Crònica de jurisprudència (d'1 de setembre de 2012 a 31 de gener de 2013)

Antonio Descalzo González
Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat Carlos III de Madrid

A) Tribunal Constitucional

Sentència del Tribunal Constitucional 159/2012, de 17 de setembre, sobre vulneració de l'article 47.2 b) de la Llei reguladora de les bases del règim local, per part de l'article 131.2 de la Llei del Parlament de Canàries 14/1990, de 26 de juliol, de règim jurídic de les administracions públiques de les Canàries, en relació amb les majories necessàries per als acords municipals. Doctrina constitucional sobre les lleis autonòmiques perfectament compatibles amb la llei estatal en el moment de ser dictades, però que esdevenen disconformes per la modificació posterior de la legislació bàsica estatal

Antecedents

Qüestió d'inconstitucionalitat plantejada pel Jutjat Contenciós Administratiu número 3 de Santa Cruz de Tenerife, respecte de l'article 131.2 de la Llei del Parlament de Canàries 14/1990, de 26 de juliol, de règim jurídic de les administracions públiques de les Canàries.

Ponent: Sra. Adela Asua Batarrita.

Extracte de doctrina

"*[…]*

"*2. La cuestión de inconstitucionalidad que promueve el órgano judicial plantea un supuesto de lo que nuestra doctrina denomina inconstitucionalidad mediata o indirecta por derivar la posible infracción constitucional, no de la incompatibilidad directa de las disposiciones impugnadas con la Constitución, sino de su eventual contradicción con preceptos básicos estatales. Conforme a nuestra reiterada doctrina (SSTC 113/2010, de 24 de noviembre, F. 2; 7/2012, de 18 de enero), para que dicha infracción constitucional exista es necesaria la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.*

"*3. Por lo que respecta a la concurrencia de la primera circunstancia mencionada, en la STC 66/2011 (F. 3) ya afirmamos el carácter básico en su doble plano* ex *art. 149.1.18 CE del art. 47.2 d) LBRL, norma estatal que el Juzgado promotor de la cuestión propone como parámetro mediato de constitucionalidad, por remisión a la STC 331/1993, de 12 de noviembre. En efecto, en la STC 331/1993 analizamos la redacción de esa disposición que se encontraba vigente con anterioridad a la reforma operada mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, y dijimos que su carácter básico derivaba de que la regulación de los 'aspectos esenciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado atañe al funcionamiento democrático de los órganos de gobierno de las corporaciones locales y, dentro de él, en concreto, a lo que afecta al quórum y mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados superiores, ya que los preceptos relativos a estas cuestiones definen precisamente un modelo de democracia local' (STC 331/1993, de 12 de noviembre, F. 4; con cita de la STC 33/1993, de 1 de febrero, F. 3). La conclusión que dedujimos entonces debe ser ratificada en el presente proceso constitucional, en el cual la norma estatal opera como parámetro de constitucionalidad mediata de la norma legal autonómica cuestionada.*

"*Cabe subrayar que, aunque las SSTC 33/1993 y 331/1993 versaron sobre la redacción originaria del art. 47.2 d) LBRL, el carácter básico no se predicó por dichas sentencias de la concreta mayoría retenida por la norma básica estatal entonces analizada (mayoría de dos tercios), sino del régimen del* 'quorum *y mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados superiores'. Por tanto, lo que debe considerarse básico según la doctrina constitucional (SSTC 33/1993, F. 3 y 331/1993, F. 4; aplicadas por la*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

STC 66/2011) es el régimen de las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos del Pleno, y por ello el art. 47 LBRL ha de reputarse básico en tanto que es uno de 'los aspectos esenciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado', sin perjuicio de que el legislador competente pueda modificar dicho régimen en la forma que estime oportuno, como efectivamente hizo por la Ley 57/2003.

"*En suma, la norma estatal infringida por la Ley autonómica es, en el doble sentido material y formal, una norma básica.*

"*4. En cuanto a la segunda circunstancia mencionada, el carácter contradictorio efectivo e insalvable, debemos remitirnos igualmente a lo señalado en el F. 3 de la STC 66/2011:*

"'*En primer lugar, los preceptos legales controvertidos exigen mayorías diferentes para la adopción de los acuerdos de alteración de la capitalidad de los municipios. Por un lado, el art. 47.2 d) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) dispone que* [s]e requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos en las siguientes materias: […] d) Alteración del nombre y de la capitalidad del municipio*. Por otro lado, el art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, establece que* [s]erá preciso el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones en las materias previstas en el artículo 47.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

