguismo, por si dichos documentos, amén de los que solemos utilizar los operadores jurídicos, les pudieran ser de utilidad a la hora de resolver algún conflicto que pudiera suscitarse en sus corporaciones.

Barcelona, mayo de 2008

La Comisión de Seguimiento del Pacto Antitransfuguismo ha estudiado 16 casos en su reunión de hoy
El Ministerio de Administraciones Públicas ha informado sobre las mociones de censura sin transfuguismo registradas en el último semestre del año en 16 ayuntamientos
También se ha conocido el dictamen de la Comisión de Expertos Independientes sobre los casos Firgas (Las Palmas de Gran Canaria), Altafulla (Tarragona), Mengíbar (Jaén) y Calonge (Girona)

ESTUDIO DE CASOS DE TRANSFUGUISMO DENUNCIADOS

Durante la reunión se han estudiado 16 casos presentados por los partidos políticos que integran el Pacto Antitransfuguismo. Se han analizado las denuncias de 11 nuevos casos desde la última reunión celebrada en el mes de julio: Oliva (Valencia), Pobla de Farnals (Valencia), Águilas (Murcia), Huelma (Jaén), Campdevanol (Girona), Mont-Ras (Girona), Aitona (Lleida), Piloña (Asturias), Chiclana de la Frontera (Cádiz), Torrelles de Foix (Barcelona) y Mos (Pontevedra). Los casos de Constantí (Tarragona), Quismondo (Toledo) y Torredembarra (Tarragona), presentados fuera de plazo, no han podido verse en la Comisión de Seguimiento del Pacto.

Asimismo, se han debatido los tres casos que quedaron pendientes en la anterior sesión: Elche (Alicante), Bollullos Par del Condado (Huelva) y Pobra de Trives (Ourense). Además, la Comisión ha abordado el debate de los casos anteriores de Castril (Granada) y Villalbilla (Madrid).

Después de estudiar los casos presentados, la Comisión de Seguimiento del Pacto Antitransfuguismo **ha declarado los siguientes casos de transfuguismo**:

- Pobra de Trives (Ourense). Se declara tránsfugas a dos concejales del PSOE y beneficiarios a los ediles del PP.

Resumen del caso: El PSOE denuncia violación del pacto, al conseguir el PP la Alcaldía mediante una moción de censura junto a dos concejales del PSOE, que actuaron en contra del alcalde de la Agrupación Trivesa Independiente frente al criterio del partido, que después los expulsó.

-Pobla de Farnals (Valencia). Se considera tránsfugas a los seis ediles del PSOE y a dos concejales del PP.

Resumen del caso: El PSOE y el PP presentan sendas denuncias por una moción de censura del pasado 18 de octubre contra el alcalde del PP. Los seis concejales del PSOE en ese ayuntamiento, desobedeciendo a la dirección del partido, apoyaron la moción de censura con dos concejales tránsfugas del Partido Popular.

- Torrelles de Foix (Barcelona). Se considera tránsfuga al concejal del PP que formó gobierno con CiU.

Resumen del caso: El PP denuncia que un concejal electo del Partido Popular abandonó su formación y se incorporó al equipo de gobierno de CiU como concejal de Cultura y Fiestas.

La Comisión también ha determinado que **no existe transfuguismo** en el caso de **Oliva (Valencia):** *Resumen del caso: Unió Valenciana solicita la declaración de tránsfuga de un edil que concurrió a las elecciones con esta formación, argumentando una deslealtad continuada y su negativa a renunciar al acta de concejal, a pesar de haber sido expulsado del partido y haber pasado al grupo de no adscritos.*

Además, **se han remitido la Comisión de Expertos Independientes los siguientes casos**:

- Bollullos Par del Condado (Huelva): *Resumen del caso: El PSOE denuncia violación del pacto, al triunfar una moción de censura en junio de este año por parte de 5 de los 6 concejales de IU, a los que se considera tránsfugas, y los 4 del PP contra el alcalde socialista. Sale elegido alcalde uno de los tránsfugas de IU.*

- Elche (Alicante): *Resumen del caso: El PP denuncia la violación del pacto antitransfuguismo por parte del PSOE al mantener en el equipo de gobierno a una concejala elegida por la coalición electoral "Compromis", que abandonó Izquierda Unida (uno de los partidos de la coalición), si bien se mantiene en le coalición.*

- Águilas (Murcia): *Resumen del caso: El PSOE denuncia que un concejal perteneciente al MASd (Movimiento Aguileño Socialdemócrata) abandonó en julio su grupo y pasó al grupo mixto. En agosto se alcanzó un pacto de gobernabilidad entre el PP de Águilas y dicho concejal y en octubre se le nombra Teniente de Alcalde. Este pacto proporcionaba al PP mayoría absoluta.*

- Campdevanol (Girona): *Resumen del caso: ERC solicita que se declare tránsfuga al único concejal de su formación en esta localidad, que rompió la disciplina de su grupo y dio su voto para investir a la alcaldesa del PSC-PM en contra de las instrucciones recibidas por la dirección local del partido.*

- Mont-Ras (Girona): *Resumen del caso: ERC denuncia que al inicio del mandato se constituyó un pacto de gobierno en el ayuntamiento formado por 4 concejales de ERC-AM y 1 del PSC-PM y presidido por una alcaldesa de ERC-AM. En noviembre prosperó una moción de censura, gracias a un edil de ERC, que propició que la alcaldía la ostente CiU.*

- Aitona (Lleida): *Resumen del caso: El PP denuncia que el alcalde del Partido Popular, en contra del criterio de la dirección del PP de Cataluña, rompe el acuerdo de gobierno con CiU, facilitando el acceso a la alcaldía de un nuevo equipo de gobierno formado por ERC y el PSC.*

- Piloña (Asturias): *Resumen del caso: El PP denuncia que el alcalde del PSOE mantiene en el equipo de gobierno a un concejal de Izquierda Asturianista expulsado de esta formación política.*

- Chiclana de la Frontera (Cádiz): *Resumen del caso: El PP denuncia la violación del pacto antitransfuguismo por el PSOE al votar una moción de censura junto con una ex concejala de Izquierda Unida.*

- Mos (Pontevedra): *Resumen del caso: El PSOE denuncia una moción de censura contra la alcaldesa socialista en la que un concejal de su grupo votó junto con 8 ediles del PP para dar la alcaldía a este partido.*

Tres casos más han quedado sobre la mesa: Huelma (Jaén), Villalbilla (Madrid) y Castril (Granada). Respecto a este último, se ha pedido un informe a la Comisión de Expertos sobre la posibilidad de restituir a una situación de normalidad como cargo público a un edil declarado beneficiario una vez que ha rectificado, cumpliendo el dictamen de la Comisión. A este informe se ha añadido el caso de Briviesca (Burgos), visto en una Comisión anterior y que presenta características similares.

MOCIONES DE CENSURA SIN TRANSFUGUISMO

La reunión del Pacto también ha conocido un informe del Ministerio de Administraciones Públicas sobre las mociones de censura que se han producido en los últimos seis meses, ninguna de ellas con transfuguismo.

Estas 16 mociones han tenido lugar en los siguientes municipios: Purullena (Granada), Vélez-Málaga (Málaga), Siétamo (Huesca), Bello (Teruel), Sestrica (Zaragoza), Corvera de Asturias (Asturias), Villaescusa (Cantabria), Candeleda (Ávila), Maraña (León), Paredes (Cuenca), Casarrubios del Monte (Toledo), El Palau D`Anglesola (Lleida), Benigembla (Alicante), Simat de la Valldigna (Valencia), Galapagar (Madrid) y Romanzado (Navarra).

DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS

El Pacto Antitransfuguismo decidió remitir el pasado 28 de julio a la Comisión de Expertos Independientes los casos de Firga (Las Palmas de Gran Canaria), Altafulla (Tarragona), Mengíbar (Jaén) y Calonge (Girona). La Comisión ha dictaminado lo siguiente:

- **Firgas:** Se declara la situación de transfuguismo para el concejal de NCa, los tres concejales del PP, los dos de CCN y el del PIDF.

Resumen del caso: El PSOE denuncia al PP por contar con un tránsfuga de Nueva Canaria, expulsado por su partido. La moción contra el alcalde (23.02.08), de Compromiso por Firgas, es votada por los concejales de PP, Centro Canario, PIDF y Nueva Canaria.

- **Altafulla:** Señala la conducta del alcalde del PSC reprobable y que vulnera el pacto. No considera tránsfuga al concejal del ABG-EPM.

Resumen del caso: IU denuncia la vulneración por el PSC, PP, AUPA, IDEAL y PAU del pacto contra el transfuguismo ante la moción de censura contra el alcalde de ABG-EPM, que es votada por los concejales de PSC, PP, IDEAL, AUPA y PAU, de manera que la alcaldía pasa uno de los ediles del PSC. De acuerdo con la denuncia, esta moción sale adelante con la abstención de un concejal no adscrito de ABG-EPM que es nombrado concejal de Turismo.

- **Mengíbar:** Se declara tránsfuga al edil de IULV-CA, siendo beneficiarios de dicha conducta los concejales del PP y de UDM.

Resumen del caso: El PSOE denuncia al PP. El alcalde del PSOE(partido más votado) es sustituido por el único edil de IU, quien firma la moción de censura con el resto de la oposición (entre otros, 3 concejales del PP). De acuerdo con la denuncia, el concejal de IU es desautorizado desde el primer momento por la formación con la que concurrió a las elecciones.

- **Calonge:** Se considera tránsfuga la conducta de una concejala del PSC-PM, otro de CCSA y de los ediles de CiU y ERC.

Resumen del caso: El PSC-PM obtiene la alcaldía con el apoyo de su grupo, de los tres concejales de Ciutadans de Calonge i San Antoni (CCSA) y del concejal de San Antoni Independent. Finalmente, resulta elegido un alcalde de CiU con el apoyo de ERC, un concejal de CCSA y otra del PSC-PM.

9a sessió

12/06/09

Els processos selectius després de l'ebep:
punts critics en la seva aplicació a l'administració local.
Xavier Boltaina i Bosch, director de Recursos Humans de l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona i professor associat de dret administratiu de la Universitat de Barcelona.

Justicia i civisme: L'ordença cívica de Barcelona.
Francisco José González Ruiz, magistrat del Jutjat contenciós administratiu número 1 de Barcelona i professor associat de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra.

ELS PROCESSOS SELECTIUS DESPRÉS DE L'ESTATUT BÀSIC DE L'EMPLEAT PÚBLIC: PUNTS CRÍTICS EN LA SEVA APLICACIÓ A L'ADMINISTRACIÓ LOCAL

Xavier Boltaina Bosch
director de Recursos Humans de l'Organisme de Gestió Tributària de la DIBA
professor associat de dret administratiu de la Universitat de Barcelona
xavier.boltaina@ub.edu

1. Introducció. 1

2. Tipologia del personal a seleccionar: personal funcionari i personal laboral..... 1

3.- La selecció en funció de la tipologia de personal. 3

4.- El procediment de selecció del personal de les entitats locals. Una apropament al règim general i a algunes dificultats aplicatives derivades de l'EBEP..... 4

5.- Processos o particularitats en els procediments de selecció..... 6

5.1.- Inexistent solució a la problemàtica del personal laboral indefinit no fix. 6

5.2.- La composició dels òrgans de selecció. 7

5.3.- La participació de ciutadans estrangers. 8

5.4.- L'accés a l'ocupació pública de les persones amb discapacitat. 8

5.5.- La funcionarització. 9

5.6.- L'estabilització de l'ocupació temporal..... 10

1. INTRODUCCIÓ.

La Llei 7/2007 de 12 d'abril de l'Estatut Bàsic de l'empleat públic (EBEP) ha incorporat tot un conjunt de preceptes que regulen la selecció del personal funcionari i laboral de les Corporacions locals, per bé que, al nostre país, no es la única norma aplicable, ja què continuen vigent tot un conjunt de disposicions –estatals i autonòmiques- que regulen els processos de selecció i d'altres aspectes col·laterals, malgrat que en ocasions es pot tenir dubtes raonables sobre la seva vigència. L'objectiu d'aquesta ponència es posar sobre la taula algunes de les dificultats aplicatives que ha comportat l'entrada en vigor de l'EBEP pel que fa a la selecció en les Corporacions locals, centrant-nos en aquells aspectes que han estat més conflictius o dificultosos en la seva aplicació. Sistemàticament, encara que pugui restar *extra muros* de l'objectiu central d'aquesta intervenció, hem cregut adient plantejar la tipologia de personal que es pot seleccionar i quin és el marc jurídic, al nostre parer, existent actualment en les entitats locals, com a punt de partida de tota la qüestió selectiva. Es a dir, abans de tractar sobre la selecció, volem fer algunes consideracions sobre què hem de seleccionar.

2. TIPOLOGIA DEL PERSONAL A SELECCIONAR: PERSONAL FUNCIONARI I PERSONAL LABORAL.

A l'Administració publica espanyola hi ha dos vincles jurídics amb una presència majoritària sobre el total d'empleats públics: el personal funcionari, sotmès a la normativa administrativa de funció pública, i el personal laboral, regit pel dret laboral però també per normes i preceptes específics de funció pública, en especial després de la promulgació de l'EBEP, que el denomina com a "*relació laboral d'ocupació pública*". Si bé el Consell Econòmic i Social, en el seu dictamen de 22 de desembre de 2004 situava l'índex de laboralitat de les Corporacions locals espanyoles en el 80 per cent, dades posteriors del Ministeri per a les

Administracions Públiques la ubicaven en una més raonable, del 60 per cent[1], i potser una mica més inferior a Catalunya.

Aquesta dicotomia entre funcionaris i personal laboral ve de molt enrere en el temps. Tanmateix, l'increment més significatiu del nombre d'efectius de personal laboral es va donar a partir de la Llei 30/1984 de 2 d'agost. En el redactat inicial del seu art.15, la Llei del 1984 establia que cada administració pública, a través de les relacions de llocs de treball, fixaria quins llocs, atesa la naturalesa del seu contingut, serien reservats per a funcionaris. Això va suposar la pràctica desaparició de límits en la contractació de treballadors ja què el règim laboral passava a constituir-se com la fórmula ordinària de vincle amb l'Administració. No obstant, aquest criteri legal va ser corregit per la STC 99/1987 d'11 de juny, que va establir que "*havent optat la Constitució per un règim estatutari, amb caràcter general, per als servidors públics (arts.103.3 i 149.1.18) haurà de ser també la llei la que determini en quins casos i amb quines condicions poden reconèixer-se d'altres possibles vies per a l'accés al servei de l'Administració Pública*" (FJ 3r.).

Aquesta sentència va donar lloc a una modificació de l'art.15 de la Llei 30/1984 a través de la Llei 23/1988 de 28 de juliol. El nou art.15.1.c –s'ha de dir que no ha estat derogat per l'EBEP- estableix que, amb caràcter general, els llocs de treball a l'Administració de l'Estat i de la Seguretat són desenvolupats per funcionaris, en tant que serà possible cobrir per personal laboral un conjunt de llocs específics, delimitats per la pròpia llei: llocs de naturalesa no permanent, llocs d'activitats que satisfacin necessitats de caràcter periòdic i discontinu, llocs propis d'oficis, llocs de vigilància, custodia i porteig, llocs de caràcter instrumental corresponents a les àrees de manteniment i conservació d'edificis, equips i instal·lacions, arts gràfiques, enquestes, protecció civil i comunicació social, els llocs de les àrees d'expressió artística i els vinculats directament al seu desenvolupament, serveis socials i protecció de menors, els llocs corresponents a les àrees d'activitats que requereixin coneixements tècnics especialitzats quan no hi hagi cossos de funcionaris amb la preparació específica necessària per al seu desenvolupament i els llocs amb funcions auxiliars de caràcter instrumental i suport administratiu.

Aquest art.15.1.c de la Llei estatal de Mesures va ser seguit per la majoria de les Comunitats Autònomes que varen promulgar lleis d'ocupació pública o reformes de les vigents en termes molt similars, quan no idèntics, de la Llei estatal. És el cas de Catalunya, on el Text Únic de disposicions en matèria de funció pública (actual Decret Legislatiu 1/1997) recull un esquema jurídic semblant, en el seu article 30, si bé una mica més restrictiu.

Tanmateix, en l'àmbit local la situació era sensiblement diferent: la regulació de la qüestió es trobava en la Llei de Bases de Règim Local (art.92.2) i en el Reglament de Personal de 1990 (art.33) i era font de debat l'aplicació o no de l'art.15.1.c de la Llei de mesures de reforma de la funció publica estatal, si més no amb caràcter supletori; no obstant, amb la promulgació de l'EBEP, el marc normatiu bàsic se situa en l'art.9.2 –personal funcionari, amb caràcter general- i art.11.2 –personal laboral-, com a la resta d'administracions, i en la descontextualitzada disposició addiciona 2a, apartat primer, del referit Estatut Bàsic, com afegit aplicable també a les entitats locals.

El derogat art.92.2 de la Llei 7/1985 establia que eren funcions públiques, l'exercici de les quals solament podia ser realitzat per funcionaris, les que implicaven exercici d'autoritat, les de fe pública i assessorament legal preceptiu, les de control i fiscalització interna de la gestió econòmicofinancera i pressupostària, les de comptabilitat i tresoreria i, en general, totes aquelles que es reservessin a l'estatut funcionarial per a una millor garantia de l'objectivitat, la imparcialitat i la independència en l'exercici de la funció.

Aquesta precepte va ser qüestionat davant el Tribunal Constitucional per la interlocutòria del TSJ de Catalunya de 26 de novembre de 1993, atesa la seva falta de concreció en el darrer paràgraf (objectivitat, imparcialitat i independència) i perquè no s'ajustava a la doctrina emanada de la STC 99/1987. Finalment, la STC 37/2002 va resoldre desestimar la petició del tribunal català i va confirmar la plena constitucionalitat de l'art.92.2 de la Llei de Bases, amb arguments més que discutibles perquè no donaven una resposta clara a l'ambigüitat del precepte.

No obstant, l'EBEP ha introduït un canvi, si bé no d'una abast significatiu, en tot aquest conjunt normatiu. En primer lloc, ha derogat l'art.92.2 de la Llei 7/1985 –i per tant, hem d'entendre, que ha perdut vigència també l'art.33 del Reglament de Personal de 1990, per altra banda autèntica antigalla d'inexplicable vigència formal en el nostre sistema català d'ocupació pública-, d'igual redactat, en allò que pugui contradir a l'EBEP. Amb tot s'ha incorporat una disposició addicional segona a l'Estatut Bàsic que, amb els mateixos termes, indica que són funcions públiques, reservades a funcionaris, les que impliquen exercici d'autoritat i les abans esmentades de fe pública, assessorament, control i fiscalització, comptabilitat i tresoreria. El canvi, doncs,

[1] Butlletí Estadístic del personal al servei de les Administracions Públiques . Registre Central de Personal. MAP. Gener del 2008. No obstant, únicament s'acredita un 34 per cent de funcionaris. La resta es classifica com "d'altre personal".

ha afectat a la supressió final de la referència als llocs que implicaven una necessària imparcialitat, independència i objectivitat.

Per altra banda, amb caràcter general, l'art.9.2 de l'EBEP fixa que caldrà que siguin desenvolupades per funcionaris les funcions que impliquin la participació directa o indirecta en l'exercici de les potestats públiques o en la salvaguarda dels interessos generals de les Corporacions locals, per bé que en els termes que en la llei de desenvolupament de cada Administració pública s'estableixi, que, per al cas de Catalunya, hem d'entendre que és la vigent legislació de funció pública (art.30 del Decret Legislatiu 1/1997) o la que en el futur a ben segur es dictarà en desenvolupament de l'Estatut bàsic.

En qualsevol cas, sembla evident que hi ha tot un conjunt d'empleats de les entitats locals que han de ser necessàriament funcionaris. La nostra proposta és que, d'acord amb el marc jurídic vigent a Catalunya, la possible contractació de personal laboral i l'obligada reserva de llocs a funcionaris passa per les següents regles:

- amb caràcter funcionarial, hi destacarem els que integren els cossos de la policia local, aquells que exerceixen funcions d'autoritat davant terceres persones –recaptació, inspecció urbanística o tributària, etc.- i els que formen els cossos d'habilitació de caràcter estatal. A més, de forma general, si bé amb el dubtes que puguin derivar-se dels conceptes jurídics indeterminats que impliquen, també són reservats a funcionaris aquells llocs que són descrits en l'art.9.2 de l'EBEP.
- en segon lloc, hem de tenir en compte les previsions del Text Refós de Règim Local de 1986, especialment en el seu art.169. Segons aquest precepte, correspon als funcionaris de l'escala d'administració general –descrits en l'art.167- el desenvolupament de funcions comunes a l'exercici de l'activitat administrativa, de tal manera que els llocs de treball predominantment burocràtics hauran de ser exercits per funcionaris tècnics, de gestió, administratius o auxiliars d'administració general. Precepte d'obligat compliment sense excepcions vist que a través de la Llei 53/2002 de 30 de desembre ha estat declarat bàsic, malgrat que entenem que una futura llei catalana de desplegament de l'EBEP podrà fixar criteris diferents.

Conseqüentment, la cabuda del contracte de treball està altament limitada en les Corporacions locals, malgrat que la realitat pràctica vagi per un altre camí. Gosaríem dir que podria contractar-se laboralment, a Catalunya, el personal d'oficis, que és aquell que realitza tasques de caràcter predominantment manual, en els diversos sectors d'actuació de les corporacions locals, en base a un ofici, una indústria o un art (vegeu article 175.1), sempre i quan no exerceixin funcions d'autoritat. També per criteri de supletorietat o en base al principi d'equivalència que institueix l'art.300.1 de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya, creiem que també es pot aplicar l'art.30 del Decret Legislatiu 1/1997, segons la llista taxada de llocs que poden ser reservats a personal laboral a la Generalitat, que creiem de possible extensió a les entitats locals, en tant en quan el Parlament de Catalunya no desenvolupi els arts.9.2 i 11.2 de l'EBEP[2].

3.- LA SELECCIÓ EN FUNCIÓ DE LA TIPOLOGIA DE PERSONAL.

L'EBEP estructura el personal al servei de les Corporacions locals en quatre grups, per bé que en realitat es poden reconduir a tres. Aquesta classificació ens permet una primera aproximació a alguns dels trets que impregnen la seva selecció.

Els funcionaris poden ser de carrera o interins. Malgrat que l'Informe de la Comissió d'Experts que va servir d'antecedent a l'EBEP qüestionava el caràcter "*funcionarial*" dels interins, ens sembla que no hi ha arguments de pes per establir una radical diferenciació que comporti una tipologia diferent, per la qual cosa –llevat alguns punts diferencials- entenem que tots dos son funcionaris, si bé l'Estatut Bàsic estructuralment els diferencia, cosa que no fa, en canvi, en relació als diferents tipus de vincle de personal laboral.

L'art.9 de l'EBEP no fixa cap característica selectiva per accedir a la condició de funcionari de carrera, però es pot inferir que sí quan es refereix que la seva relació estatutària, regida pel Decret Administratiu, es de "*caràcter permanent*". Per tant, la selecció haurà de guardar tots els principis que legal i reglamentàriament es determinin per a l'accés a l'ocupació pública amb caràcter de permanència.

L'art.10 de l'EBEP inserta alguns aspectes més significatius vinculats a la selecció, ja què es refereix al funcionariat interí. La pròpia definició comporta aquesta relació: son funcionaris interins els que, per raons expressament justificades de necessitat i urgència, son nomenats com tals funcionaris interins per al desenvolupament de funcions pròpies dels de carrera, sota quatre possibles circumstàncies: les clàssiques

[2] Tasca que, sobtadament, no sembla que es vulgui fer un cop consultats els successius avantprojectes de llei elaborats des de la Conselleria amb competències a Catalunya i que encara són en tràmit de discussió prèvia amb els diferents interlocutors.

de funcionari interí fins la cobertura de la plaça vacant o funcionari en substitució transitòria d'un altre funcionari amb dret de reserva de plaça i les dues noves incorporades a l'EBEP, el funcionari per a "*l'execució de programes de caràcter temporal*" i els que es nomenin per "*excés o acumulació de tasques per termini màxim de sis mesos, dins d'un període de dotze mesos*". Aquestes dues darreres fórmules tenen el seu origen en el dret laboral; en el primer cas, ja hi havia un antecedent en diverses normes autonòmiques –és el cas de Catalunya- però el segon es una clara *"importació*" a l'àmbit funcionarial interí del clàssic contracte eventual per circumstàncies de la producció previst en l'art.15 de l'Estatut dels Treballadors. Amb la incorporació d'aquestes fórmules, a més a més, es restringeixen algunes de les conseqüències fruit de les normes laborals "*sancionadores*" de les irregularitats o incorreccions en la contractació laboral temporal i més, encara, després de l'entrada en vigor de l'art.15.5 de l'Estatut dels Treballadors i de la correlativa disposició addicional 15a, tot d'acord amb un reial decret llei de 2006 i novament confirmat per la Llei 43/2006.

La interinitat funcionarial, en tots aquests quatre supòsits, ha de comportar una selecció prèvia, a dur a terme a través d'un *"procediment àgil*", que haurà de respectar en tot cas els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat (art.10.3). Alhora, l'art.10.4 incorpora una prescripció d'abast important: quan es tracti d'un funcionari interí que cobreix una plaça vacant que no sigui possible cobrir per un funcionari de carrera, aquesta plaça vacant haurà d'incloure's en l'oferta d'ocupació corresponent a l'exercici en què es produeixi el seu nomenament i, si no fos possible, en la següent, llevat que es decideixi la seva amortització.

Menys precisions s'incorporen en referir-se al personal laboral, descrit en l'art.11 de l'EBEP. Si bé obliga a que el contracte de treball sigui sempre per escrit –a diferència de la normativa general laboral que preveu supòsits en que no cal- i que serà factible tot tipus de contractes laborals –temporals també- en el si de l'Administració, inclòs el d'alta direcció (art.13.4 *in fine* de l'EBEP), únicament es refereix a la possibilitat de que el contracte sigui fix, per temps indefinit o temporal. Es significatiu que no s'incorpora, si més no en l'art.11, cap referència específica com si fa l'art.10.4, pel que fa a la cobertura de les places ocupades interinament en lloc de prevista cobertura. Per altra banda, malgrat que moltes i reconegudes veus han afirmat que la incorporació de l'expressió "*per temps indefinit*" es deriva del reconeixement legal en l'EBEP de la doctrina jurisprudència sobre els treballadors indefinits no fixos, en absolut va ser aquesta la voluntat del legislador, com acredita el tràmit parlamentari en el Senat. Tanmateix, sigui quina sigui l'opinió que ens mereixi, el resultat es que al llarg de l'EBEP cap referència més es fa a la distinció ni tampoc s'incorporen cap tipus de mesures orientades a solventar les dificultats aplicatives d'aquesta mena de *tertium genus* d'empleat públic –emparedat entre el contracte fix i el contracte temporal- resultat d'un corpus de sentències del Tribunal Suprem que tenen origen en la de 7 d'octubre de 1996, que es consoliden clarament amb les de 20 i 21 de gener de 1998 i que han arribat fins ara com a jurisprudència unànime.

Finalment, l'art.12 defineix el personal eventual, en línia a la normativa anterior a l'EBEP. Hi destacarem la referència "*selectiva*" de l'art.12.3: el nomenament i cessament són lliures, circumstància aquesta darrera que tindrà lloc, en tot cas, quan es produeixi el de l'autoritat a la que es presti la funció de confiança o assessorament. També es reafirma que la condició de personal eventual no podrà constituir mèrit per a l'accés a la funció pública (art.12.4), precepte que podria interpretar-se en el sentit de que aquesta condició d'eventualitat no podria computar-se en la fase de concurs en un procés de selecció per accedir a la condició de funcionari de carrera o personal laboral fix.

Finalment, malgrat que no es considera un tipus específic de personal –malgrat l'ambivalència descripció com a "*personal directiu*" (subtítol I del Títol I) i "*personal directiu professional*" (art.13, del referit subtítol I), l'EBEP incorpora una referència a als directius professionals, algun dels seus aspectes guarden relació a la selecció o incorporació a l'Administració.

Així, i a espera de que la Comunitat Autònoma catalana desenvolupi el seu règim jurídic específic, l'EBEP marca un criteris referents a la seva "*designació*": s'haurà de subjectar als principis de mèrit i capacitat i a criteris d'idoneïtat, i es durà a terme mitjançant un procediment que garanteixi la publicitat i concurrència.

4.- EL PROCEDIMENT DE SELECCIÓ DEL PERSONAL DE LES ENTITATS LOCALS. UNA APROPAMENT AL RÈGIM GENERAL I A ALGUNES DIFICULTATS APLICATIVES DERIVADES DE L'EBEP.

L'accés a l'ocupació pública local exigeix el compliment dels principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat previstos en els arts.23.2 i 103. de la CE i el principi legal de publicitat. Aquests principis son recollits per l'EBEP en fixar que tots els ciutadans tenen dret d'accés a l'ocupació pública d'acord amb aquelles. Això suposa l'existència d'un procediment selectiu molt detallat que no pot ser ignorat per les Corporacions locals i que implica algunes diferències segons si la selecció és per a personal funcionari, personal laboral o empleats en règim d'interinitat o temporalitat, però que en tot cas han de respectar uns principis legals, derivats de l'EBEP que son els següents (art.55.2):

- publicitat de les convocatòries i de les seves bases.
- transparència.
- imparcialitat i professionalitat dels membres dels òrgans de selecció.
- independència i discrecionalitat tècnica en l'actuació dels òrgans de selecció.
- adequació entre el contingut dels processos selectius i les funcions o tasques a desenvolupar.
- agilitat del procés de selecció, que no sigui contrària en tot cas amb l'objectivitat.

L'adquisició de la condició de personal funcionari de carrera requereix la superació d'un procés selectiu a través dels procediments d'oposició o concurs-oposició, el nomenament de l'alcalde o president, el jurament o promesa posterior i, finalment, la presa de possessió en el termini reglamentari. Malgrat que el concurs era ja un sistema fortament restringit abans de l'entrada en vigor de l'EBEP, des de l'aprovació d'aquesta s'ha suprimit com a fórmula plausible i únicament es podrà emprar quan ho estableixi una llei, amb caràcter excepcional (art.61.6).

El personal laboral es distingeix perquè el seu accés pot ser igualment fruit d'un procés selectiu –on es permet, no obstant, la fórmula del concurs sense les restriccions que fixa l'EBEP per als funcionaris- però també d'una transferència acordada per decret del Govern de la Generalitat o d'una subrogació, si bé en aquest darrer supòsit, si esdevé entre una entitat privada i la corporació local, el treballador no adquirirà la condició de fix sinó d'indefinit no fix.

El procediment de selecció a les corporacions locals catalanes està regulat per diverses normes, estatals i autonòmiques, que dificulten en ocasions la certesa del precepte específic a aplicar. Davant d'això hem de recórrer, en primer terme, a l'EBEP i després als arts.133 i 134.2 del Text Refós de Règim Local de 1986, en virtut dels quals el procediment selectiu s'ha d'ajustar a la legislació bàsica de l'Estat; per tant, són preferents el referit EBEP, la Llei 7/1985 de 2 d'abril, el Text Refós de Règim Local de 1986 i el Reial Decret 896/1991 de 7 de juny. Cal anar, en últim terme a la legislació de la Generalitat en allò no previst en les anteriors disposicions i, finalment, a la normativa reglamentària de l'Estat (Reial Decret 364/1995 de 10 de març) amb caràcter supletori.

S'ha de posar de manifest la importància del Reial Decret 896/1991, ja que gran part d'aquest és norma bàsica, de conformitat amb l'art.149.1.18 de la Constitució. Això implica que les Corporacions locals s'ha d'adequar als criteris que aquell estableix, que no necessàriament concorden amb el desenvolupament legislatiu i reglamentari autonòmic català.

Hem de ressaltar, en aquest cas, que l'art.2 del R.D.896/1991 indica que l'accés a la funció pública local s'ha d'efectuar preferent mitjançant oposició, llevat que, per la naturalesa de les places o de les funcions a desenvolupar, sigui més adequat el sistema de concurs-oposició o concurs, opció aquesta darrera que únicament des de l'aprovació de l'EBEP serà possible si una llei excepcionalment ho permetés. El debat se situa avui en dia en establir si aquesta llei ha de ser excepcional per cada convocatòria o supòsit o si es factible entendre que la norma ho prevegi amb caràcter general; es més, havent-hi una norma a Catalunya que preveu el concurs per a l'accés en determinades condicions a la funció pública local, aquest precepte es vigent o no[3]; mentre alguns autors creuen que no ho és, el nostre parer es que no podem rebutjar la seva vigència, però es ben cert que aquest debat pot ser ja limitat en el temps atès que els diferents avantprojectes de llei d'ocupació pública de Catalunya que per ara han vist a la llum, el concurs queda –o quedarà, si es aprovat- en un nivell absolutament residual.

L'oposició consisteix en la superació de proves teòriques i pràctiques adequades a la funció que desenvoluparà el funcionari, si bé és possible també establir un posterior curs, que podrà ser selectiu si es tracta de places dels grup A, subgrups A1 i A2, o únicament complementari si per al grup C, subgrups C1 i C2, o el nou grup d'altres agrupacions professionals. La legislació catalana obliga a què, si més no, una de les proves tingui un caràcter pràctic i permet que s'estableixin d'altres de caràcter psicotècnic que mesurin les aptituds i la idoneïtat de manera objectiva, així com també entrevistes, període de pràctiques o altres sistemes de valoració.

El concurs consisteix en la valoració i comprovació de mèrits, segons un barem preestablert en les bases de la convocatòria, per acreditar la formació, els mèrits i nivell d'experiència dels aspirants. El seu caràcter excepcional fa que, d'ara endavant, sigui únicament possible d'emprar amb una certa normalitat per accedir

[3] El Decret Legislatiu 2/2003 de 28 d'abril de text refós de Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya estableix que el sistema de concurs solament es pot utilitzar per adquirir la condició de funcionari de carrera amb caràcter excepcional quan es tracti de proveir llocs de treball corresponents a places singulars corresponents als grups A i B que per raó de les característiques i la tecnificació han de ser proveïdes per personal de mèrits rellevants i condicions excepcionals (art.290.2).

a la condició de laboral fix, malgrat que en el futur també aquesta situació pot canviar si s'aprova l'avantprojecte de llei de mesures en matèria d'ocupació de Catalunya que manera recurrent en tots els diferents textos elaborats redueix el concurs a un caràcter fortament residual (accés al grup de titulats superiors i amb 15 anys d'experiència).

El concurs-oposició consisteix en la valoració dels mèrits i la superació d'una fase d'oposició. En aquest cas, el concurs no pot ser eliminatori i tampoc la puntuació obtinguda en aquest pot servir per a superar la fase d'oposició. L'EBEP fixa que la valoració dels mèrits haurà de ser proporcionada i no podrà determinar, en cap cas, per si mateixa, el resultat del procés selectiu (art.61.3), expressió ambivalent que a Catalunya, entenem s'ha de resoldre aplicant l'art.289.2 de la Llei Municipal i de Règim Local de 2003, ja què interpretada de manera literal porta a una conclusió absurda, doncs sempre i en tot cas, per poc que impliqui, el concurs sempre determinarà d'una manera o d'altra el resultat del procés selectiu.

En tots tres casos, però, els aspirants hauran d'acreditar el coneixement del català –i en els ens locals de la Vall d'Aran, també l'aranès-, en el grau adequat d'expressió oral i escrita que sigui adient a les funcions pròpies de la plaça objecte de selecció[4], tot d'acord també amb l'art.56.2 de l'EBEP.

Si bé l'EBEP preveu que es pot recórrer al concurs també per seleccionar personal laboral, creiem que la regla restrictiva del concurs prevista en la normativa anterior a l'entrada en vigor d'aquell també és d'aplicació al personal laboral. L'art.91 del Decret 214/1990 de 30 de juliol de Reglament de Personal al servei de les entitats locals de Catalunya mantenia el concurs com a sistema normal de selecció; la jurisprudència ha entès que el sistema preferent ha de ser l'oposició i, en segon terme, el concurs-oposició i s'ha de reservar el concurs per a supòsits excepcionals. Per altra banda, la STSJ de Catalunya d'11 de juny de 2002 va declarar nul aquell precepte reglamentari i va fer prevaldre el criteri referit, en detriment absolut del concurs. Tanmateix, no es pot oblidar que l'EBEP no sembla fixar cap preferència i, per tant, la interpretació no pot ser excessivament ferma en un sentit o d'altre, si bé –com ja hem assenyalat anteriorment- els successius avantprojectes de llei de mesures d'ocupació de Catalunya que s'han redactat des de la Conselleria de Governació pretenen reduir el concurs de mèrits per seleccionar personal laboral a la mínima expressió.

Unes darreres reflexions cal esmentar a la llum del que preveu l'EBEP:

- el procés selectiu podrà incorporar, a fi i efecte d'assegurar l'objectivitat i la racionalitat del mateix, la superació de cursos, períodes de pràctiques, exposició currículum dels candidats, proves psicotècniques o la realització d'entrevistes, així com reconeixements mèdics (art.61.5).
- els òrgans de selecció no podran proposar l'accés a la condició de funcionari –res es diu especialment del personal laboral- d'un nombre superior d'aprovats al de places convocades, excepte quan així ho prevegi la pròpia convocatòria. Però en cas de que això no s'hagi previst, també s'ha fixat que si hi ha renúncia d'aspirants seleccionats, abans del seu nomenament o presa de possessió, l'òrgan que convoca podrà requerir a l'òrgan de selecció una relació complementària dels aspirants per al seu possible nomenament.

5.- PROCESSOS O PARTICULARITATS EN ELS PROCEDIMENTS DE SELECCIÓ.

5.1.- INEXISTENT SOLUCIÓ A LA PROBLEMÀTICA DEL PERSONAL LABORAL INDEFINIT NO FIX.

La jurisprudència ha entès (primer a través de la STS de 7 d'octubre de 1996 i posteriorment, a través de les SSTS de 20 i 21 de gener de 1998, que ha conformat un corpus jurisprudencial que s'ha mantingut fins avui) que ostenta tal condició aquell personal que segons la legislació laboral, fonamentalment per incompliments en la contractació laboral temporal o irregularitats greus en la mateixa –frau de llei, fonamentalment, però també hipotètiques subrogacions empresarials o cessions il·legals de treballadors-, passaria a tenir la condició de fix segons la llei laboral, però que en el cas de l'Administració pública això topa amb els principis constitucionals d'accés a l'ocupació pública que proclamen la igualtat, el mèrit i la capacitat. A això s'afegeix la previsió de l'art.15.5 de l'ET, segons redactat donat per la reforma laboral del 2001 (en primer lloc, a través d'un reial decret llei i posteriorment per la Llei 43/2006 de 29 de desembre), en virtut del qual els treballadors que en un període de 30 mesos haguessin estat contractats durant un termini superior a 24 mesos, amb o sense solució de continuïtat, per al mateix lloc de treball amb la mateixa empresa, mitjançant dos o més contractes temporals, sigui directament o a través de la seva posada a disposició per empreses de treball temporal –supòsit molt excepcional en el cas de les Administracions-, amb les mateixes o diferents modalitats de contracte temporal –excepte el d'interinitat, relleu i formatius-, adquiriran la condició de fix. I si hi havia algun dubte sobre la seva aplicació a l'Administració, la disposició addicional 15a, també afegida

[4] Decret 161/2002 d'11 de juny, sobre l'acreditació del coneixement del català i l'aranès en els processos de selecció de personal i de provisió de llocs de treball de les administracions publiques de Catalunya.

per la Llei 43/2006 prescriu que aquest article 15.5 s'aplicarà a l'Administració pública i els seus organismes autònoms, "*sense perjudici de l'aplicació dels principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública, per la qual cosa no serà obstacle per a l'obligació de procedir a la cobertura dels llocs de treball de què es tracti a través dels processos ordinaris, d'acord amb el que estableix la normativa aplicable*".