"'*Es claro que estas dos disposiciones son entre sí contradictorias…*

"'*En segundo lugar, esta divergencia tiene su origen en la reforma operada en el art. 47.2 LBRL mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. En su versión anterior a dicha reforma, el precepto citado requería para la adopción de ese tipo de acuerdos* el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros*, una exigencia esta que se incorporó literalmente al art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, el cual devino contrario al art. 47.2 LBRL a raíz de que el legislador estatal sustituyera, como se ha indicado, ese criterio por el de la* mayoría absoluta del número legal de miembros *de la corporación'.*

"*La conclusión que sobre el carácter contradictorio entre sí de las disposiciones estatal y autonómica analizadas extrajimos entonces debe ser ahora ratificada. En efecto, a resultas de la modificación operada por la Ley 57/2003 la regla de la mayoría de dos tercios fue sustituida por la de mayoría absoluta, como requisito necesario para la adopción de acuerdos de alteración de la capitalidad de un municipio, por lo que la norma autonómica que originariamente se limitaba a reproducir el contenido de la norma básica estatal y que requería una mayoría de dos tercios, devino incompatible. Esa incompatibilidad resulta efectiva y no es salvable por vía interpretativa.*

"*5. Por tanto, la norma legal autonómica contradice de forma efectiva e insalvable una norma legal estatal que ha sido adoptada con posterioridad y que tiene la condición de básica* ex *art. 149.1.18 CE. En la STC 66/2011 recordamos, con apoyo en la STC 1/2003, de 16 de enero, la doctrina constitucional sobre las leyes autonómicas perfectamente compatibles con la ley estatal en el momento de ser dictadas, pero que devienen disconformes por la modificación posterior de la legislación básica estatal. Dicha doctrina se puede sintetizar –como hicimos en el fundamento jurídico 5 de la STC 66/2011– en la idea de que 'la modificación de la legislación básica estatal no ha determinado, en suma, el desplazamiento o la pérdida de eficacia de la norma autonómica, sino su inconstitucionalidad sobrevenida', por lo que no compete a los órganos judiciales, sino al Tribunal Constitucional fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley. Así, la STC 66/2011 reitera a este respecto que los 'órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, F. 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, F. 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia* erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, F. 4; 104/2000, de 13 de abril, F. 8; y 120/2000, de 10 de*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

mayo, F. 3)' (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 9; en el mismo sentido la STC 162/2009, de 29 de junio, F. 3).

"*Por todo ello ha de apreciarse que el art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias es contrario al orden constitucional de distribución de competencias. Ello determina la consiguiente inconstitucionalidad y nulidad del precepto autonómico.*"

Sentència del Tribunal Constitucional 187/2012, de 29 d'octubre, sobre violació del dret fonamental a la tutela judicial efectiva sense indefensió i a un procés amb totes les garanties, pel fet d'incórrer l'òrgan judicial en un excés de jurisdicció amb preterició del sistema de fonts, en no aplicar la disposició transitòria quarta, apartat sisè, de la Llei del Parlament de Catalunya 2/2002, de 14 de març, d'urbanisme, i, en el seu lloc, aplicar l'article 62.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, sense plantejar la qüestió de constitucionalitat davant aquesta seu i per aplicació de la clàusula de prevalença del dret estatal de l'article 149.3 CE. Aplicació i eficàcia de les normes jurídiques. Publicació en els diaris oficials de les normes urbanístiques dels plans d'ordenació urbana, pel fet de tractar-se de disposicions de caràcter general.

Antecedents

Recurs d'empara promogut per la Generalitat de Catalunya, contra la provisió de 22 de gener de 2010 de la Secció Cinquena de la Sala Tercera Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem, i la sentència de 14 d'octubre de 2009, dictada en el recurs de cassació núm. 5988-2005, de la mateixa Sala i Secció.

Ponent: Sr. Luis Ignacio Ortega Álvarez.

Extracte de doctrina

"*[…]*

"*4. En el recurso de amparo se aduce que la Sentencia es una resolución no fundada en derecho al considerar la disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, en la redacción dada por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibilidad territorial y de la autonomía local, no aplicable al caso de autos, por tratarse de una materia (eficacia de las normas jurídicas) que no es competencia exclusiva de la Generalitat, sino competencia exclusiva del Estado* ex *art. 149.1.8 CE. Como quedó expuesto en los antecedentes, la disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, en su redacción dada por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, introdujo una norma de convalidación de los actos de desarrollo de instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, aunque no se hubiesen publicado las disposiciones contenidas en los instrumentos de planeamiento, como el plan general de ordenación urbana del municipio de La Roca del Vallès.*