L'EBEP res ha fet per solventar aquesta situació, per la qual cosa hem de recórrer a la jurisprudència per aclarir els trets fonamentals d'aquest vincle sui generis:

- en primer lloc, que hi ha una obligació –"*deure legal*", segons el Tribunal Suprem- de convocar aquests llocs coberts per personal laboral indefinit no fix, llevat que es procedeixi a la seva amortització.
- que aquest procés de cobertura ha de ser en tot cas mitjançant processos de lliure concurrència i en cap cas restringits.
- que també es pot cobrir el lloc afectat mitjançant altres formules de provisió definitiva, com la promoció interna, la mobilitat interna, la readmissió d'excedents, i també es pot extingir el contracte per amortització.
- que si l'extinció s'efectua a conseqüència d'aquesta cobertura reglamentària, el treballador indefinit no fix no té dret a cap indemnització.

5.2.- LA COMPOSICIÓ DELS ÒRGANS DE SELECCIÓ.

Ha estat potser un dels punts més conflictius en el nou marc del procés de selecció que preveu l'EBEP, si bé no tant per les exclusions expresses –on sembla que s'hagi acceptat amb bastant facilitat-, com per l'ambivalència –relativa- d'alguna exclusió imprecisa.

En concret, els òrgans de selecció –col·legiats- han d'ajustar la seva composició als principis d'imparcialitat i professionalitat dels seus membres i tendir a la paritat entre dona i home. L'art.60.2 i 3 incorpora un règim limitatiu en la participació en aquests òrgans: no poden formar part dels òrgans de selecció, "*el personal d'elecció o de designació política*", "*els funcionaris interins*" –oblida al personal laboral temporal i l'indefinit no fix, però entenem que una interpretació adequada els hauria d'incorporar també a l'exclusió- i el "*personal eventual*".

En el tercer paràgraf de l'art.60 s'indica, a més a més, que "la pertinença als òrgans de selecció sempre ha de ser a títol individual i no es pot ostentar en representació o per compte de ningú".

El debat s'ha centrat fonamentalment en el fet que molts convenis col·lectius i acords de condicions preveuen la inclusió en els òrgans de selecció d'un o més membres en representació del comitè, junta de personal o organitzacions sindicals, que els proposen a l'òrgan competent per nomenar el tribunal.

Inicialment l'Informe de la Comissió d'Experts va proposar la clara exclusió d'aquests membres i en el primer redactat de l'EBEP s'establia amb claredat que "*la pertinença als òrgans de selecció serà sempre a títol individual i no es pot ostentar en representació d'associacions, organitzacions sindicals, òrgans unitaris de representació de personal o qualsevol altra entitat representativa d'interessos*". Aquesta claredat va desaparèixer en el tràmit parlamentari, substituint-se la llarga relació pel terme "*ningú*". ¿què vol dir ningú?

En el nostre parer, *"ningú*", malgrat la seva ambivalència, no es pot interpretar d'una altra manera que no es pot ser membre d'un tribunal en representació de cap interès i/o designat per alguna entitat, òrgan o associació que representi interessos corporatius, sindicals, d'empleats públics o professionals. I no ens val que es digui que es pot relativitzar que una entitat, òrgan o associació proposa i després l'actuació es fa a títol individual, perquè en tot cas sempre hi hauria un vincle entre la proposta i el proposat i solament seria factible la decisió de l'òrgan que nomena el tribunal de rebutjar la proposta (o escollir entre diferents proposats, amb la qual cosa el sistema igualment estaria viciat). En conseqüència, el nostre parer es que els acords i convenis que preveuen aquests processos de designació o proposta han esdevinguts contraris a l'EBEP[5].

[5] Amb més detall, podeu consultar la ponència de Xavier Boltaina Bosch "*La participació dels representants del personal en els processos de selecció. Possibilitats i límits d'actuació en vista de l'Ebep"* (Ponències del Seminari de Relacions Col·lectives any 2007, publicades en format digital per la FMC, 2008, ISBN 13.978-84-87286-49-6) i la del Prof. Manuel Férez Fernandez: "*Negociación colectiva y procesos de selección. Marco de participación de la negociación colectiva: posiblidades y límites"*, publicada digitalment per la FMC, 2009, ISBN 13:84-978-84-87286-53-4.

Dues qüestions cal afegir a aquesta reflexió, una referida al personal laboral i una altra a la institucionalització de figures ad hoc.

En primer lloc, l'art.61.7 preveu que les administracions públiques poden negociar les formes de col·laboració que en el marc dels convenis col·lectius fixin l'actuació de les organitzacions sindicals en el desenvolupament dels processos selectius. Cal remarcar diferents qüestions: es refereix a "*formes de col·laboració*" i no en cap cas participació com a membres en els òrgans de selecció (col·laborar no es participar); esmenta a les organitzacions sindicals i no als òrgans unitaris (comitès o juntes); i finalment, això s'ha d'articular en base als "*convenis col·lectius*" i no a d'altres fórmules paral·leles. El precepte únicament està previst per al personal laboral –per bé que, al nostre judici, no trobem raons que impedeixin un acord similar per als funcionaris, sempre i quan resti clar que col·laborar no suposa integrar l'òrgan de selecció.

En segon terme, s'han buscat fórmules paral·leles per cobrir aquesta absència, essent la més habitual la de l'"*observador*", sense dret a vot però amb veu o sense ella. Es una fórmula que nosaltres mateixos hem defensat[6]. Però hem de donar la raó a aquells que afirmen que la figura de l'observador no existeix en el dret de la funció pública, per bé que pot ser una via que, com a mínim, dona més garanties per impedir un perjudici en el resultat del procés selectiu a l'hora de possibles impugnacions, en haver integrat com a membre de l'òrgan de selecció a un representant unitari o sindical.

5.3.- LA PARTICIPACIÓ DE CIUTADANS ESTRANGERS.

D'acord amb la normativa europea, l'EBEP fixa els criteris de participació de ciutadans no espanyols en els processos de selecció de personal laboral i funcionari. El requisit general es el de tenir la referida nacionalitat espanyola (art.56.1.a) si bé es factible tot un seguit d'excepcions que impliquen el següent:

- qualsevol ciutadà estranger pot accedir a la condició de personal laboral, siguin ciutadans membres de la Unió Europea, com si no ho son, sempre i quan en aquest darrera cas tinguin residència legal a Espanya (art.57.4).
- per a la condició de funcionari, el requisit de nacional espanyol pot cedir en tot un seguit de circumstàncies:

  a) els nacionals de la Unió Europea poden accedir en igualtat de condicions que els ciutadans espanyols, a qualsevol cos o escala de funcionaris. S'inclou en aquesta habilitació també els ciutadans de qualsevol nacionalitat que siguin cònjuges d'espanyols o de ciutadans d'altres Estats membres de la Unió, sempre que no estiguin separats de dret; també els seus descendents i els del seu cònjuge –si no estan separats de dret- siguin menors de 21 anys o majors d'aquesta edat depenents. També poden participar en els processos selectius ciutadans de països extracomunitaris però protegits per Tractats internacionals celebrats per la Unió Europea i ratificats per Espanya on es prevegi la lliure circulació de treballadors d'aquests països.

  b) no obstant l'anterior, resten exceptuats d'aquesta possibilitat de participació i per tant, reduït únicament a ciutadans espanyols, quan es tracti de treballs públics que directament o indirectament impliquin una participació en l'exercici del poder públic o en les funcions que tenen per objecte la salvaguarda dels interessos de l'Estat o de las Administracions Publiques.

5.4.- L'ACCÉS A L'OCUPACIÓ PÚBLICA DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT.

L'art.59 de l'EBEP determina que cada Corporació local haurà de reservar una quota no inferior al cinc per cent de les vacants de la seva "*oferta d'ocupació pública*" per a ser cobertes entre persones amb discapacitat. La voluntat del precepte es que progressivament s'assoleixi el dos per cent dels efectius totals en cada entitat local.

El precepte intenta, un cop més, plasmar en forma de llei el que ha estat sens dubte un fracàs del sistema públic en la incorporació de persones amb discapacitat. Potser la fórmula dels percentatges sigui la última darrera factible, però en l'àmbit local hi ha tot un seguit de dificultats que no es poden resoldre, llevat que la llei de desplegament autonòmic incorpori mesures que vagin més enllà de l'art.59 de l'EBEP. En concret volem destacar:

[6] Vegeu en aquest sentit, la nostra ponència presentada al 9è Seminari de relacions col·lectives de la FMC (nota de peu de pàgina anterior).

- l'EBEP solament es refereix a ofertes d'ocupació pública i ignora la selecció de personal laboral temporal i funcionaris interins, aspecte que pel contrari la normativa reglamentària estatal no ha fet i ho ha tingut en compte, atès que es una de les fórmules més emprades per incorporar personal a l'Administració. En el cas de les Corporacions locals, no negarem que la immensa majoria del personal s'incorpora primer com a interí o temporal, per la qual cosa caldria incidir de la millor manera possible en aquest àmbit.
- la quota del cinc per cent es mínima; la llei permet que l'Administració reservi més places –en algunes normes autonòmiques ja es planteja el set per cent-. En tot cas, amb l'art.59 de l'EBEP a la mà, si la Corporació local no pren una decisió diferent, únicament en ofertes públiques de 10 vacants es podrà assolir 1 plaça reservada a persones amb discapacitat. Això deixa fora del sistema a la immensa majoria de Corporacions locals espanyoles i catalanes.
- assolir el dos per cent d'efectius com a *diseratum* final implica que la plantilla de la Corporació local ha de comptar com a mínim amb 50 empleats. Resta fora de la previsió també, doncs, un gran nombre d'entitats locals.

5.5.- LA FUNCIONARITZACIÓ.

Es fa precís una reflexió pel que fa al sistema singular d'accés a la condició de funcionari dels treballadors de les corporacions locals mitjançant el procediment anomenat de "*funcionarització*". La disposició transitòria 15a de la Llei 30/1984 de 2 d'agost, segons el redactat donat per les reformes legals de 1988 i 1996 –no derogada expressament per l'EBEP- preveu l'esmentada funcionarització del personal laboral fix de l'Administració de l'Estat i de la Seguretat Social que ocupi llocs reservats a funcionaris, d'acord amb l'art.15.1.c de la mateixa norma. Aquest procés ha estat desenvolupat en l'àmbit estatal per l'ordre de 27 de març de 1991, declarada ajustada a dret per la sentència del Tribunal Suprem de 20 de juny de 1996.

A la Generalitat de Catalunya, aquesta possibilitat apareix recollida en les disposicions transitòries desena, dotzena i tretzena del Text Únic de la Funció Pública de 1997, que inclouen posteriors reformes, i que formalment son vigents també després de l'EBEP. No obstant, un nou conflicte es va originar a través de la sentència del Tribunal Constitucional 38/2004, que va retallar a les Comunitats Autònomes tota la possibilitat de regular processos de funcionarització, amb una sentència que, al nostre judici, tenia poc sentit comú, però que semblava confirmar-se en la posterior STC 31/2006, on es conclogué que un procés selectiu restringit com és el de la funcionarització, en suposar una excepció a la regla general d'accés lliure, havia de comptar amb una habilitació estatal expressa per què pogués ser duta a terme per les Comunitats Autònomes i per les Corporacions locals, la qual cosa no succeïa amb el marc jurídic anterior a l'EBEP.

Malgrat totes aquestes dificultats, moltes entitats locals han dut a terme processos de funcionarització, amb gran inseguretat jurídic a més a més després de les esmentades SSTC 38/2004 i 31/2006. Varem creure, tanmateix, que es podia defensar, en el cas de Catalunya, que aquests processos es podrien dur a terme gràcies al principi d'equivalència entre la funció pública autonòmica i local que preveu l'art.300.1 de la Llei Municipal i de Règim Local, aplicant-hi el marc normatiu de la legislació de funció pública catalana, però tenint en compte també el caràcter bàsic que per aquests processos estableix la disposició transitòria segona de l'EBEP que permet –o millor, institucionalitza, com única opció- una mena de funcionarització per promoció, en habilitar que puguin participar en els processos selectius de promoció interna.

Aquest és, per altra banda, l'eix central avui en dia d'un procés de funcionarització a les Corporacions locals: la disposició transitòria 2a de l'EBEP, precepte no exempt de dificultats interpretatives:

En primer lloc, creiem que s'efectua, de manera indirecta, una convalidació o "*sanació*" de tots els contractes laborals fixos formalitzats per les Corporacions locals en llocs o places que haurien d'haver-se fet com a funcionaris. Així, "*el personal laboral fix que a l'entrada en vigor del present Estatut exerceixi funcions de personal funcionari, o passi a exercir-les en virtut de proves de selecció o promoció convocades abans de la data esmentada, poden seguir exercint-les*". Tanmateix aquesta norma casa molt malament amb la pròpia previsió de l'art.11.2 de l'EBEP segons la qual les lleis de funció pública que es dictin en desplegament d'aquest Estatut han d'establir els criteris per a la determinació dels llocs de treball que poden ser exercits per personal laboral respectant en tot cas el que estableix l'article 9.2. Creiem que hagués estat molt més raonable –i jurídicament més segur- que la data de referència a que es refereix la disposició transitòria 4a de l'EBEP fos aquesta i no la de l'entrada en vigor de l'Estatut Bàsic, ja que la demora pot ser considerable –tinguis en compte que els successius avantprojectes de llei d'ocupació pública de Catalunya, el darrer de maig de 2009, en cap cas es planteja fixar el desplegament de la previsió de l'art.11.2 de l'EBEP-.

En segon lloc, la "*funcionarització*" –encara que això no esmentada literalment- que preveu el segon paràgraf de la transitòria 2a de l'EBEP institueix un model no exempt de dubtes:

- articula l'accés a través d'un procés selectiu, però qualificat de "*promoció interna*", que haurà d'assumir la forma de concurs-oposició.
- aquest procés podrà tenir forma independent o conjunta amb els processos selectius de lliure concurrència –l'experiència demostra que en la quasi totalitat d'aquests processos el sistema sempre és l'independent-.
- en el procés es requerirà tenir la titulació necessària per accedir al cos o escala funcionarial i es valorarà com a mèrit els serveis efectius prestats com a personal laboral fix –per tant, resten exclosos el serveis com a personal laboral temporal i indefinit no fix- i les proves selectives superades per accedir a aquesta condició.

L'ús de la fórmula de la promoció interna ens sembla desencertada, ja què la funcionarització té suport constitucional –i per tant, es valida com a procés restringit al màxim- sota la finalitat d'adequar el règim laboral de l'empleat al lloc de treball funcionarial que ocupa. Solament des d'aquesta perspectiva es pot defensar un model restringit. Per tant, plantejar una promoció interna restringida vertical creuada –de laboral a funcionari- ascendint dins dels subgrups o grups de classificació, encara que teòricament possible, ens es jurídicament molt difícil de validar. Perquè d'acceptar-se el primer supòsit, no solament es trencaria la lògica del procés de funcionarització sinó que perdria tot sentit que en la fase de concurs es valorin les proves selectives superades per accedir a la condició de laboral fix (¿s'ha de valorar la prova per ser administratiu laboral fix, com a mèrit, per "promocionar" a funcionari tècnic mitjà? Se'ns escapa la lògica, si aquesta es l'opció.).

5.6.- L'ESTABILITZACIÓ DE L'OCUPACIÓ TEMPORAL.

Cal assenyalar al respecte dos àmbits d'actuacions, un de caràcter general i un altre previst en una disposició transitòria, la quarta, de l'EBEP.

Amb caràcter general –ja ho hem assenyalat- l'EBEP pretén reduir la precarietat estructural amb una previsió específica, que troba la seva justificació en les recomanacions fetes en el seu moment per l'Informe de la Comissió d'Experts instituïda prèvia al projecte de llei de l'EBEP, que advocava per la necessitat de treure en l'oferta pública les places ocupades per personal interí –en la primera oferta pública que s'aprovés o, en tot cas, de no fer-se, que s'anés a l'amortització- i també el cessament dels interins o temporals quan la causa que els justificava finalitzés i la limitació dels programes d'actuació de caràcter temporal que els donaven suport en alguns casos, tot això sense perjudici també d'articular un sistema de responsabilitat patrimonial, disciplinària i fins i tot penal per als funcionaris i autoritats que incomplissin les obligacions prescrites. No obstant, res d'això ha estat assumit per l'EBEP, excepte una previsió que ja es trobava en les darreres lleis de pressupostos generals de l'Estat: en el supòsit de nomenament de funcionaris interins en plaça vacant, aquestes places "*s'han d'incloure en l'oferta d'ocupació corresponent a l'exercici en què es produeix el seu nomenament i, si no és possible, en la següent, llevat que es decideixi amortitzar-les*" (art.10.4 EBEP), precepte que sorprenentment no s'aplica als treballadors interins nomenats en plaça vacant. Aquesta regla, però, no s'ha extès a les noves figures d'interins, la qual cosa es lògica –ja què no son places estructurals-, però caldria haver buscat fórmules per evitar l'ús incorrecte de les mateixes, com així ha fet alguna norma autonòmica, en el sentit per exemple que la interinitat per execució de programes de caràcter temporal no pot durar més de dos anys (legislació de Castella-La Manxa i Illes Balears).

La segona línia d'actuació la trobem en la disposició transitòria 4a de l'EBEP: estableix que, a fi i efecte de consolidar l'ocupació temporal –interina funcionarial o laboral temporal-, les Administracions local podran efectuar convocatòries de consolidació a "*llocs o places de caràcter estructural*", que corresponguin a diferents cossos, escales o categories, que estiguin dotades pressupostàriament i es trobin desenvolupades interinament o temporalment abans de l'1 de gener del 2005. Aquests processos han de garantir els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, així com el de publicitat, raó per la qual en cap cas es poden considerar restringit.

L'EBEP fixa la possibilitat de valorar com a mèrit diverses circumstàncies, que han donat peu a crítiques i fins i tot a dubtes sobre la constitucionalitat, dels serveis prestats per aquests interins o temporals. Així, l'Estatut Bàsic diu que el contingut de les proves tindrà relació amb els procediments, tasques i funcions habituals dels llocs objecte de cada convocatòria; a més, en la fase de concurs es podrà valorar, entre d'altres mèrits, el temps de serveis prestats en les Administracions Públiques i l'experiència en els llocs de treball objecte de la convocatòria.

Aquesta disposició no està exempta de riscos i algunes veus de la doctrina han proclamat la seva possible inconstitucionalitat. No negarem alguna previsió difícil de casar amb els principis constitucionals, com es que en la fase de concurs es valori no sols el temps de serveis –ens sembla legítima, però amb prudència- i,en especial, que es valori l'experiència en els llocs de treball objecte de la convocatòria, anant encara més enllà d'una raonable valoració de l'experiència en el cos o escala, o categoria laboral objecte de la convocatòria, la qual cosa pot convertir aquesta valoració en un procés ad personam.

Assenyalar en tot cas, que la disposició transitòria 4a en cap cas valida processos restringits, tot el contrari, i que algunes convocatòries fetes sota aquesta premissa ens semblen nul·les de ple dret.

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚM. 1 DE BARCELONA
Ronda Universidad, 18, 3ª planta
08007 Barcelona

Procedimiento abreviado núm.: 414/2007-2
Parte actora: JAVIER BARRIENTOS BROTONS
Representante parte actora: Letrado José Luis Ortiz León
Parte demandada: AJUNTAMENT DE BARCELONA
Representante parte demandada: Letrado Alexandre Peñalver Cabré

SENTENCIA Nº 183/2008

En la ciudad de Barcelona, a 9 de junio de 2008.

Vistos por mí, Francisco José González Ruiz, magistrado titular del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de Barcelona y su provincia, los presentes autos del recurso contencioso administrativo de referencia, en los que ostentan la condición de parte actora **JAVIER BARRIENTOS BROTONS**, representado y defendido por el letrado José Luis Ortiz León, y la condición de parte demandada el **AJUNTAMENT DE BARCELONA**, representado y defendido por el letrado Alexandre Peñalver Cabré, en nombre de SM El Rey y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo y me confieren la Constitución y las Leyes, he dictado la presente sentencia con arreglo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso contencioso administrativo en el plazo prefijado en la Ley Jurisdiccional por la parte actora con fecha 18 de julio de 2007, se le dio el trámite procesal adecuado por el procedimiento abreviado, ordenándose reclamar el expediente administrativo y señalándose día para la celebración del acto de juicio, previa subsanación por el demandante del defecto procesal de falta de formalización de demanda puesto de manifiesto al mismo por Providencia de 20 de julio siguiente.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en secretaría a la parte recurrente para que durante el acto del juicio pudiera realizar alegaciones, como así lo ha hecho ésta en el acto del mismo, que ha tenido lugar en la fecha señalada al efecto, habiendo comparecido al acto la parte recurrente y la parte demandada.

TERCERO.- La parte actora en el acto del juicio se afirmó y ratificó en su demanda. A continuación contestó la demanda la representación procesal de la administración demandada. Tras lo cual se fijó la cuantía del proceso en 2.250,00 euros. Practicada la prueba válidamente propuesta por las partes y admitida por el juzgador, expusieron los letrados comparecidos sus respectivas conclusiones y, seguidamente, quedaron los autos a la vista para dictar sentencia.

CUARTO.- Solicitada la misma en su día por la parte actora, por Auto de fecha 19 de octubre de 2007 dictado en la pieza separada de medidas cautelares dimanante de estos autos principales, se acordó la suspensión de la efectividad de la actuación sancionadora recurrida, lo que fue íntegramente confirmado por posterior Auto dictado en fecha 23 de noviembre de 2007, de desestimación de recurso de súplica interpuesto por la parte demandada contra el anterior.

QUINTO.- En la tramitación de los presentes autos se han cumplido todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso contencioso administrativo, tras la ampliación del mismo interesada por la parte actora frente a la resolución administrativa expresa de la alzada administrativa –resolución expresa tardía e íntegramente confirmatoria de la previa desestimación presunta por silencio administrativo ya sujeta entonces a revisión jurisdiccional-, acordada por Providencia de fecha 4 de marzo de 2008 dictada en las presentes actuaciones, reside en las pretensiones cruzadas por las partes litigantes en el proceso en torno a la impugnación jurisdiccional actora de la Resolución de 7 de noviembre de 2007 del cuarto teniente de alcalde del ayuntamiento demandado, dictada por delegación de la Alcaldía y notificada al recurrente el 22 de diciembre siguiente, desestimatoria del previo recurso administrativo de alzada interpuesto por el demandante en fecha 20 de octubre de 2006 contra anterior Resolución de 20 de septiembre de 2006 del regidor del Districte de Ciutat Vella del ayuntamiento demandado, por la que se acordó imponer al recurrente la sanción de multa pecuniaria por importe de 2.250,00 euros por la comisión de la infracción muy grave prevista en el artículo 63.1 de la Ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona –infracción consistente en realizar conductas vandálicas, agresivas o negligentes en el uso del mobiliario urbano que generen situaciones de riesgo o peligro para la salud y la integridad de las personas o los bienes-, y exigir, en su caso, al mismo la reparación de los daños causados, remitiéndose expresamente la determinación de la cuantía del resarcimiento a un procedimiento complementario.

En su demanda rectora de autos, la representación y defensa letrada de la parte actora impugna la anterior actuación administrativa sancionadora por disconformidad a derecho de la misma, interesando la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la

anulabilidad de dicha actuación sancionadora, con rebaja de la sanción impuesta al mínimo previsto en la ordenanza de referencia para las sanciones graves, y con condena al ayuntamiento demandado a resarcir al recurrente los daños y perjuicios que dice ocasionados al mismo por los actos recurridos, así como con condena al pago de las costas procesales a la adversa, al tiempo que interesa asimismo la elevación de cuestión de ilegalidad al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con los artículos 62.1, 63.1 y 95.2 de la Ordenanza municipal concernida por las presentes actuaciones. En síntesis, fundamenta la parte actora su acción, después de negar los hechos imputados y tras pormenorizado relato fáctico y de antecedentes de la actuación sancionadora, en la imputación a la misma de infracción del principio *non bis in idem*, del principio de presunción de inocencia, del derecho de defensa por denegación de pruebas, y del principio de legalidad por parte de los preceptos de la ordenanza municipal antes señalados, al tiempo que aduce asimismo la incompetencia del ayuntamiento demandado para sancionar, el ilegal tratamiento de los datos personales y la procedencia de la indemnización reparadora de los daños y perjuicios ocasionados al recurrente que cifra en 3.000,00 euros. Con carácter subsidiario, alega asimismo el recurrente la vulneración del principio de proporcionalidad y la anulabilidad de la actuación administrativa recurrida por falta de notificación del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Por su parte, la administración demandada contestó a la demanda con oposición a la misma y con solicitud de sentencia desestimatoria del recurso interpuesto, asimismo con condena en las costas a la parte contraria, o, subsidiariamente, en caso de sentencia estimatoria del recurso, con anulación y retroacción procedimental tan sólo al momento inmediatamente anterior a la resolución del recurso de alzada, resolución que estima la demandante como resolución administrativa definitiva. Ello, principalmente, por considerar plenamente acreditada la comisión de la infracción sancionada y no concurrentes ninguna de las infracciones jurídicas denunciadas por la adversa, con absoluta indemnidad en el caso de los principios y los derechos constitucionales y legales invocados por la parte contraria como presuntamente lesionados por parte de los actos recurridos, al tiempo que por resultar improcedente el resarcimiento indemnizatorio pretendido por la actora.

SEGUNDO.- No habiendo sido opuesto por las partes litigantes en el proceso óbice alguno de procedibilidad para el conocimiento del fondo del asunto suscitado en el debate procesal de autos, para la adecuada resolución de las pretensiones formalizadas por las partes en el mismo resultará procedente abordar, derechamente, y utilizando para ello el propio orden expositivo propuesto por las partes, el examen de los distintos motivos de recurso articulados por la parte recurrente en su demanda, en relación con los correlativos motivos de oposición opuestos por la parte demandada. Ello, siempre a la vista de la concreta resultancia fáctica dimanante de las presentes actuaciones.

Al respecto, importa ahora anotar como, ciertamente, la controversia principal del proceso de autos se ha concentrado efectivamente por ambas partes en torno al primer motivo impugnatorio deducido en su recurso por la parte actora –presunta infracción del principio *non bis in idem*-, que quedó en parte apuntado en el Auto

dictado por este juzgador en la pieza separada de medidas cautelares con fecha 19 de octubre de 2007, aún reservándose allí, expresamente, quien ahora resuelve el juicio definitivo y de fondo sobre el objeto del recurso y sin prejuzgar entonces el mismo, como no podía ser de otra manera atendida la naturaleza cautelar de aquella resolución, tras apreciarse allí la efectiva concurrencia de peligro en la demora y de apariencia de buen derecho en la impugnación actora, y pese a descartarse allí, de entrada, una manifiesta u ostensible infracción del derecho o principio constitucional a la presunción de inocencia del inculpado en los términos allí justificados (fundamentos de derecho tercero y cuarto del Auto de 19 de octubre de 2007, pieza separada medidas cautelares).

TERCERO.- En relación con lo anterior, deberá ahora destacarse que, como es bien sabido, es principio rector también en materia sancionadora administrativa, entre otros, el principio general del derecho o regla jurídica asentada ya desde antiguo en la dogmática penal y enunciada como principio de prohibición de concurrencia de sanciones o principio *non bis in idem,* que de conformidad con una también antigua y consolidada jurisprudencia tanto constitucional como contenciosa administrativa dictada en relación al derecho administrativo sancionador establece la interdicción de la eventual concurrencia de sanciones penales y sanciones administrativas, o de distintas sanciones administrativas entre si, por unos mismos hechos y fundamento.

Principio jurídico de larga y cuidada elaboración doctrinal y jurisprudencial que se encuentra hoy implícitamente contenido como principio general del derecho entre los principios constitucionales protegidos por el artículo 25.1 de la Constitución española (desde la temprana STC 2/1981, de 30 de enero, en el mismo sentido la importante STC 77/1983, de 3 de octubre, y las posteriores STC 24/1984, 159/1985, 66 y 94/1986 y 234/1991, seguidas de una constante doctrina recordada por las más modernas STC –Pleno- 2/2003, de 16 de enero, y 188/2005 , de 7 de julio), con la consiguiente protección jurisdiccional reforzada en supuesto de vulneración del mismo en tanto que contenido propio del derecho fundamental subjetivo a la legalidad en materia sancionadora administrativa al ser proclamado el mismo como derecho fundamental por el indicado precepto constitucional, así como expresamente positivizado hoy en el plano de la legislación ordinaria o infraconstitucional por el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, LRJPAC.

Ello, sucintamente, por referencia en su denominada *vertiente material* o substantiva a la incompatibilidad de más de una sanción penal o administrativa por los mismos hechos y en presencia siempre de la triple identidad requerida por dicha institución en nuestro ordenamiento jurídico -sujeto, hechos y fundamento-, y por relación también en su denominada *vertiente procesal* o formal –o mejor, procedimental- a la correlativa proscripción de duplicidad de procedimientos sancionadores por los mismos hechos o de menosprecio, en definitiva, de la regla de preferencia o precedencia del enjuiciamiento penal sobre el procedimiento administrativo sancionador en tales supuestos de acreditada concurrencia de triple identidad subjetiva, objetiva y causal (así, la STC 2/2003, de 16 de enero –Pleno-, seguida por las posteriores STC 229/2003, de 18 de diciembre, 334/2005, de 20 de diciembre, y

48/2007, de 12 de marzo, con apartamiento expreso por parte del Pleno de dicho Tribunal Constitucional de su anterior criterio doctrinal expresado en STC 177/1999, de 11 de octubre –Sala Primera-, seguido en posterior STC 152/2001, a partir de la doctrina sentada en la STDEH de 21 de febrero de 1984, caso *Özturk*, las posteriores STEDH de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer contra Austria*, y de 6 de junio de 2002, asunto *Sallen contra Austria*). Lo anterior, de acuerdo con el contenido propio asignado a dicho principio *non bis in idem* en los convenios internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país [así, artículo 14.7 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979], con los particulares efectos de inserción ordinamental y pauta interpretativa que de tales instrumentos convencionales internacionales se derivan, a tenor de las previsiones de los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución española.

Siendo así que, por ello, la eventual infracción de dicho principio inspirador del derecho administrativo sancionador, que preside necesariamente, entre otros, la actividad administrativa sancionadora por mandato del artículo 25.1 de la Constitución española, se constituye por sí misma como causa de nulidad radical o de pleno derecho de la actuación administrativa eventualmente aquejada de tal vicio de invalidez jurídica por lesionar un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional –*ex* artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, LRJPAC-.

CUARTO.- En dicho sentido, y referido ello ahora en particular a la dimensión procedimental de dicho principio anteriormente ya señalada –vertiente procesal o formal interna-, que es la que aquí principalmente nos interesa en atención a los antecedentes del caso particular aquí enjuiciado, la importante STC 2/2003, de 16 de enero –Pleno- antes citada, apartándose expresamente al efecto del anterior criterio contrario sostenido sobre dicho particular por su Sala Primera en la STC 177/1999, de 11 de octubre –con cruce respectivo de Magistrados Ponentes y de votos reservados entre ambas resoluciones-, y en cuyo ya superado criterio jurisprudencial parece sustentarse, parcialmente, el argumento esgrimido en su contestación a la demanda por parte de la administración municipal aquí demandada, vino por el contrario a enseñar, en orden a sentar allí que un primer procedimiento (administrativo sancionador) tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal en modo alguno impide un segundo procedimiento sancionador (penal), lo siguiente respecto a la prohibición de doble enjuiciamiento:

"*9. Si bien todo lo expuesto es suficiente en orden a la desestimación de la concreta pretensión de amparo de vulneración de los derechos fundamentales del recurrente, resulta pertinente responder a una idea que subyace a la demanda de amparo, pues, de considerarse ratificada por este Tribunal, tendría un importante alcance en la ordenación de los procedimientos sancionadores –administrativo y penal–. Nos referimos a que de la prohibición de incurrir en «bis in idem» sancionador –ya sea sustantivo o procesal– contenida en el art. 25.1 CE, y en su relación con el art. 24.2 CE, deriva siempre la anulación de la segunda sanción que se impone. Esta consecuencia, sin embargo, no puede ser extraída de la norma constitucional. Varias razones sustentan esta afirmación.*

De un lado, no puede obviarse el hecho de que con carácter general la Administración sancionadora debe paralizar el procedimiento si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal –art. 7.2 RPS–, y que, en el caso, la Administración actuó con infracción de lo previsto en dicha disposición y en el art. 65.1 LSV. Dicha infracción legal, no obstante, tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador –administrativo y penal– y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos. La decisión sobre qué hechos han de ser objeto de sanción penal compete en exclusiva al poder legislativo (por todas SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, F. 3; 55/1996, de 28 de marzo, F. 6; 161/1997, de 2 de octubre, F. 9). Pero, una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal. Esta conclusión se alcanza desde el art. 25 de la Constitución en relación con el art. 117 de la misma. El art. 25 de la Constitución contiene dos límites a la potestad sancionadora de la Administración. Su párrafo tercero contiene un límite expreso que reside en la imposibilidad de que la Administración civil imponga «sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad»; y su párrafo primero contiene un límite implícito que afecta al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y consiste en que ésta sólo puede ejercerse si los hechos no son paralelamente constitutivos de infracción penal, pues en estos casos de concurrencia normativa aparente, de disposiciones penales y administrativas que tipifican infracciones, sólo la infracción penal es realmente aplicable, lo que determina que el único poder público con competencia para ejercer la potestad sancionadora sea la jurisdicción penal. Cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión. (…..) En conclusión, la cuestión atinente a cuál es el órgano sancionador que actúa en primer lugar tiene relevancia constitucional, a pesar de lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (F. 5), y en consonancia con la declaración efectuada por la STC 77/1983, de 3 de octubre (F. 3), acerca de la «imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las Leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos»".
[El subrayado es nuestro.]

QUINTO.- Pues bien, proyectadas las anteriores determinaciones normativas y jurisprudenciales al caso particular de autos, y una vez examinadas atentamente las actuaciones documentadas en el expediente administrativo remitido al juzgado por la administración demandada, al que se reconduce, en definitiva, todo el material probatorio aquí relevante a los concretos efectos de la cuestión ahora analizada, y sin perjuicio de la valoración de las pruebas documentales y testificales practicadas en el acto del juicio oral celebrado en las presentes actuaciones a propuesta de las partes, se concluye aquí que, efectivamente, concurre en la resolución administrativa sancionadora recurrida en esta sede impugnatoria el vicio de invalidez jurídica examinado por infracción del principio de no concurrencia de sanciones, en su dimensión procesal o procedimental interna, en los concretos términos que seguidamente se especificarán.

En efecto, no tratándose en el caso de autos de un supuesto de ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria en el marco de una relación de sujeción o de supremacía especial, sino del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora municipal frente a un ciudadano o vecino presuntamente incívico y sujeto en cualquier caso a la misma relación de sujeción o de supremacía general propia de cualquier otro ciudadano o administrado –administrado simple o no cualificado-, y sin desconocer tampoco esta resolución que la jurisprudencia constitucional ha venido a excepcionar, efectivamente, de la operatividad de tal principio general de prohibición de duplicidad de correcciones o sanciones por los mismos hechos aquellos distintos supuestos en los que, pese a la identidad de sujetos y de hechos apreciable entre unas y otras actuaciones correctoras, no suceda lo mismo respecto al fundamento de las mismas, por tratarse en cada caso de diferentes bienes o intereses jurídicos los protegidos (entre muchas otras, STC 50/1983, de 14 de junio, 77/1983, de 3 de octubre, y 234/1991, de 10 de noviembre; y en el mismo sentido STS, Sala 3ª, de 20 de septiembre de 2001 y de 19 de julio de 2002), y siendo así que, en relación precisamente con la denominada vertiente procesal o procedimental interna de dicho principio constitucional de interdicción del *bis in idem* ha venido a restablecerse, finalmente, con claridad en la doctrina constitucional la efectividad de la regla de precedencia o preferencia del enjuiciamiento penal sobre el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (STC 2/2003, del Pleno), tras el anterior periodo dudoso abierto por la ya superada STC 177/1999 y seguido por la STC 152/2001, resultará obligado atender ahora al concreto tipo infractor aplicado en el caso de autos a los efectos de descartar, en su caso, la alegada diversidad de fundamentos o de bienes jurídicos protegidos invocada por la administración sancionadora como eventual justificación de la excepción al principio y de compatibilidad del *bis in idem* o doble enjuiciamiento, que ciertamente podría amparar la dualidad de sanciones pretendida por los mismos hechos aunque por distinto fundamento (así, entre otras, STS, Sala 3ª, de 13 de enero de 1998, de 12 de marzo de 1999, de 30 de mayo y de 28 de noviembre de 2000, y de 8 de marzo de 2002).

Así, superando sin mayor dificultad la equívoca cita por la parte dispositiva de la resolución sancionadora administrativa como tipo de la infracción aplicado del que no es sino el tipo sancionador –artículo 63.1- (documento 1 escrito interposición recurso, ramo probatorio parte actora; folios 58 a 66 expdte. adtvo.), el artículo 62.1 de la Ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, publicada en el BOP de Barcelona núm. 20 de fecha 24-01-2006 (documento 3 escrito interposición recurso, ramo probatorio parte actora)- efectivamente dispone que: "*Article 62. Normes de conducta. 1. Són prohibides les conductes vandàliques, agressives o negligents en l'ús del mobiliari urbà que generin situacions de risc o perill per a la salut i la integritat física de les persones o bens. (…..)*". Tipo infractor administrativo aplicado por la resolución sancionadora administrativa recurrida por relación a los hechos declarados probados por la misma resolución administrativa y consistentes en "*En la madrugada del 18 de marzo de 2006, durante los incidentes que se produjeron con ocasión de la convocatoria en la Rambla del Raval de esta Ciudad, del denominado macrobotellón, el interesado, entre otras acciones rompió adoquines de un solar en obras y los lanzó contra los agentes que se hallaban en la c/ Hospital e incendió papeleras y contenedores situados por la zona de la C/ Hospital*".

Ello, expresamente, a partir de los informes emitidos al respecto por los agentes de los Mossos d'Esquadra que procedieron a su detención *in situ* y a su puesta a disposición de la autoridad judicial penal.

SEXTO.- A la vista de lo anterior, y sin perjuicio de observar aquí la gravedad de los lamentables hechos subyacentes en las actuaciones -sin que importe ahora principalmente en esta sede jurisdiccional no penal la negativa abierta de su intervención personal en los mismos sostenida por el demandante en esta sede-, no puede sino apreciarse aquí el efectivo solapamiento en relación con las acreditadas actuaciones penales en curso por los mismos hechos contra el recurrente en las Diligencias Previas núm. 961/2006-B seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 16 de Barcelona, como presunto autor de delito de desórdenes públicos y daños, en las que dicho órgano judicial dictó Auto de fecha 19 de marzo de 2006 de libertad provisional sin fianza (documento 5 escrito interposición recurso, ramo probatorio parte actora). Habiéndose asimismo alegado por la administración demandada en el acto del juicio oral celebrado en las actuaciones –aún sin aportar, significativamente, prueba documental al respecto, sino la documentación propia de otras actuaciones penales paralelas distintas (Diligencia Previas 958/2006), sin duda por no convenir ello a los intereses propios de su defensa al no pronunciarse tal interlocutoria judicial sobre la aducida disparidad de bienes jurídicos protegidos-, que por Auto de 21 de noviembre de 2007 de dicho Juzgado de Instrucción núm. 16 de Barcelona, confirmado en apelación por posterior Auto de 17 de marzo de 2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona, se acordó continuar la tramitación de las mencionadas diligencias previas según lo dispuesto en el capítulo IV, título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por presuntos delitos de desórdenes públicos y daños, tras señalar que resulta indiciariamente de las actuaciones penales practicadas la eventual comisión de un ilícito de desórdenes públicos y de un delito de daños, con remisión para la determinación procesal oportuna de las declaraciones contradictorias existentes sobre la sucesión de los hechos al momento procesal oportuno del acto de la vista en el juicio oral. Todo ello, ante el órgano judicial penal.