"*La norma de convalidación inaplicada por la Sentencia impugnada sigue actualmente vigente aunque recogida en el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña 2010, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto. El texto refundido derogó las Leyes 2/2002 y 10/2004 pero recogió en su disposición transitoria décima, apartado sexto (bajo la rúbrica 'Publicación de las normas urbanísticas de instrumentos de planeamiento aprobados entre la entrada en vigor de la Ley 7/1985 y la de la Ley 2/2002 o de instrumentos en trámite que no han sido publicadas') una cláusula convalidatoria como la controvertida en el proceso a quo que dispone: '6. La falta de publicación previa de las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente por la Administración de la Generalidad antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002 no es motivo de nulidad de pleno derecho de las disposiciones y los actos de aplicación que se hayan dictado al amparo de su aprobación definitiva, siempre y cuando se haya publicado el anuncio de la aprobación de los mencionados instrumentos. La publicación en el DOGC de las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002 valida la tramitación y la aprobación de las disposiciones y los actos de aplicación que se hayan dictado al amparo de su aprobación definitiva y les da plena eficacia desde la fecha de pu-*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

blicación en el DOGC del anuncio de la aprobación definitiva de los mencionados instrumentos'.

"5. Tanto la demandante de amparo como el Ministerio Fiscal alegan la infracción de la doctrina constitucional por parte de la Sentencia impugnada, concretamente, de la establecida en las SSTC 163/1995, de 8 de noviembre; 173/2002, de 9 de octubre; y 58/2004, de 19 de abril. Recordamos a continuación la doctrina constitucional derivada de las sentencias citadas, así como otras aplicables al caso de autos.

"En la STC 163/1995, de 8 de noviembre, el Tribunal desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre determinados preceptos de la Ley 2/1989, de 18 de julio, de espacios naturales protegidos de Andalucía por contradicción con la Ley 4/1989, de 27 de marzo, básica estatal de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, al entender que no existía la supuesta contradicción planteada por el órgano judicial. En el fundamento jurídico 4 de la citada Sentencia el Tribunal rechazó la posible utilización de la cláusula de prevalencia del derecho estatal del art. 149.3 CE, planteada por el órgano judicial autor de la cuestión de constitucionalidad, como posible solución para la inaplicación de la Ley autonómica cuestionada por contradecir las bases estatales. En este caso el Tribunal declaró que lo que el órgano judicial planteaba no era una cuestión relativa a la prevalencia de las normas del Estado sobre las de las comunidades autónomas, sino la de su propio ámbito de jurisdicción ex *art. 163 CE y concordantes sobre el control de leyes. Al respecto el Tribunal declaró que 'los jueces y tribunales integrantes del poder judicial no pueden pretender una excepción a lo previsto en los arts. 163 y 153 a) CE, así como en el correspondiente precepto estatutario, como consecuencia de un determinado entendimiento de lo previsto, de forma más general y en un diferente contexto constitucional, en el art. 149.3, inciso segundo,* in fine*, CE. […] Ciertamente, los citados preceptos, y más en concreto el art. 153 a) CE y el equivalente estatutario, suscitan el problema de qué deba entenderse por* control de constitucionalidad*, pues es este, y no cualquier otro, el que queda reservado a este Tribunal, siendo a ese control al que queda delimitado el llamado* privilegio jurisdiccional *de la Ley' (STC 163/1995, de 8 de octubre, F. 4).*

"La STC 173/2002, de 9 de octubre, otorgó el amparo solicitado por la Generalitat de Cataluña por lesión de sus derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y su derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que inaplicó la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero, que establecía el recargo sobre el tributo estatal que gravaba las máquinas recreativas, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal. En este sentido, el Tribunal declaró que 'forma parte, sin duda, de las garantías consustanciales a todo proceso judicial en nuestro ordenamiento el que la disposición de ley que, según el juzgador, resulta aplicable en aquel no pueda dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC. Ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no solo menoscabar la posición ordinamental de la ley en nuestro derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida' (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 8 in fine). 'En consecuencia, habiendo preterido el órgano judicial el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar el art. 163 CE como por desconocer la eficacia de una norma legal plenamente vigente, ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido. Y además ha colocado, por ello, a la recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión pues ni tuvo oportunidad u ocasión de prever, dado el sometimiento judicial al imperio de la Ley, tal preterición del sistema de fuentes, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones del art. 35 LOTC' (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 10).

"La STC 58/2004, de 19 de abril, otorgó el amparo a la Generalitat de Cataluña contra una sentencia 'aparente o formalmente motivada, mediante la cual el órgano judicial llega a la consecuencia de inaplicar –por propia, autónoma y exclusiva decisión– dos leyes postconstitucionales vigentes. No se está, sin embargo, ante una resolución judicial falta de motivación o con una motivación escueta, parca o por remisión, sino, simplemente, ante una resolución judicial no fundada en derecho (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 7), que en este caso es además lesiva de las garantías del proceso debido' (STC 58/2004, de 19 de abril, F. 7).