En relación con lo que ahora aquí principalmente interesa, atendido el tenor literal del tipo normativo de la infracción administrativa antes reproducido por relación a conductas alteradoras de la seguridad ciudadana que generen situaciones de riesgo o peligro para la salud y la integridad física de las personas o bienes en el uso del mobiliario urbano, y a la vista de los elementos típicos definitorios de los ilícitos penales de *desórdenes públicos* y *daños* por los que se siguen las correspondientes actuaciones penales –artículos 557 y 263 del Código Penal-, no ofrece duda razonable alguna a este juzgador en cuanto a que el fundamento o bien jurídico protegido por la norma sancionadora administrativa aplicada –el artículo 62.1 de la Ordenanza municipal- integra, parcialmente, los mismos bienes jurídicos protegidos por las expresadas normas penales, quedando en realidad absorbido por los tipos penales –artículos 557 y 263 del Código Penal-; por referencia, en el primer tipo penal, al *orden público*, con alteración de la paz pública en lugares de uso común o general, y por relación, en el segundo tipo penal, a la *propiedad o patrimonio*, con menoscabo de cosa en el caso ajena sin enriquecimiento correlativo, que aparecen

así superpuestos a la anterior infracción administrativa configurando, por ello, un supuesto manifiesto de *concurso ideal* de normas sancionadoras.

De lo cual se deduce, a juicio de este juzgador, la efectiva concurrencia en el caso de autos de la infracción del principio constitucional *non bis in idem*, en su dimensión formal o procedimental, por no haber suspendido oportunamente el procedimiento administrativo sancionador antes de dictar la resolución sancionadora, en los términos precisamente previstos al efecto por el artículo 95.2 de la propia Ordenanza municipal aplicada y sobre el que después se volverá en relación con la cuestión de ilegalidad pretendida por el recurrente, al tratarse la resolución sancionadora recurrida de una actuación administrativa que resolvió, definitivamente en dicho procedimiento sancionador administrativo, la imputación anticipada al actor de la responsabilidad administrativa sancionadora por unos mismos hechos objeto paralelamente del correspondiente enjuiciamiento criminal, y sin esperar para ello a la prevalerte decisión al respecto por parte del órgano judicial penal actuante.

SÉPTIMO.- Sin que a lo anterior se opongan en modo alguno los alegatos vertidos al efecto por la representación letrada de la administración demandada en el acto del juicio oral celebrado en las presentes actuaciones en torno a un supuesto parecer contrario a la *ratio decidendi* antes expuesta por parte del Ministerio Fiscal y de los órganos judiciales penales allí actuantes (Diligencias Previas núm. 958/2006) en las distintas y paralelas actuaciones judiciales penales seguidas contra otro presunto implicado en los mismos hechos –disturbios urbanos tras el macrobotellón de la madrugada del día 18 de marzo de 2006-, deducible, según la parte demandada, de los documentos núm. 1 a 3 incorporados a su ramo probatorio.

Ello, no sólo por cuanto que es más que evidente que el órgano judicial del orden penal citado –Juzgado Instrucción núm. 16 de Barcelona- no se encontraba en modo alguno vinculado en su Auto de 21 de noviembre de 2007 (documento 2 ramo probatorio demandada) por la anterior declaración cautelar de efectiva coincidencia de fundamento o bienes jurídicos protegidos entre las normas sancionadoras respectivamente concernidas por las actuaciones administrativas y penales ya contenida en el Auto dictado por este juzgador el anterior día 19 de octubre de 2007 en la pieza separada de medidas cautelares, interlocutoria ésta que no consta que dicho juez penal conociera ni tuviera porqué conocer, atendida la diferente defensa letrada actuante en relación a los distintos inculpados en unas y en otras diligencias penales, ya que es bien conocido que la matización introducida al principio general de no vinculación entre las declaraciones de las distintas jurisdicciones por constante doctrina constitucional (recordada por la reciente STC 16/2008, de 31 de enero, con cita de su anterior STC 34/2003, de 25 de febrero) para la debida efectividad del derecho fundamental subjetivo a la tutela judicial efectiva, viene ciertamente constreñida en su alcance a la incompatibilidad constitucional de eventuales pronunciamientos judiciales contradictorios sobre unos mismos hechos, que no pueden haber ocurrido y, simultáneamente, no haber ocurrido para los distintos órganos del Estado, por oponerse a ello principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica (STC 77/1983, 24/1984, así como muchas otras posteriores), sin que obviamente pueda predicarse similar vinculación entre las declaraciones de los órganos judiciales de jurisdicción distinta atinentes a distintas valoraciones y

calificaciones jurídicas propias de cada uno de ellos y efectuadas en el ejercicio de su respectiva potestad jurisdiccional exclusiva y excluyente.

Sobre todo, se opone a la apreciación de la supuesta contradicción aducida al respecto por la parte demandada la constatación efectiva tras el examen del reflejo documental de las actuaciones penales aportadas por la misma (documentos 1 a 3 ramo probatorio parte demandada) de que, ausente por completo cualquier referencia a la eventual existencia o no de disparidad de fundamento o bienes jurídicos protegidos entre la norma administrativa y las normas penales implicadas en la fundamentación propia del Auto de 09-04-2008 de la Audiencia Provincial confirmatorio en apelación, lo cierto es que el Auto confirmado de 21-11-2007 del Juzgado Instrucción núm. 16 de Barcelona tampoco incluyó tal declaración de disparidad en la fundamentación jurídica de su decisión interlocutoria allí tomada, más que por remisión puntual y final allí a su conformidad genérica con el informe del Ministerio Fiscal, expresivo éste a título de informe de órgano no judicial de su oposición a la petición allí de la defensa contraria "*por no existir identidad en los bienes jurídicos protegidos (…..) y el derecho penal en los tipos previstos en los Arts 264 y 557 del C.P. cuya tramitación en cualquier caso es preferente*".
[El subrayado es nuestro.]

OCTAVO.- A su vez, tampoco se opone, eficazmente, a la conclusión aquí alcanzada en torno a la efectiva concurrencia en el caso particular examinado del motivo invalidante que nos ocupa –vertiente procesal interna del principio *non bis in idem*- la circunstancia asimismo reiteradamente alegada en su defensa por la administración municipal demandada en sus diversos escritos forenses presentados en las presentes actuaciones –escrito de oposición y recurso de súplica en la pieza separada de medidas cautelares- por relación al extenso informe emitido en fecha 18 de septiembre de 2006 por el entonces director del Área de Régimen Jurídico de los Servicios Jurídicos Municipales Centrales del ayuntamiento demandado (folios 109 a 134 expdte. adtvo.), a requerimiento expreso al efecto de la directora jurídica del Instituto Municipal de Hacienda relacionado con queja formulada por otro ciudadano ante la Síndica de Greuges de Barcelona en supuesto próximo al aquí enjuiciado, precisamente sobre dicho aspecto puntual de la ordenanza municipal de referencia –*non bis in idem*-, y no sobre otros extremos implicados, que bien evidencia por su propia oportunidad y por su extensión las significativas dudas ya preexistentes en la propia corporación actuante respecto a la efectiva compatibilidad de la actuación de referencia con el principio de reiterada mención.

Sin embargo, por las razones antedichas a lo largo de esta resolución y que no resulta económico reproducir ahora, aún cuando en buena parte se comparta aquí la acertada fundamentación jurídica genérica de dicho informe jurídico en torno a la doctrina constitucional sentada a tal fecha respecto al principio jurídico de reiterada cita, no así su conclusión final en punto a la pretendida disociación de bienes jurídicos protegidos por las normas administrativas y penales consideradas, no se muestra capaz dicho informe de parte de desvirtuar, eficazmente, la conclusión alcanzada en esta sede procesal por las razones detalladas suficientemente a lo largo de los fundamentos de esta resolución –concurso *ideal* de normas sancionadoras-.

Por ello, en definitiva, resultará obligada la estimación aquí del motivo impugnatorio primero del recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte actora, lo que deberá llevar en la parte dispositiva de esta resolución a la anulación de la actuación administrativa sancionadora recurrida, a tenor de las previsiones al respecto de los artículos 68.1.b), 70.2 y 71.1.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, por resultar la misma nula de pleno derecho por lesión de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional –*ex* artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, LRJPAC, de reiterada cita- por relación al derecho o principio constitucional de legalidad en materia sancionadora administrativa –artículo 25.1 CE- que, como antes se justificó, incluye la interdicción de concurrencia de sanciones por los mismos hechos dándose en el caso identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Lo cual, por razón principal de su intrascendencia o de su irrelevancia final para la resolución del presente recurso denota, a su vez, el carácter ocioso o superfluo de proseguir en esta resolución con el examen sucesivo de los restantes motivos de recurso, y de oposición a los mismos, enfrentados con notable esfuerzo argumental por las respectivas defensas letradas de ambas partes en el acto del plenario.

Siendo así que, por otra parte, la nulidad de los actos municipales recurridos deberá ir acompañada por su propio fundamento de la oportuna retroacción procedimental de las correspondientes actuaciones administrativas del procedimiento sancionador al momento inmediatamente anterior al dictado de la resolución sancionadora de 20 de septiembre de 2006 que aquí se anula y que resolvió definitivamente el procedimiento administrativo sancionador de referencia, debiendo quedar en suspenso el mismo hasta la firmeza de la resolución judicial que recaiga en su día en el ámbito penal respecto al mismo recurrente y por los mismos hechos, y con interrupción entretanto del correspondiente plazo de prescripción de la acción administrativa sancionadora, todo ello de conformidad con las previsiones al respecto del artículo 95.2 de la Ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana aquí aplicable.

Ello, contra lo subsidiariamente pretendido al respecto por la parte demandada en su contestación a la demanda en el acto del juicio oral celebrado, quien interesó la limitación del efecto de dicha anulación jurisdiccional a la resolución administrativa del recurso de alzada por tener a la misma como la resolución *definitiva* a la que se refiere el mencionado precepto de la ordenanza, toda vez que resulta bien patente para este juzgador, a partir de la distinción normativa y jurisprudencial tradicional entre actos definitivos –o resolutorios- y actos de trámite (hoy, artículos 107.1 de la Ley 30/1992, LRJPAC, y 25.1 de la LJCA), que alcanza propiamente la calificación de resolución *definitiva* al acto administrativo o resolutorio que pone fin o que resuelve definitivamente el procedimiento administrativo –procedimiento sancionador que, aunque relacionado, es distinto del subsiguiente procedimiento de recurso-, sin que resulte admisible confundir aquí el ejercicio definitivo de la potestad sancionadora mediante la finalización del procedimiento administrativo correspondiente con el distinto concepto de finalización de la vía administrativa o gubernativa en caso de recurso. Esto es, la última palabra en el procedimiento con la última palabra de la administración en el asunto.

NOVENO.- Resuelto lo anterior, resultará obligado señalar ahora que, sin embargo, a la firmeza de esta resolución no procederá el planteamiento de las cuestiones de ilegalidad de los artículos 62.1, 63.1 y 95.2 de la Ordenanza municipal de continua referencia pretendidas en su demanda de autos por la parte recurrente bajo impugnación indirecta de los mismos, con amparo procesal al respecto en los artículos 27 y 123 y ss. de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

Ello, respecto a los dos primeros preceptos de dicha disposición general –artículos 62.1 y 63.1-, por la evidente razón de que la supuesta infracción por parte de los mismos de la denominada garantía formal del principio de legalidad en materia sancionadora administrativa –esto es, reserva constitucional relativa de ley formal- ni siquiera ha sido considerada por esta resolución como motivo de presunta ilegalidad en la que aparezca fundada la sentencia estimatoria, ya que, como antes se señaló, no ha resultado preciso para esta resolución entrar a examinar dicho distinto motivo impugnatorio de los actos recurridos esgrimido en tercer término por el recurrente.

A su vez, respecto al artículo 95.2 de la misma ordenanza municipal deberá observarse aquí que sus determinaciones concretas, en cuanto que precisamente disponen la traducción normativa efectiva en dicha ordenanza local de los efectos interno y externo de la dimensión procedimental del principio *non bis in idem* en materia sancionadora municipal que ha justificado esta resolución jurisdiccional, sometiendo así la eventual resolución administrativa sancionadora del procedimiento municipal a la regla de necesaria prevalencia del enjuiciamiento penal sobre el ejercicio de la correspondiente potestad administrativa, no se estima en modo alguno que esta sentencia se base para decidir su signo estimatorio en la consideración previa de ilegalidad de dicho precepto de la disposición general. Ni siquiera se considera aquí que dicho artículo 95.2 de la Ordenanza municipal resulte contrario a la legalidad constitucional o infraconstitucional.

En relación con ello, ciertamente, debe significarse que la consecuencia o dimensión procedimental del principio *non bis in idem* extraída por la legislación vigente con objeto de evitar así la indeseable situación de posible conculcación de tal principio constitucional en virtud de la habitualmente más rápida tramitación del procedimiento administrativo sancionador en relación con el proceso penal, se diversifica, según los casos, en imponer la inmediata paralización y suspensión del procedimiento sancionador tras pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal o dar traslado al Ministerio Fiscal en cuanto aparezcan indicios de delito o al tener conocimiento de la pendencia de tales actuaciones penales (así, por ejemplo, el artículo 7 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, REPOS, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, o el artículo 5 del Decreto catalán 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la General, normas reglamentarias éstas de aplicación sólo supletoria en las entidades locales de Catalunya en ausencia de eventuales previsiones procedimentales al respecto por parte de las correspondientes ordenanzas locales, a tenor de sus respectivos artículos 1.2), o, en otros casos, permitiendo tales normas administrativas la prosecución de la tramitación del procedimiento sancionador correspondiente hasta quedar el mismo

ultimado, pero prohibiendo en tal caso que se dicte la resolución sancionadora hasta que no exista sentencia penal (así, por ejemplo, el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana).

En dicho sentido, asiste efectivamente la razón a la defensa letrada del ayuntamiento demandado cuando afirma en su contestación a la demanda que el artículo 95.2 de la Ordenanza municipal aquí controvertido optó por alinearse con el segundo grupo de normas antes apuntado, permitiendo la prosecución de las actuaciones sancionadoras municipales hasta el momento inmediatamente anterior al dictado de la resolución *definitiva* del procedimiento sancionador, lo que no se estima ni contrario al artículo 25.1 de la Constitución española ni contrario tampoco a la legalidad ordinaria –artículo 137.2 de la Ley 30/1992, LRJPAC- o reglamentaria en los términos antes ya vistos -artículo 7 del REPOS y artículo 5 del Decreto autonómico catalán 278/1993-.

Por lo que, en suma, se impondrá rechazar aquí la pretensión actora de planteamiento por parte de este juzgado de las cuestiones de legalidad de los preceptos señalados de la ordenanza local de referencia por falta de fundamento sólido bastante para ello.

DÉCIMO.- Por último, y por razones de congruencia de esta resolución –artículo 67.1 de la Ley Jurisdiccional y artículo 24.1 CE-, restará tan sólo referirse ahora a las dos cuestiones finales que siguen.

Por un lado, abandonada ya por el demandante en el suplico de su escrito de formalización de la demanda su inicial petición de adopción de la medida cautelar complementaria incluida en su escrito de interposición del presente recurso en orden a obtener una declaración jurisdiccional cautelar de cancelación de la inclusión de sus datos personales en los ficheros de infracciones de ordenanzas municipales y del sistema integrado de recaudación del Ayuntamiento de Barcelona, no resultará ya preciso un expreso pronunciamiento sobre dicho particular en la parte dispositiva de esta resolución. Ello no obstante, no sin señalar aquí, tal como ya se adelantara al respecto en sede resolutoria cautelar respecto a la suspensión allí entonces peticionada, que no se estima necesario un pronunciamiento jurisdiccional específico respecto a tales eventuales consecuencias ejecutivas del acto sancionador recurrido y anulado por esta resolución judicial -siendo así, además, que no consta expresamente consignada en la resolución administrativa recurrida dicha inscripción de datos personales en los ficheros municipales de referencia-, toda vez que, en todo caso, a tal cancelación administrativa de la eventual inscripción de datos personales en los indicados ficheros municipales alcanza ya de suyo, entre otros particulares, la anulación jurisdiccional de la actuación administrativa sancionadora aquí impugnada.

Por otro lado, sí que resultara preciso, por el contrario, examinar aquí la última pretensión del demandante formalizada en autos y relativa a su petición de reconocimiento de su derecho y condena correlativa a la administración demandada al pago de una indemnización resarcitoria de daños morales cifrada en 3.000,00 euros, que solicita su representación letrada con objeto de atender así a la

reparación de los perjuicios que dice ocasionados al recurrente por las actuaciones administrativas concurrentes en el tiempo con las actuaciones penales.

Al respecto, deberá observarse, de entrada, que la actualización de dicha pretensión resarcitoria actora puede efectivamente deducirse en forma procesalmente legítima por la parte recurrente incluso una vez ya iniciado el proceso, de acuerdo con las previsiones procesales contenidas en los artículos 31.2, 65.3 y 71.1.d) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, de aplicación supletoria también en este procedimiento abreviado, a tenor de lo establecido por el artículo 78.23 de la Ley Jurisdiccional, requiriéndose en tales casos la declaración del derecho acreditado a la reparación, así como la identificación del obligado y la cuantificación de la indemnización procedente en caso de constar ya en autos elementos suficientes para ello o, en su defecto, mediante el necesario establecimiento de las bases para dicha cuantificación en ejecución de sentencia. Tales previsiones procesales, en efecto, sustentan la admisibilidad de la pretensión resarcitoria ejercitada *ex novo* en sede jurisdiccional, escapando así por determinación legislativa expresa a la interdicción de desviación procesal respecto a la vía administrativa que operaría en otro supuesto, así como a la reclamación administrativa previa de la responsabilidad patrimonial, *ex* artículo 142.1 y 2 de la Ley 30/1992, LRJPAC, y artículos 1 y 4 y ss. del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Sin embargo, tal especialidad procesal no afecta en ningún caso a la necesaria concurrencia simultánea en el supuesto concreto de los distintos requisitos normativos que para el efectivo nacimiento de la responsabilidad administrativa patrimonial extracontractual se requieren en todo caso por el correspondiente sistema legal que hoy contempla la misma –artículo 106.2 de la Constitución española y artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, LRJPAC-. Esto es, sucintamente, la existencia y realidad del daño, que para transformarse de simple daño o perjuicio en auténtica lesión indemnizable requiere, a su vez, de la concurrencia simultánea de tres requisitos fácticos –certeza o efectividad, individualización y evaluabilidad económica-, así como de un requisito jurídico –antijuridicidad del daño-, que la lesión antijurídica sea imputable al funcionamiento normal o anormal del servicio público entendidos en su más amplia acepción referente a la entera actuación administrativa tanto hechos como por actos lícitos o ilícitos, así como por acción u omisión, y, por último, el necesario nexo relacional causal entre los dos elementos anteriores, que no aparezca roto por causas de exoneración tales como la falta o culpa de la propia víctima o de terceras personas o la fuerza mayor.

DÉCIMOPRIMERO.- Pues bien, a la vista de lo anterior y a partir de lo señalado al respecto por el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, LRJPAC, de constante cita respecto a la no automaticidad de la eventual responsabilidad patrimonial indemnizatoria por la previa anulación en sede jurisdiccional de las actuaciones administrativas ["*Artículo 142. (…..) 4. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, (…..)*"], bastará para rechazar la pretensión indemnizatoria que ahora se considera con constatar la absoluta ausencia de cualquier prueba siquiera indiciaria en autos propuesta por la parte actora, a quien

ello, sin duda, incumbía, a tenor de las cuidadas reglas distributivas del *onus probandi* hoy contenidas en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, respecto a la efectiva concurrencia en el caso particular de autos de los requisitos antes señalados, de entrada respecto a la propia efectividad y a la certeza del daño moral aducido. Ello, sin necesidad de acudir aquí, a la denominada teoría del margen de tolerancia o de deferencia con una actividad administrativa situada en el límite de la legalidad en los términos ya vistos a lo largo de esta resolución.

Por todo ello, en definitiva, resultará obligado rechazar ahora en esta resolución la expresada pretensión indemnizatoria de la parte actora.

DÉCIMOSEGUNDO.- Conforme a lo establecido por los artículos 68.2 y 139.2 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, debe indicarse que no se aprecia mala fe o temeridad en ninguna de las partes que determine una especial imposición de las costas procesales a ninguna de ellas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, y resolviendo dentro del límite de las pretensiones deducidas por las partes en sus respectivas demanda y contestación,

FALLO

A) ESTIMAR parcialmente el recurso contencioso administrativo núm. 414/2007-2 interpuesto por JAVIER BARRIENTOS BROTONS, bajo la representación y defensa letrada especificada en el encabezamiento, contra las actuaciones administrativas sancionadoras a que se refieren los antecedentes de esta resolución por resultar las mismas nulas de pleno derecho, a tenor del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, LRJPAC, en relación con los artículos 68.1.b), 70.2 y 71.1.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, por lesionar los mismos un derecho susceptible de amparo constitucional –artículo 25.1 CE- y, en consecuencia,:

a) Anular dichas actuaciones administrativas sancionadoras. Y

b) Ordenar la correspondiente retroacción procedimental de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la resolución municipal sancionadora de 20 de septiembre de 2006 que resolvió definitivamente el procedimiento administrativo sancionador de referencia, quedando en suspenso el mismo hasta la firmeza de la resolución que recaiga en su día en el ámbito penal respecto al recurrente y por los mismos hechos, con interrupción entretanto del plazo de prescripción de la correspondiente acción administrativa sancionadora.

B) RECHAZAR la pretensión actora de planteamiento a la firmeza de esta sentencia de CUESTIÓN DE ILEGALIDAD ante la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto a los artículos 62.1, 63.1 y 95.2 de la Ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la convivencia

ciudadana en el espacio público de Barcelona, indirectamente impugnados por el demandante en autos, por las razones detalladas en el fundamento de derecho noveno de esta resolución.

C) DESESTIMAR el presente recurso en todo lo demás, en particular en relación con la pretensión de la parte demandante del reconocimiento al actor y de condena correlativa a la administración demandada al pago de indemnización resarcitoria de daños y perjuicios que se estima improcedente por los motivos relacionados en el fundamento de derecho decimoprimero de esta resolución. Y

D) No efectuar especial pronunciamiento de condena en las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que es firme por no caber contra la misma recurso ordinario de apelación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 81.1.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

Comuníquese esta sentencia en el plazo de diez días al órgano que realizó la actividad objeto del recurso, para que por el citado órgano:

1. Se acuse recibo de la comunicación, en idéntico plazo de diez días desde su recepción, indicando a este juzgado el órgano responsable del cumplimiento de la sentencia.

2. Se lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento del fallo.

Así, por esta mi sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos principales, llevándose el original al Libro correspondiente de este juzgado, lo pronuncio, mando y firmo, Francisco José González Ruiz, magistrado titular del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de Barcelona y su provincia.

PUBLICACIÓN.-
El magistrado titular de este juzgado ha leído y publicado la sentencia anterior en audiencia pública en la Sala de Vistas de este Juzgado Contencioso Administrativo en el día de su fecha, de lo que yo, la secretaria judicial, doy fe.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Recurso ordinario 328/2006

S E N T E N C I A Nº 409/2009

Ilmos. Sres.
Presidente
D. JOAQUÍN JOSÉ ORTIZ BLASCO

Magistrados:
D. ALBERTO ANDRÉS PEREIRA
D. JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA
D. JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS
Dª ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRIGUEZ

En la ciudad de Barcelona, a veintiseis de marzo de dos mil nueve.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo nº 328/2006, interpuesto por la **"ASSOCIACIÓ CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS"**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª FRANCESCA BORDELL SARRO y defendida por el Letrado D. ALEX SOLÀ I PAÑOS, contra **EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA,** representado por el Procurador D. CARLES ARCAS I HERNÁNDEZ y defendido por el Letrado de sus servicios jurídicos, D. RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO. Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dª Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la asociación actora, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, se interpuso el presente recurso contra la "Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona", aprobada definitivamente en la sesión del Plenario del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona celebrada el 23 de diciembre de 2005, y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona nº 20, de 24 de enero de 2006.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto en la Ley de la Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de la disposición general objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

CUARTO.- En la sustanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como ya nos hemos referido en los antecedentes fácticos, mediante el presente recurso contencioso administrativo la asociación demandante impugna la "Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona", la cual fue aprobada definitivamente en la sesión del Plenario del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona celebrada el 23 de diciembre de 2005, siendo publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 24 de enero de 2006.

La entidad actora solicita que se declare la nulidad de la disposición general recurrida, ya que considera que la ordenanza en bloque es contraria a derecho, además de que la eliminación puntual de los artículos concretamente impugnados dejaría a la norma carente de contenido y comportaría que ésta fuera inviable jurídicamente. Subsidiariamente, interesa que se declare la nulidad de aquellos artículos que por el Tribunal se consideren no ajustados a derecho.

El Ayuntamiento de Barcelona ha interesado que se desestime íntegramente el recurso contencioso administrativo, ya que la demanda no cumple los requisitos señalados en el artículo 56.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, al no consignar separadamente los hechos, fundamentos y pretensiones, además de no señalar en el *petitum* los preceptos cuya anulación se postula. Subsidiariamente, solicita que se desestime el recurso por ser conforme a derecho la disposición general impugnada.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis jurídico de fondo o sobre el contenido de la ordenanza impugnada, y como consecuencia lógica del orden de las alegaciones efectuadas por el Ayuntamiento de Barcelona en su escrito de contestación, en primer lugar debemos dilucidar si la demanda presentada por la "Associació Catalana per a la Defensa dels Drets Humans" cumple o no los requisitos para poder ser considerada realmente como tal escrito de alegaciones y de formulación de pretensiones por la parte actora, o bien, como sustenta el Ayuntamiento demandado, el recurso debe ser desestimado al carecer éste de las condiciones legalmente exigidas para ser calificado como tal demanda.

Respecto de los requisitos del escrito de demanda, el artículo 56 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA), dispone en sus dos primeros apartados que *"1. En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración. 2. El Juzgado o Tribunal examinará de oficio la demanda y requerirá que se subsanen las faltas de que adolezca en plazo no superior a diez días. Si la subsanación no se efectuara en tiempo, se ordenará el archivo de las actuaciones".*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2001 determina que *"El escrito de demanda es esencial en el proceso contencioso-administrativo. Es el acto de parte en que el actor formula y fundamenta su pretensión o pretensiones en relación con el acto o la disposición que se impugna en sede jurisdiccional, individualizado en el escrito de interposición, y solicita la aplicación del Derecho a su favor. Por eso el artículo 69 de la Ley Jurisdiccional aquí aplicable (LJCA) -y en igual sentido el artículo 56 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)- exigen que se consignen en la misma con la debida separación los hechos, fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan en el proceso y que se acompañen a ella los documentos en que directamente se funde (artículos 69.2 y 56.3 LJCA). Esta Sala ha interpretado tradicionalmente los requisitos en la formulación de la demanda con un espíritu antiformalista, pero también ha exigido siempre un mínimo en la delimitación de la pretensión y en su fundamentación de hecho y de Derecho. Dichos requisitos no se han cumplido en el caso de que conocemos: la parte recurrente ha limitado su escrito a una ambigua exposición de hechos, de la que no se desprende cuál puede ser la razón de*

la impugnación; resulta seguida de la formulación de una súplica imprecisa en la que tampoco se aprecia con claridad qué es lo que se pide ni por qué se aduce una supuesta indefensión por la no remisión del expediente completo a la Sala, circunstancia de la que parece extraerse la necesidad de anular lo actuado en el expediente administrativo después de la aprobación inicial".

TERCERO.- A fin de dar respuesta a esta primera cuestión controvertida, debemos partir del extremo consistente en que en el escrito de demanda presentado el 6 de septiembre de 2006 se identifican tres partes claramente diferenciadas, las cuales, en aras del principio *pro actione,* se pueden subsumir en las condiciones formales exigidas en el artículo 56.1 LJCA:

- La primera parte, relativa a los aspectos impugnados, subdividida en tres apartados. Aunque no reciba la denominación de "Antecedentes de Hecho", puede calificarse como tal. En ella, la asociación recurrente hace uso de una particular técnica, consistente, por un lado, en impugnar en bloque la ordenanza (primer apartado); por otro lado, en remitirse a las alegaciones ya efectuadas en sede administrativa (segundo apartado); por último, en rebatir algunos puntos de la respuesta administrativa ofrecida frente a los alegatos presentados en el seno de la información pública (tercer apartado, integrado por 12 bloques de alegaciones).

- La segunda parte, identificada como "Fundamentos de Derecho", dentro de la cual se mencionan los preceptos en los que se sustenta el cumplimiento de los presupuestos procesales de jurisdicción, competencia, capacidad procesal y legitimación, impugnabilidad de la ordenanza y plazo de interposición, así como aludiendo -por remisión a los preceptos ya citados en la denominada primera parte o "Antecedentes"- a los artículos que justifican el recurso en cuanto al fondo, transcribiendo fragmentos de algunas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acerca del alcance del principio de legalidad en materia de la potestad sancionadora de las entidades locales.

- La tercera parte, en la que se integra el suplico de la demanda: la petición principal de que se anule la ordenanza en su totalidad, y la subsidiaria de que se anulen los preceptos que el Tribunal considere no ajustados a derecho.

Por consiguiente, procede rechazar el argumento invocado por el Ayuntamiento de Barcelona acerca de que la demanda debería ser desestimada por ausencia de cumplimiento de sus requisitos legales, ya que en el escrito presentado por la asociación actora, aunque si bien con una cierta dificultad, se pueden distinguir los antecedentes, los fundamentos y el *petitum.*

A ello debe añadirse que la defectuosa formulación de la demanda, a diferencia de la Ley de la Jurisdicción del año 1956, ha dejado de ser una causa de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo,

convirtiéndose sus faltas como subsanables, de acuerdo con el artículo 56.2 LJCA.

CUARTO.- Cuestión distinta es el efecto que, sobre el objeto del recurso contencioso que esta Sala y Sección debe examinar, pueden conllevar las imprecisiones, la ausencia de expresión de causas de anulación u omisión de petición anulatoria de las que adolezca el escrito de demanda, de acuerdo con el principio de congruencia establecido en el artículo 33.1 LJCA, en cuya virtud:

"Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición".

La asociación demandante, a los efectos de sustentar su postura, reprodujo en su demanda, utilizando el mecanismo de la remisión, los mismos argumentos contenidos en el informe presentado por "La Plataforma d'Entitats Jurídiques" (integrada por la Comissió de Defensa dels Drets de la Persona del Col.legi d'Advocats de Barcelona, l'Institut de Drets Humans de Catalunya, l'Observatori de Drets Humans Desc, l'Associació Catalana per a la Defensa dels Drets Humans) en el seno del trámite de información pública del proyecto de ordenanza, documento obrante a los folios 911 a 927 del expediente administrativo.

A pesar de que el Ayuntamiento demandado haya esgrimido que no se podía aceptar la formulación de motivos impugnatorios por remisión a un informe confeccionado por un tercero ("La Plataforma d'Entitats Jurídiques"), sin embargo debe tenerse en cuenta que el citado informe tenía la naturaleza de un escrito de alegaciones realizadas en la fase de información pública dentro del procedimiento de elaboración de la disposición general, cuyo fin era justificar la petición de retirada del proyecto de ordenanza, y que, además, fue elaborado por una agrupación de diversas entidades entre las cuales se encontraba la parte actora, la cual no puede calificarse como asociación "tercera" o ajena al referido escrito obrante a los folios 911 y siguientes del expediente.

La utilización de la técnica de remisión a las alegaciones realizadas ante la Administración no obsta a que la demanda cumpla los requisitos legales, siempre que esta invocación de los argumentos empleados en otra sede distinta sean complemento de los efectivamente esgrimidos en un concreto proceso jurisdiccional, pero no cuando la demanda carezca en absoluto de formulación de motivos impugnatorios frente a una concreta actuación administrativa. En otro caso, las exigencias del artículo 56.1 LJCA carecerían de sentido y virtualidad práctica.

En el punto primero de la demanda, al igual que en el primer apartado del suplico, la entidad recurrente alega que debe anularse en su integridad la disposición reglamentaria municipal por no ser ajustada a derecho, pero sin mencionar ni siquiera de forma sucinta las causas que conllevan esta

nulidad global.

En el punto segundo se expresa que *"Es donen aquí per íntegrament reproduïts tots i cadascun dels arguments expressats en l'informe emès per la meva representada i que consta als folis 912 a 927 de l'expedient administratiu".*

Junto con esta remisión genérica a sus alegatos presentados dentro del procedimiento de elaboración de la ordenanza municipal examinada (alegaciones que eran comunes con las sostenidas por otras entidades aquí no recurrentes, todas ellas agrupadas en la denominada "Plataforma d'Entitats Jurídiques"), en el punto tercero de su demanda, la actora rebate, en concreto, algunos razonamientos empleados por la Regidoria de Participació Ciutadana, Solidaritat i Cooperació en su respuesta realizada en sede administrativa (folios 1256 a 1275 del expediente).

En este documento, la Administración propuso rechazar en la aprobación definitiva, casi en su totalidad, las observaciones y propuestas de modificación efectuadas por la citada Plataforma contra el proyecto de la norma.

La respuesta ofrecida por el Consistorio frente a las alegaciones formuladas contra el proyecto de ordenanza por la mencionada Plataforma (integrada, entre otras organizaciones, por la asociación recurrente) dentro del trámite de información pública, se estructuró en veintidós apartados (precedidos por el número 31, correspondiente a la identificación de las alegaciones emitidas por la "Plataforma d'Entitats Jurídiques"), relacionados con números ordinales, esquema que ha sido utilizado por la actora en el punto tercero de su demanda para justificar la impugnación de determinados preceptos.

En la primera parte de la demanda, la actora no rebate todos y cada uno de los veintidós apartados redactados por la Administración demandada, sino sólo los siguientes: 31.1, 31.2, 31.3, 31.4, 31.5, 31.6, 31.7, 31.8, 31.9, 31.10, 31.11, 31.12, 31.14, 31.15, 31.18, sin justificar motivos de anulación alguno en cuanto a los apartados 31.13, 31.16, 31.17, 31.19, 31.20, 31.21 y 31.22.

Si bien nos encontramos ante un escrito de demanda *sui generis*, sin embargo en él la actora realiza unas alegaciones mínimamente suficientes o nucleares para sustentar los motivos impugnatorios contra la disposición general impugnada, pero sólo en cuanto a las respuestas de la Administración identificadas como 31.1, 31.2, 31.3, 31.4, 31.5, 31.6, 31.7, 31.8, 31.9, 31.10, 31.11, 31.12, 31.14, 31.15, 31.18, las cuales pueden completarse con las manifestaciones esgrimidas en sede administrativa, y que constituyen el verdadero objeto del presente recurso contencioso administrativo.

Por consiguiente, en la presente sentencia se examinará la conformidad o no a derecho de la ordenanza sólo en cuanto a los específicos preceptos mencionados en las alegaciones identificadas con los números arriba

expresados, y sólo en cuanto a los argumentos contenidos -expresamente o por remisión- en la demanda, sin tener en cuenta la ampliación de artículos recurridos ni la extensión de motivos de anulación global y particular realizada por la asociación recurrente en su escrito de conclusiones, ya que en este trámite las partes sólo pueden presentar *"unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones"* (artículo 64.1 LJCA), estándoles vetado el planteamiento de cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación, de acuerdo con el artículo 65.1 LJCA.

QUINTO.- A partir de la delimitación realizada más arriba acerca del concreto objeto del recurso contencioso administrativo y de examen en la presente sentencia, seguiremos el mismo orden conferido por la Administración para dar respuesta a las alegaciones suscitadas por la asociación actora, junto con otras entidades, en el trámite de información pública, y sólo de aquellos puntos mencionados en la demanda.

SEXTO.- Con carácter preliminar, y ante los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales mencionados en su escrito de demanda, a los efectos de sustentar una posible nulidad en bloque de la disposición general impugnada, debemos primero examinar si el ejercicio de la potestad sancionadora municipal del Ayuntamiento de Barcelona, materializado en la aprobación de la ordenanza impugnada, cumple o no con los postulados del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución.

Si bien la potestad sancionadora local (municipal) es, desde antiguo, consustancial a la existencia misma de este sector de la Administración Pública, sin embargo los límites de este haz de facultades no han tenido la misma extensión ni límites a lo largo de los tiempos. El poder de los entes locales consistente en imponer ciertas consecuencias negativas a los autores de comportamientos prohibidos o que no observan conductas debidas debe relacionarse con la presencia o no de una reserva de ley para definir las infracciones y establecer las sanciones.

Prescindiendo de antecedentes más remotos, cabe destacar que la legislación municipal aprobada a lo largo de más de ciento cincuenta años, desde principios del siglo XIX hasta la promulgación de la misma Constitución en el último tercio del siglo XX, se caracterizó por la mera atribución legislativa formal de la potestad sancionadora a favor de los municipios, reconociendo a las ordenanzas como el instrumento adecuado para que aquéllos, en el ámbito de sus competencias, tipificaran las infracciones y determinaran las correspondientes sanciones, eso sí, sin poder infringir las leyes o disposiciones generales del Estado (vinculación negativa).

Esta dependencia de las ordenanzas sancionadoras a la Ley se reforzó mediante la Constitución Española de 1978, la cual garantiza en su artículo 9.3, entre otros, los principios de legalidad, jerarquía normativa y de irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas

de derechos individuales.

Por otro lado, la Norma Fundamental consagró, en su artículo 25.1 el principio de legalidad específico en materia penal y sancionadora, en cuya virtud:

"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Producida la consagración constitucional del principio de legalidad, la identidad de principios entre sanciones penales y administrativas (ya reconocida anteriormente por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de febrero de 1972), como dos formas de expresión del *ius puniendi*, fue afirmada por el Tribunal Constitucional en sentencias 2/1981, de 30 de enero y 18/1981, de 8 de junio.

El Tribunal Constitucional, desde su Sentencia 42/1987, de 7 de abril, vino a determinar que el contenido nuclear del principio de legalidad en materia sancionadora (referida al Estado y Comunidades Autónomas) integra, al menos, una doble garantía:

"El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla "nullum crimen nulla poena sine lege", extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término "legislación vigente" contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora (...)

Tras la promulgación del Texto Constitucional, y a partir de las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional acerca del artículo 25.1 CE, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se decantó, si bien con algunas excepciones (como la STS 16 de julio de 1998, Sección 2ª, relativa a la Ordenanza Reguladora del Establecimiento de Vehículos de Madrid, ORA, confirmada por otras posteriores recaídas sobre el mismo tipo de regulación en otras ciudades) por una interpretación rigurosa o estricta del principio de legalidad, en el sentido de considerar que las ordenanzas no podían tipificar infracciones y sanciones, exigiéndose siempre la existencia de específicas leyes de cobertura para crear infracciones y establecer sanciones por vía de ordenanza o reglamento local. El Alto Tribunal consideraba que las ordenanzas carecían del rango normativo suficiente

para ello (SSTS de la Sala Tercera: 25 de mayo de 1993 , Sección 4ª; 13 de noviembre de 1995, Sección 7ª; 6 de febrero de 1996, Sección 4ª; 8 de octubre de 2001, Sección 4ª, entre otras).

SÉPTIMO.- Ante esta situación legal y jurisprudencial de las relaciones entre ley y reglamento en materia sancionadora, se dictó la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio (recurso de amparo nº 1608/2000), la cual se erigió como un auténtico paradigma acerca del alcance que ostenta la exigencia de ley en materia sancionadora local, Sentencia que incluso fue citada en la propia Exposición de Motivos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, por la que se modificaron diversos preceptos de la Ley de Bases del Régimen Local y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La importancia y novedad de la misma radica en que, por vez primera, clarifica los extremos en los que debe desenvolverse la potestad sancionadora de la Administración Local en atención al principio constitucional de legalidad, ya que, hasta entonces, toda la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional respecto del artículo 25.1 CE se había basado en el análisis de las relaciones de la ley con los reglamentos sancionadores estatales y autonómicos, pero no se había pronunciado respecto de los emanados de los entes locales.

Su Fundamento Jurídico Sexto, el cual recoge la delimitación de la potestad sancionadora local (seguida desde entonces por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo e incluso por el legislador), determina que:

"En forma similar a como acabamos de recordar en relación con la reserva de ley tributaria, también la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios -conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL- no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador.

Del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos -ni siquiera de la

fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal- sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica".

Por consiguiente, según el Tribunal Constitucional, las ordenanzas (o reglamentos locales) son las que realmente tipifican las infracciones y sanciones, es decir, las que definen las conductas ilícitas merecedoras de un concreto reproche o sanción que también concretan. Las ordenanzas, en suma, son las que se encargan de cumplir el requisito de la "taxatividad" (garantía material del principio de legalidad).

Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003 (Recurso de Casación nº 5167/1998) superó la anterior delimitación del principio de legalidad realizada por el Tribunal Constitucional en relación con la potestad normativa sancionadora local.

El Tribunal Supremo, en aras de la autonomía local y en atención a la legitimación democrática ostentada por el Pleno Municipal, sentó una doctrina favorable a que las ordenanzas tipificaran infracciones y sanciones en ausencia de legislación que señalase los criterios mínimos de antijuridicidad y el catálogo de posibles sanciones, utilizando un criterio hermenéutico adaptado a las actuales "necesidades sociales", no sólo considera que son conformes a derecho las normas locales sancionadoras dictadas con sustento en una "Ley de mínimos" (STC 132/2001), sino también aquéllas que se aprueben en ausencia de toda disposición legal.

Sin embargo, esta doctrina no fue tenida en cuenta a la hora de acometer la reforma del la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

OCTAVO.- La referida Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001 (cuya doctrina ha sido seguida por el Alto Tribunal en lo sucesivo, destacando las SSTC 16/2004, de 23 de febrero, "Pub Belfast de Gijón", y la 25/2004, de 26 de febrero, "Discoteca Indian de Santander") fue un importante antecedente en la introducción del Título XI de la Ley de Bases del Régimen Local por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, título que se recoge bajo la rúbrica de "Tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades Locales en determinadas materias", comprendiendo los artículos 139 a 141 LBRL.

De forma correlativa, la Ley 57/2003 modificó los artículos 127.1 y 129.1 de

la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), referentes al principio de legalidad y de tipicidad en la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, haciendo una remisión concreta, para las entidades locales, al Título XI LBRL.

En la referida regulación, primero se fijan los "criterios mínimos de antijuridicidad" en base a los cuales los entes locales pueden después establecer infracciones (artículos 139 y 140) y, segundo, en el artículo 141 se establece un catálogo de sanciones (pecuniarias) a fin de que aquéllos puedan seleccionar la consecuencia que lleva aparejada la conducta ilícita predeterminada (STC 132/2001).

El artículo 139 LBRL, "Tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias", establece que:

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

El precepto habilita la potestad -normativa- sancionadora local, "en defecto de normativa sectorial específica", es decir, tiene en cuenta que los criterios mínimos pueden venir establecidos por leyes específicas, ya que la LBRL, como se colige de la propia denominación del Título XI ("en determinadas materias"), no pretende cumplir el papel de un "Código Sancionador Local".

Por consiguiente, de acuerdo con el citado artículo, los aspectos nucleares de la antijuridicidad que deben respetar los reglamentos locales al determinar conductas infractoras son:

a) En cuanto a la antijuridicidad material, los bienes jurídicos protegidos son la convivencia y el uso de servicios, bienes y espacios públicos de interés local.

b) Respecto a la antijuridicidad formal, el ataque a tales bienes jurídicos debe producirse a través del incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las "ordenanzas", como determina el artículo, debiendo entenderse referido a cualquier tipo de reglamento local dictado por el órgano plenario (STC 132/2001), o por quien éste delegue en los municipios de gran población.

El artículo 140 LBRL realiza una "Clasificación de las infracciones", en atención a la trascendencia de la lesión del bien jurídico tutelado:

"1. Las infracciones a las ordenanzas locales a que se refiere el artículo

anterior se clasificarán en muy graves, graves y leves.

Serán muy graves las infracciones que supongan:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El reproducido precepto, desarrollando los criterios mínimos contenidos en el artículo 139, sólo efectúa una relación detallada de aquellas lesiones o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados que pueden tipificarse

como infracciones muy graves, si bien su clasificación como grave o leve dependerá de la intensidad del daño o del riesgo, no de la naturaleza de la conducta, que es la misma. La definición, por consiguiente, sirve para las tres categorías de infracciones.

NOVENO.- La Ciudad de Barcelona, desde la reforma operada en el artículo 94 de la Ley de Régimen Local de 1955 por Ley de 7 de noviembre de 1957, en su calidad de gran urbe, y al igual que sucedió con Madrid (Decreto 1674/1963, de 11 de julio), cuenta con un régimen especial desde la aprobación del Decreto 1166/1960, de 23 de mayo (BOE nº 151, de 24 junio de 1960), el cual, unido al Decreto-Ley 5/1974, de 24 de agosto y el Decreto 3276/1974, de 28 de noviembre, de constitución y desarrollo de la Entidad Metropolitana, fue declarado vigente en la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Bases del Régimen Local.

El Decreto 1166/1960 regulaba especialidades orgánicas y económicas del Municipio, y, respecto a la potestad sancionadora, las únicas menciones se referían a la competencia normativa del Consejo en Pleno, y la competencia sancionadora correspondiente al Alcalde, contenidas en sus artículos 17 y 7, respectivamente.

Con posterioridad, el Parlamento de Cataluña, en cumplimiento de la disposición transitoria primera de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, aprobó la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, relativa a la Carta Municipal de Barcelona (modificada por la Ley 11/2006, de 19 de julio).

Respecto a la potestad sancionadora local, destaca el artículo 29, ubicado en el Título III ("La potestad normativa municipal") referente a las ordenanzas de contenido sancionador, en el cual, adelantándose a la STC 132/2001, atribuye a los reglamentos municipales aprobados por el Consejo Municipal (Pleno) el cumplimiento de la garantía material de tipicidad de las infracciones en las materias de competencia del Consistorio:

"1. Las ordenanzas deben tipificar exactamente las obligaciones cuyo incumplimiento sea objeto de sanción. Esta tipificación debe limitarse a las materias en las que el Ayuntamiento tiene competencia de acuerdo con la presente Carta o la correspondiente Ley Sectorial.

2. Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves.

3. El incumplimiento de las prescripciones contenidas en las ordenanzas y disposiciones generales municipales y órdenes individuales es sancionable con una multa municipal. Cuando la ordenanza municipal lo establezca, de acuerdo con la Ley o, en su defecto, previo consentimiento de la persona afectada, puede sustituirse la multa pecuniaria por trabajos para la comunidad".

Por otro lado, en el Capítulo XVI del Título VI ("Competencias Municipales")

referente a la materia de "Seguridad Ciudadana", dispone que:

"Artículo 128

1. Corresponde al Ayuntamiento de Barcelona :

a) Colaborar en la función de policía de seguridad ciudadana, de acuerdo con lo que establece la Junta Local de Seguridad.

b) Sancionar en las ordenanzas municipales los actos contrarios al orden y la seguridad ciudadana en el ámbito de las relaciones de vecindad, respetando los derechos y libertades fundamentales.

c) Ejercer las atribuciones que en materia de espectáculos establece la legislación sectorial vigente.

2. Estas competencias y funciones municipales en materia de seguridad son desarrolladas por la Guardia Urbana de Barcelona, sin perjuicio de las que correspondan a otras fuerzas y cuerpos de seguridad.

Artículo 129

El Ayuntamiento de Barcelona regula, mediante ordenanza municipal, las conductas constitutivas de infracción administrativa grave siguientes:

a) Producir desórdenes y daños graves a personas y bienes de dominio público, espacios o establecimientos públicos, si no constituyen delito.

b) Practicar, en la vía pública, toda clase de juegos de azar no autorizados, con finalidad lucrativa o mediante apuesta.

c) Poseer animales que pueden causar alarma, molestias y daños a las personas, sin haber obtenido las correspondientes autorizaciones, de acuerdo con los requisitos que se establezcan por Reglamento, y sin dar cumplimiento a las condiciones de seguridad e higiene exigibles. El abandono de animales debe sancionarse de acuerdo con lo establecido en la Ley 3/1988, de 20 de abril, de protección de los animales.

d) Realizar actos y producir alborotos como consecuencia de conductas incívicas, vandálicas o debidas a embriaguez en la vía pública, o en instalaciones y bienes de dominio público, siempre y cuando no constituyan delito. Cuando estos actos se produzcan en el exterior de locales de concurrencia pública, la ordenanza debe regular la responsabilidad de los propietarios de los establecimientos.

e) Tener comportamientos incívicos, de contenidos xenófobos, racistas y sexistas.

f) Hacer comercio ambulante, limpieza de cristales y otras actividades en la

vía pública sin permiso.

g) Vender productos alcohólicos y tabaco a menores".

Se debe destacar que, en el momento de la aprobación de la "Ordenanza de Medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona", el marco normativo en el que se integraba la controvertida norma era tanto el régimen general establecido para todas las entidades locales existentes en Cataluña, conformado por la Ley 30/1992, la Ley 7/1985 (ambas, tras la reforma de la Ley 57/2003), el Decret Legislatiu 2/2003 y el Decret 179/1995, como también el régimen específico constituido por el Decreto Estatal 1166/1960 y la Ley Catalana 22/1998, ya que en dicha fecha no se había aprobado la Ley Estatal 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del Municipio de Barcelona, que derogó el Decreto 1166/1960, la cual entró en vigor el 14 de junio de 2006.

DÉCIMO.- El Ayuntamiento de Barcelona tiene reconocida legalmente la potestad reglamentaria y sancionadora en virtud del artículo 4.1 a) y f) LBRL y del artículo 8.1 a) y f) del Decreto Legislativo 2/2003, 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña.

El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde normalmente al Pleno de la Corporación, en virtud de los artículos 22 y 123 LBRL, y del artículo 52 del Decreto Legislativo 2/2003, en tanto que la potestad sancionadora pertenece al Alcalde, de acuerdo con los artículos 21 y 124 LBRL, y con artículo 53 del Decreto Legislativo autonómico citado.

Por consiguiente, la ordenanza impugnada fue aprobada por el órgano municipal competente, y, además, en el legítimo ejercicio de sus competencias normativas o reglamentarias, ya que la "Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona", como resulta de la Exposición de Motivos y del articulado, tiene por finalidad conseguir la "*adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos",* los cuales responden a los criterios mínimos de antijuridicidad o bienes jurídicos protegibles por las entidades locales a través de disposiciones normativas sancionadoras, de acuerdo con el artículo 139 LBRL y el artículo 128.1 b) de la Carta Municipal de Barcelona.

La disposición general local impugnada se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales del principio de legalidad constitucionalmente consagrado en materia administrativa sancionadora, de acuerdo con las modulaciones que los Tribunales, primero, y el legislador, después, han introducido en el referido postulado constitucional, a fin de hacerlo compatible con el principio de autonomía local consagrado también en la Norma Fundamental.

Por ello, debe rechazarse que la ordenanza sea nula de pleno derecho en su totalidad, ya que responde al ejercicio de una potestad normativa sancionadora dentro de los límites en los que el principio de legalidad opera en relación con los entes locales.

DÉCIMOPRIMERO.- Adentrándonos en el análisis de los concretos pasajes de la norma que fueron impugnados en la demanda, seguiremos el mismo orden que en las alegaciones efectuadas en sede administrativa.

Alegaciones sobre el trámite de participación de los ciudadanos en el proceso de elaboración de la ordenanza (31.1). La actora considera que la consulta a los ciudadanos fue meramente formal, sin que el calendario impuesto permitiese su cumplimiento efectivo.

Sin embargo, a partir de los datos que se desprenden del expediente administrativo (folios 388 a 394), resulta que el 9 de noviembre de 2005, la Comissió de la Presidència, Hisenda i Coordinació Territorial acordó someter la propuesta de ordenanza no sólo a información pública durante un período de 30 días hábiles (BOP nº 269, de 10 de noviembre), como exige el artículo 112 del Reglamento Orgánico Municipal de 16 de febrero de 2001 (BOP nº 64, de 15 de marzo de 2001), sino que también el 24 de noviembre siguiente se otorgó audiencia de las entidades interesadas.

Por consiguiente, no se aprecia irregularidad alguna en el cumplimiento de tales trámites, habiéndose conferido la oportunidad de que entidades de toda índole pudieren efectuar las alegaciones que tuvieren por convenientes respecto de la propuesta de ordenanza, tal y como se desprende de la memoria participativa y de las numerosas alegaciones presentadas en el seno del expediente, entre ellas, las de la Plataforma a la que pertenece la entidad actora, por lo que el motivo debe ser rechazado.

DÉCIMOSEGUNDO.- Impugnación de la Exposición de Motivos de la ordenanza (31.2), denunciando la recurrente que la justificación de la disposición general contenida en la misma forma parte de la norma, siendo ésta contraria a la Constitución y a los Tratados Internacionales, al hablar de la sociedad barcelonesa como tradicionalmente homogénea, relacionando la multiculturalidad con incivismo, así como pretendiendo erradicar determinadas conductas con soluciones primordialmente policíacas.

Si bien cuando el Tribunal Constitucional (Sentencia 36/1981, de 12 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Vasco 2/1981, de 12 de febrero, acerca de la inviolabilidad e inmunidad de sus miembros) y el Tribunal Supremo (Sentencias de 8 y 15 de octubre de 1999, y 16 de julio de 1997) se han referido, incidentalmente, a los Preámbulos o Exposiciones de Motivos, lo han hecho siempre en relación a las leyes (al referirse a los proyectos de ley el artículo 88 de la Constitución), y no en cuanto a las disposiciones reglamentarias, sin embargo el concepto y naturaleza utilizado al respecto resulta perfectamente extrapolable a los reglamentos, ya que las leyes y reglamentos son manifestaciones de la

potestad normativa, legislativa en un caso y reglamentaria en el otro, cuya principal característica común es innovar el ordenamiento jurídico mediante reglas aplicables *ad extra.*

El Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1981 determina que *"En la medida que el preámbulo no tiene valor normativo consideramos que no es necesario, ni incluso resultaría correcto, hacer una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de esta sentencia. Sin embargo, consideramos conveniente, en cuanto que los preámbulos son un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes, manifestar expresamente que el preámbulo de la Ley 2/1981 carece de valor interpretativo alguno en la medida que el mismo se refiere a preceptos que sean declarados inconstitucionales y nulos en la sentencia o sean interpretados en la misma conforme a la Constitución y al Estatuto de Autonomía y de manera contraria a lo expresado en dicho preámbulo".*

El artículo 110 del Reglamento Orgánico Municipal de Barcelona, en una regulación análoga a la efectuada por el artículo 88 de la Constitución respecto de los proyectos de ley, incluye a las "Exposiciones de Motivos" como uno de los documentos que deben acompañarse a los proyectos normativos municipales.

Se debe destacar que tales "Exposiciones de Motivos", tal como aquí sucede, si bien nacen como un documento inicial en los procedimientos de elaboración, habitualmente se incorporan después al propio texto de la norma de que se trate, con carácter antecedente del articulado, a modo de exposición de los fines perseguidos por la regulación contenida en la disposición general, y como introducción de las principales novedades que reporta ésta al ordenamiento jurídico.

Cuando se insertan en la propia disposición, resulta incontrovertido que estas "Exposiciones de Motivos" forman parte del texto normativo, y, al margen de su discutido valor jurídico, lo cierto es que éstas cumplen una importante función hermenéutica de los preceptos contenidos en la disposición general (STS 36/1981, ya citada).

A partir de una lectura de la "Exposición de Motivos" de la ordenanza recurrida no se desprende que en la misma se cercene el artículo 10.1 de la Constitución, ya que la redacción y el contenido es plenamente respetuoso con *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a la Ley y a los derechos de los demás".* No se colige indicio alguno de que trate de justificar la instauración de lo que la asociación actora denomina como "estado policial" -expresión genérica y cuyo significado no alcanza este Tribunal a comprender en términos exactos- sino que los fines que propugna son conformes a la Norma Fundamental y a la legalidad vigente, tratándose mediante la ordenanza de prevenir y evitar, a través de actuaciones públicas educativas y de fomento, no sólo reprimir mediante el castigo, conductas

humanas que conllevan una limitación de los derechos y libertades de los demás individuos dentro del ámbito espacial de la Ciudad de Barcelona

Por ello, este motivo debe también ser desestimado.

DÉCIMOTERCERO.- Impugnación del artículo 14.4 de la ordenanza (31.3), al considerar la demandante que limita el derecho fundamental de reunión y manifestación, no por la exigencia de un informe no preceptivo a emitir por el Ayuntamiento en el supuesto de reuniones y manifestaciones, sino porque en el propio precepto se permite la limitación de tales derechos fundamentales, que exigiría ley orgánica, tipificando conductas ciudadanas no delictivas.

El precepto responde al siguiente tenor literal:

"Article 14.- Organització i autorització d'actes públics

4. Quan es tracti de l'exercici del dret fonamental de reunió i manifestació, reconegut a l'article 21 de la Constitució, i d'acord amb allò que es disposa a l'article 9.2 de la Llei Orgànica 9/1983, de 15 de juliol, l'Ajuntament emetrà informe preceptiu motivat en el qual es recolliran les circumstàncies i causes objectives que, en el seu cas, puguin desaconsellar la celebració de l'acte o esdeveniment a l'espai públic previst pels seus organitzadors, a fi que l'autoritat governativa competent adopti la decisió que correspongui".

Este Tribunal no puede acoger la alegación anulatoria del apartado, el cual resulta ser un fiel trasunto de la regulación contenida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión (modificado por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 abril), en virtud del cual *"La autoridad gubernativa notificará al Ayuntamiento afectado los datos contenidos en el escrito de comunicación, excepto cuando se trate de una convocatoria urgente de las previstas en el párrafo segundo del artículo anterior, a fin de que éste informe en un plazo de veinticuatro horas sobre las circunstancias del recorrido propuesto. En caso de no recibirse el informe en dicho plazo, el mismo se entenderá favorable. El informe se referirá a causas objetivas tales como el estado de los lugares donde pretenda realizarse, la concurrencia con otros actos, las condiciones de seguridad de los lugares con arreglo a la normativa vigente y otras análogas de índole técnico. En todo caso, el informe no tendrá carácter vinculante y deberá ser motivado".*

La ordenanza recurrida, en el artículo 14.4, no hace sino reproducir la necesidad de la emisión de un informe preceptivo por el Ayuntamiento de Barcelona, a instancias de la autoridad gubernativa, a los efectos de que manifieste su parecer respecto del recorrido propuesto por los manifestantes en los actos que deben tener lugar dentro del término municipal de la Ciudad Condal.

Al contenerse dicha exigencia de informe municipal en una norma con rango

de ley orgánica, de la cual deriva el precepto de la ordenanza, no se desprende que exista vulneración del principio de reserva de ley orgánica, máxime cuando el referido informe municipal no es vinculante, correspondiendo, en su caso, a la autoridad gubernativa la adopción de las decisiones limitativas correspondientes.

DÉCIMOCUARTO.- Se invoca 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 (31.4), de acuerdo con la jurisprudencia recaída acerca del principio constitucional de reserva de ley y de conformidad con la reserva de ley orgánica.

Como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1991, de 13 mayo, *"Es desde luego cierto que el art. 81.1 de la Constitución, concerniente a las normas «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites [SSTC 160/1987, 161/1987, 57/1989 y 132/1989, entre otras]."*, pues, según la STC *77/1985, de 27 junio, "las peculiaridades de la ley orgánica -en especial la delimitación positiva de su ámbito de normación- en modo alguno justifican el que, respecto a este tipo de fuente, se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo», siendo, por ello, constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico remita al Reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas al mismo, lo cual en muchos casos será obligado y necesario, ya que «no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias»*.

Por lo tanto, 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.

Además, no puede dejar de resaltarse que en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana existen una serie de materias, como son la seguridad de los lugares, la ordenación de la circulación, la protección del patrimonio o del medio ambiente, cuya competencia no resulta ajena a la Administración Municipal, de acuerdo con los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril (y correlativos del Decret Legislatiu 2/2003), y que justifica la actuación normativa y organizativa municipal materializada en ordenanzas.

Derivado del razonamiento expuesto, 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.

DÉCIMOQUINTO.- Impugna el artículo 14.1 y 14.3 de la ordenanza (31.5 y 31.6), al amparar, bajo el manto de la discrecionalidad, el bloqueo a la capacidad de actuación y presencia pública de los grupos socialmente mal vistos.

"Article 14.- Organització i autorització d'actes públics

1. Els organitzadors d'actes celebrats als espais públics han de garantir la seguretat de les persones i els béns. A aquests efectes han de complir amb les condicions de seguretat generals i d'autoprotecció que es fixin en cada cas per l'òrgan competent. Quan les circumstàncies ho aconsellin, l'Ajuntament podrà exigir als organitzadors que dipositin una fiança o subscriguin una pòlissa d'assegurança per respondre dels danys i els perjudicis que es puguin causar.

3. L'Ajuntament no atorgarà autorització per a la celebració d'esdeveniments festius, musicals, culturals, esportius o d'índole similar en els espais públics on es pretenguin realitzar quan, per les previsions del públic assistent, les característiques del propi espai públic o altres circumstàncies degudament acreditades i motivades a l'expedient, els esmentats esdeveniments puguin posar en perill la seguretat, la convivència o el civisme. En aquests supòsits, sempre que sigui possible, l'Ajuntament proposarà als organitzadors espais alternatius on pugui celebrar-se l'acte".

Como reconoce la entidad actora, 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.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000 indica 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"*.

a) 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.

Además, la imposición discrecional de una medida de garantía por el Ayuntamiento ya venía recogida en el artículo 28.3 de la Ordenanza de Uso de Vías y Espacios Públicos de Barcelona, de 27 de noviembre de 1998 (BOP nº 13, de 15 de enero de 1999, modificada por Ordenanza de 20 de julio de 2001).

El citado artículo dispone que *"Els actes públics a les vies i espais públics han de garantir la seguretat de les persones i dels béns. A aquests efectes, han de complir les condicions de seguretat generals i d'autoprotecció que es fixin mitjançant decrets d'Alcaldia o de la Comissió de Govern i dipositar una fiança o subscriure una pòlissa d'assegurança per respondre dels danys i perjudicis que puguin causar".*

b) En cuanto al tercer apartado, contempla una potestad discrecional municipal a los efectos de establecer limitaciones a los actos a desarrollar en espacios públicos, pero sólo en aras de la seguridad, la convivencia y el civismo, bienes jurídicos tutelables por los Ayuntamientos que justifican esta modulación de aquéllos, sin que esta facultad infrinja la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos de la Ciudad, de 18 de mayo de 2000.

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.

DÉCIMOSEXTO.- Se recurre el artículo 19.1 de la ordenanza, al ser indeterminado el concepto de "paisaje urbano"

"Article 19.- Fonaments de la regulació

1. La regulació continguda en aquest capítol es fonamenta en el dret a gaudir del paisatge urbà de la ciutat, que és indissociable del correlatiu deure de mantenir-lo en condicions de neteja, polidesa i ornat".

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).

La expresión "paisaje urbano" es perfectamente concretable, de acuerdo con la definición de paisaje y con el contexto y los fines de la norma. En el mismo se pueden entender comprendidos todos los bienes muebles e inmuebles, elementos naturales y arquitectónicos que se encuentran ubicados en vías o espacios públicos municipales, de modo que son perceptibles por todas las personas que se hallen en los mismos.

DECIMOSÉPTIMO. - La entidad actora considera que en la regulación del artículo 23.1, 2 y 5 se cercena el derecho fundamental a expresarse y comunicarse libremente de los ciudadanos, establecido en el artículo 20 de la Constitución.

"Article 23.- Normes de conducta

1. La col·locació de cartells, tanques, rètols, pancartes, adhesius, papers enganxats o qualsevol altra forma de publicitat, anunci o propaganda, haurà d'efectuar-se únicament en els llocs expressament habilitats a l'efecte per l'autoritat municipal. És prohibida la col·locació de cartells i pancartes en edificis i instal·lacions municipals, en qualsevol espai públic o element del paisatge i el mobiliari urbà o natural, sense autorització expressa de l'Ajuntament.

2. Igualment, caldrà autorització expressa de l'Ajuntament, a més de la del titular del bé afectat, quan el cartell o la pancarta s'instal·li en un bé privat si vola sobre l'espai públic, excloses les pancartes a balcons i altres obertures.

5. Es prohibeix col·locar publicitat sobre la part exterior dels vidres dels vehicles, així com escampar i llançar tota classe de fulletons o papers de publicitat comercial o qualsevol material similar en la via pública i en els espais públics i altres espais definits a l'article 3 d'aquesta Ordenança".

La libertad de expresión prevista y tutelada constitucionalmente, al igual que cualquier otro derecho fundamental, no se trata de un derecho absoluto e ilimitado, sino que, primero, debe modularse en relación con los derechos de igual o superior categoría que corresponden a otros individuos, así como su contenido accesorio puede ser confinado a los efectos de permitir o bien el ejercicio legítimo de los derechos de otras personas o bien el ejercicio de las atribuciones que corresponden a los entes públicos en aras del bien común.

Como resulta de la lectura de los apartados impugnados del artículo 25 de la ordenanza, en los mismos no se inmiscuye ni cercena el contenido de los mensajes, sino en la forma y ubicación de los mismos, en la medida que inciden en competencias municipales, como el uso de espacios públicos, los bienes públicos y el ornato de la ciudad, por lo que el motivo debe ser rechazado, al no afectar a la libertad de expresión.

DÉCIMOCTAVO.- La ordenanza contradice el artículo XXV de la Carta

Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, al basarse en una gestión policial del espacio público, con una intensa intervención administrativa.

El artículo XXV de la Carta lleva por título "Administración de justicia local", y dispone que:

"1. Las ciudades signatarias desarrollan políticas destinadas a mejorar el acceso de los ciudadanos y ciudadanas al Derecho y a la Justicia.

2. Las ciudades signatarias fomentan la solución extrajudicial de los conflictos civiles, penales, administrativos y laborales, mediante la implantación de mecanismos públicos de conciliación, transacción, mediación y arbitraje.

3. En su caso, la justicia municipal, ejercida por jueces de paz independientes - hombres de bien - elegidos por los ciudadanos y ciudadanas o por los gobiernos locales, tiene competencia para resolver en equidad los conflictos que oponen a los ciudadanos y ciudadanas y la administración municipal y que presentan carácter de recurso".

La ordenaza impugnada no sólo define infracciones y anuda a las mismas consecuencias negativas o sanciones, sino que en la misma se concretan normas de conducta, se prevén medidas sociales de reeducación y de reinserción en el civismo, mecanismos de arbitraje y solución extrajudicial, por lo que la alegación de la asociación demandante acerca de la cercenación del mencionado Tratado Internacional carece de consistencia alguna.

DÉCIMONOVENO.- La asociación actora invoca que el artículo 71.1 b) afecta a la libertad de expresión.

Article 71.- Normes de conducta

Modificació de l'apartat primer de l'art. 51 de l'Ordenança General del Medi Ambient Urbà amb el següent redactat:

"1.-El comportament dels ciutadans i ciutadanes a la via pública i zones de pública concurrència i als vehicles de servei públic ha de mantenir-se dins dels límits de la bona convivència ciutadana. En especial i llevat autorització municipal, està prohibit pertorbar el descans i la tranquillitat dels veïns i veïnes i vianants mitjançant:

a) Funcionament d'aparells de televisió, ràdio, musicals o altres aparells sonors.

b) Cants, crits, baralles o qualsevol altre acte molest".

Las mismas consideraciones efectuadas en el Fundamento Decimoséptimo

resultan aplicables en el examen del reproducido precepto para desestimar que vulnere la libertad de expresión.

VIGÉSIMO.- Rechazo a las denuncias por la realización de actos incívicos, previstas en los artículos 7, 11, 13, 76 y 77 de la ordenanza.

Los mencionados preceptos, en cuanto se refieren a la denuncia ciudadana, responden al siguiente tenor literal:

"Article 7.- Foment de la convivència ciutadana i del civisme

1. L'Ajuntament durà a terme les polítiques de foment de la convivència i el civisme que siguin necessàries a fi d'aconseguir que les conductes i actituds de les persones que són a la ciutat s'adeqüin als estàndards mínims de convivència amb l'objectiu de garantir el civisme i de millorar en conseqüència la qualitat de vida a l'espai públic.

2. Concretament, i sens perjudici de les altres actuacions que es puguin acordar, l'Ajuntament:

e) Facilitarà, a través del Telèfon del Civisme, les Oficines d'Atenció al Ciutadà, o qualsevol altre servei existent o que es pugui crear, que tots els ciutadans i les ciutadanes de Barcelona i, en general, totes les persones, empadronades o no, que hi resideixin o hi transitin, puguin fer arribar a l'Ajuntament els suggeriments, queixes, reclamacions o peticions que considerin oportunes per millorar el civisme i la convivència i mantenir l'espai públic en condicions adequades.

Article 11.- Voluntariat i associacionisme

1. L'Ajuntament impulsarà diverses fórmules de participació adreçades a aquelles persones o entitats o associacions que vulguin col·laborar en la realització de les actuacions i les iniciatives municipals sobre la promoció i el manteniment del civisme i la convivència a la ciutat.

2. Es potenciarà especialment la col·laboració de l'Ajuntament amb les associacions de veïns i veïnes i les altres associacions i entitats ciutadanes que pels seus objecte o finalitat, tradició, arrelament a la ciutat, experiència, coneixements o altres circumstàncies, més puguin contribuir al foment de la convivència i el civisme.

Article 13.- Col·laboració de les persones estrangeres en el foment de la convivència i el civisme

1. L'Ajuntament promourà la col·laboració de les persones estrangeres en el foment de la convivència i el civisme a la ciutat de Barcelona.

2. Quan sigui el cas, als efectes de la sol·licitud del permís de residència excepcional previst als articles 45. 2 b) i 46.2 c) del Real Decret 2393/2004,

de 30 de desembre, pel que s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener de 2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, l'Ajuntament, a petició del sol·licitant, i en reconeixement d'aquella col·laboració, la farà constar en el corresponent informe d'arrelament.

3. Igualment, d'acord amb allò que preveu la legislació, quan la col·laboració de la persona estrangera a favor de la convivència i el civisme a la ciutat sigui d'una especial rellevància, l'Ajuntament, a instància d'aquella, i a efectes que pugui sol·licitar l'autorització de residència temporal i excepcional a la qual es refereix l'esmentat article, podrà fer constar aquesta col·laboració a l'informe corresponent, signat pel regidor o regidora responsable.

Article 76.- Funcions de la Guàrdia Urbana i de la Policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra en relació al compliment d'aquesta Ordenança.

2. D'acord igualment amb la normativa específica que li és d'aplicació i segons que es preveu expressament als articles 14è, 20è i 21è del Convenimarc de coordinació i col·laboració en matèria de seguretat pública i policia entre el Departament d'Interior de la Generalitat i l'Ajuntament de Barcelona, la intervenció i, si s'escau, la recepció o la formulació de denúncies de fets concrets que suposin incompliments de la normativa municipal és un servei d'actuació conjunta, i per tant, a més de la Guàrdia Urbana de Barcelona, també col·laborarà en aquestes funcions en els termes establerts en l'esmentat Conveni la Policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra.

Article 77.- Agents cívics.

Les persones que, per encàrrec de l'Ajuntament, realitzin serveis a la via pública podran actuar com a agents cívics amb funcions de vigilància d'aquesta Ordenança. Quan correspongui, els agents cívics podran demanar a la Guàrdia Urbana que exerceixi les funcions d'autoritat que té reconegudes per l'ordenament jurídic".

La denuncia ciudadana es uno de los modos de comunicación de hechos para que el órgano competente acuerde el inicio de un procedimiento administrativo, en general, y de un procedimiento administrativo sancionador en particular, prevista en el artículo 69 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por ello, la regulación por ordenanza de esta vía de información de la *notitia criminis* no infringe precepto alguno del ordenamiento jurídico.

VIGÉSIMO PRIMERO.- La entidad recurrente considera que el artículo 13 puede producir situaciones de discriminación.

Article 13.- Col·laboració de les persones estrangeres en el foment de la convivència i el civisme.

1. L'Ajuntament promourà la col·laboració de les persones estrangeres en el foment de la convivència i el civisme a la ciutat de Barcelona.

2. Quan sigui el cas, als efectes de la sol·licitud del permís de residència excepcional previst als articles 45. 2 b) i 46.2 c) del Real Decret 2393/2004, de 30 de desembre, pel que s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener de 2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, l'Ajuntament, a petició del sol·licitant, i en reconeixement d'aquella collaboració, la farà constar en el corresponent informe d'arrelament.

3. Igualment, d'acord amb allò que preveu la legislació, quan la col·laboració de la persona estrangera a favor de la convivència i el civisme a la ciutat sigui d'una especial rellevància, l'Ajuntament, a instància d'aquella, i a efectes que pugui sol·licitar l'autorització de residència temporal i excepcional a la qual es refereix l'esmentat article, podrà fer constar aquesta col·laboració a l'informe corresponent, signat pel regidor o regidora responsable".

El citado precepto no produce discriminación alguna entre los ciudadanos extranjeros en general, respecto de aquéllos que colaboren a favor de la convivencia y el civismo en la ciudad de Barcelona, ya que el Ayuntamiento es competente para expedir informes acerca del buen comportamiento de quienes residen en el municipio, a los efectos de que la autoridad competente tome en consideración tales certificados de buena conducta de acuerdo con la legislación vigente, pero sin que esta posibilidad de emisión de informes de comportamiento cívico municipales suponga *per se* el otorgamiento de beneficios en materia de autorizaciones para residir y trabajar en España, atribución que corresponde a los órganos competentes de la Administración del Estado.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Impugnación de la utilización del principio de responsabilidad objetiva en los artículos 35.3, 39.1 y 17 de la ordenanza, al referirse a la realización directa o indirecta, activa o pasiva, de determinadas conductas, los cuales determinan que:

Artículo 35.3 *"Sens perjudici del que es preveu a l'article 232 de Codi Penal, queda totalment prohibida la mendicitat exercida per menors o, aquella que es realitzi, directa o indirectament, amb menors o persones amb discapacitats".*

Artículo 39.1 *"D'acord amb les finalitats recollides a l'article anterior, es prohibeix oferir, sol·licitar, negociar o acceptar, directament o indirectament, serveis sexuals retribuïts a l'espai públic quan aquestes pràctiques excloguin o limitin la compatibilitat dels diferents usos de l'espai públic".*

Artículo 17 *"Règim de Sancions. 1. Sens perjudici que els fets siguin constitutius d'infracció penal, la realització de les conductes descrites a*

l'apartat 1 de l'article precedent tindrà la consideració d'infracció greu, i serà sancionada amb multa de 750,01 a 1.500 euros, llevat que el fet constitueixi una infracció o li correspongui una sanció diferent, d'acord amb la legislació aplicable.

2. Sens perjudici de la legislació penal, tindran la consideració d'infraccions molt greus, que es sancionaran amb multa de 1.500,01 a 3.000 euros, les conductes descrites en els apartats 2 i 3 de l'article precedent. Si les esmentades conductes fossin realitzades per grups de persones, s'imputarà la comissió de la infracció a tots els membres d'aquests grups que es trobessin en el lloc dels fets i participessin, activament o passivament, en la realització de les conductes antijurídiques previstes a l'article anterior."

a) En cuanto a los dos primeros artículos analizados, 35.2 y 39.1, relativos a la descripción de normas de conducta concernientes al ejercicio de la mendicidad por menores o mediante éstos, así como al ofrecimiento y demanda de servicios sexuales en la vía pública, los mismos utilizan la expresión "directa o indirectamente" para referirse a los comportamientos prohibidos en este ámbito, incluyendo no sólo a quienes ejerzan la mendicidad, demanden u ofrezcan servicios sexuales, por sí mismos, sino que también considera autores del comportamiento cercenado a quienes utilicen menores para que éstos mendiguen, así como a quienes se sirvan de otros para reclamar u ofertar servicios sexuales, sin que ello implique ninguna suerte de responsabilidad objetiva o por el mero resultado, sino que tales asertos se integran en la naturaleza de la participación del autor de una conducta descrita como prohibida.

b) 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 los razonamientos anteriormente expuestos, se debe anular la expresión "pasivamente" contenida en el segundo inciso del artículo 17.2 de la ordenanza.

VIGÉSIMO TERCERO.- La asociación recurrente esgrime que los artículos 26 (dentro del Capítulo Tercero del Título II, relativo a las "Apuestas"), 34 (dentro del Capítulo Quinto del Título II, concerniente a la "Ocupación del espacio público por conductas que adoptan formas de mendicidad"), 49 (insertado en el Capítulo Octavo del Título II, referente al "Comercio ambulante no autorizado de alimentos, bebidas y otros productos"), 53 (Capítulo Noveno del Título II, dedicado a las "Actividades y prestación de servicios no autorizados: demanda y consumo") y 71 (dentro de la Sección 2 del Capítulo Doceavo del Título II, relativo a "Otras conductas que perturban la convivencia ciudadana") adolecen totalmente de técnica jurídica, por utilización de conceptos jurídicos indeterminados.

"Article 26.- Fonaments de la regulació

La regulació continguda en aquest capítol es fonamenta en la salvaguarda de la seguretat pública, en la llibertat de circulació de les persones i la protecció dels legítims drets dels usuaris o usuàries de l'espai públic, sobretot dels collectius especialment vulnerables, com ara els menors".

"Article 34.- Fonaments de la regulació

1. Les conductes tipificades com a infraccions en aquesta secció pretenen salvaguardar, com a béns especialment protegits, el dret que tenen els ciutadans i ciutadanes a transitar per la ciutat de Barcelona sense ser molestats o pertorbats en la seva voluntat, la lliure circulació de les persones, la protecció de menors, així com el correcte ús de les vies i espais públics.

2. Especialment, aquesta secció tendeix a protegir les persones que són a Barcelona davant conductes que adopten formes de mendicitat insistent, intrusiva o agressiva, així com organitzada, sigui aquesta directa o encoberta sota prestació de petits serveis no sol·licitats, o qualsevol altra fórmula equivalent, així com davant qualsevol altra forma de mendicitat que, de manera directa o indirecta, utilitzi menors com a reclam o els menors acompanyin la persona que exerceix aquesta activitat".

"Article 49.- Fonaments de la regulació

Les conductes tipificades com a infracció en el present capítol es fonamenten en la protecció de la salubritat, l'ús racional i ordenat de la via pública, i la salvaguarda de la seguretat pública, a més, en el seu cas, de la protecció de les propietats industrial i intel·lectual, la competència lleial en l'economia de mercat i els drets de consumidors i usuaris".

"Article 53.- Fonaments de la regulació

La regulació continguda en aquest capítol es fonamenta en l'ús racional, ordenat i propi de les vies i els espais públic, el dret de les persones a no ser molestades o pertorbades en l'exercici de la seva llibertat, la salut de les persones, la salvaguarda de la seguretat pública, a més, en el seu cas, de la protecció de les propietats industrial i intel·lectual, la competència lleial i els drets de consumidors i consumidores i usuaris i usuàries".

"Article 71.- Normes de conducta

Modificació de l'apartat primer de l'art. 51 de l'Ordenança General del Medi Ambient Urbà amb el següent redactat:

"1.-El comportament dels ciutadans i ciutadanes a la via pública i zones de pública concurrència i als vehicles de servei públic ha de mantenir-se dins dels límits de la bona convivència ciutadana. En especial i llevat autorització municipal, està prohibit pertorbar el descans i la tranquil·litat dels veïns i veïnes i vianants mitjançant:

a) Funcionament d'aparells de televisió, ràdio, musicals o altres aparells sonors.

b) Cants, crits, baralles o qualsevol altre acte molest".

Como ya pusimos de relieve en el Fundamento Decimosexto, y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por las disposiciones sancionadoras de carácter reglamentario no atenta al principio de legalidad, siempre que estas expresiones permitan ser después concretadas.

Como se desprende de la lectura de los preceptos transcritos, en los mismos efectivamente se emplean términos tales como "colectivos especialmente vulnerables", "salubridad", "seguridad pública", "tranquilidad", los cuales, de acuerdo con los fines de la ordenanza y conforme a las competencias municipales en la materia (Título XI LBRL) son perfectamente especificables.

VIGÉSIMO CUARTO.- No ha lugar a efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas causadas, al no apreciarse temeridad ni mala fe en las partes, conforme dispone el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Quinta, ha decidido:

Primero.- Estimar parcialmente el presente recurso y, en consecuencia, anular la expresión "pasivamente" contenida en el segundo inciso del artículo 17.2 de la "Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona", por no ser conforme a derecho, desestimando el recurso en lo demás, confirmando la citada disposición general en los restantes preceptos impugnados.

Segundo.- No efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución en legal forma a las partes en la forma prevenida por la Ley.

Así por esta resolución, de la que unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.