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

"*En el proceso* a quo *que dio lugar a la STC 58/2004, de 19 de abril, el órgano judicial ordenó la devolución de la totalidad del recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña (equivalente al 20 por 100 de la cuota de la tasa fiscal sobre el juego) por razón de su supuesta incompatibilidad de la tasa fiscal que le sirve de base, regulada por la Ley estatal 5/1990, con el derecho comunitario, concretamente con el art. 33 de la sexta Directiva. En consecuencia, el Tribunal declaró que se había producido un exceso de jurisdicción porque si la ley postconstitucional es contraria a la Constitución 'solo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE puede dejar de ser aplicada. Y si la ley postconstitucional es contradictoria con el derecho comunitario solo puede ser inaplicada, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 234 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Mas en el caso que nos ocupa se han inaplicado las leyes citadas, como se ha dicho, sin que mediase planteamiento alguno, ni de cuestión de inconstitucionalidad ni de cuestión prejudicial' (STC 58/2004, de 19 de abril, F. 14).*

"*Por último, hemos de mencionar la STC 66/2011, de 16 de mayo, que otorgó el amparo solicitado a la asociación de vecinos Rambla porque las resoluciones judiciales impugnadas inaplicaron la Ley 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que había devenido contraria a la Ley de bases de régimen local después de su modificación por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local, por aplicación de la cláusula de prevalencia del derecho estatal del art. 149.3 CE. Reiterando la doctrina establecida en la STC 1/2003, de 16 de enero, el Tribunal declaró que 'la modificación de la legislación básica estatal no ha determinado, en suma, el desplazamiento o la pérdida de eficacia de la norma autonómica, sino su inconstitucionalidad sobrevenida' (STC 66/2011, de 16 de mayo, F. 5).*

"*Pero, además, respecto de la lesión aducida de los derechos fundamentales de la recurrente, el Tribunal declaró en la STC 66/2011, de 16 de mayo, que dejar inaplicados preceptos que se integran en una ley postconstitucional vigente, como los artículos controvertidos de la citada Ley canaria, 'por más que pueda resultar* aparente o formalmente motivada *en virtud de las referencias al desplazamiento de la norma autonómica, constituye, sin embargo,* una resolución no fundada en derecho *(STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 8), que resulta, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE). De otra parte, al dejar inaplicado ese precepto por razón de su posible contradicción con la Constitución sin haber promovido una* cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC *(STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 8) la Sentencia de instancia ha vulnerado igualmente el derecho de la entidad recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)' (STC 66/2011, de 16 de mayo, F. 6).*

"*6. En el caso de autos la Sentencia impugnada desestimó los motivos de casación aducidos por la Generalitat de Cataluña y el Ayuntamiento de La Roca del Vallès, confirmando la Sentencia de 27 de junio de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que declaró nulo de pleno derecho el estudio de detalle y los instrumentos de ejecución del plan general de ordenación urbana del citado municipio. La Sala del Tribunal Supremo declaró que el conflicto planteado en casación se basó en un diferente modo de entender la exigencia constitucional de publicidad de las normas (art. 9.3 CE). La cuestión planteada se refería, según la Sentencia impugnada, a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas que es competencia exclusiva del Estado* ex *art. 149.1.8 CE. La Sala consideró que las exigencias de publicación requieren que se publiquen en los diarios oficiales las normas urbanísticas de los planes de ordenación urbana por tratarse de disposiciones de carácter general. Sin embargo, la Generalitat y el Ayuntamiento sostuvieron que, de acuerdo con la legislación en materia urbanística de Cataluña, bastaba con la publicación íntegra del acuerdo de aprobación definitiva de aquellas. En cuanto a la aducida lesión de los derechos fundamentales de las Administraciones recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), por haber inaplicado las normas con rango de ley catalanas sin haber planteado la oportuna cuestión de inconstitucionalidad ante esta sede, la Sentencia declaró que 'dado que el conflicto no es urbanístico ni de ordenación del territorio, sino de eficacia de las normas, la contradicción entre la citada disposición transitoria, aprobada por el Parlamento catalán, y lo establecido en el art. 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha de resolverse confiriendo preva-*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

lencia a esta porque la materia sobre la que versa no viene atribuida a la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma […] sin necesidad, en este caso, de plantear cuestión de inconstitucionalidad de las normas en conflicto, dado que no se trata de una tacha de inconstitucionalidad sino de simple contradicción entre normas, que, solo admite la aplicación de una, por lo que se debe aplicar la prevalente, que, en este caso, es la estatal al no tratarse de una materia atribuida a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma' (fundamento de derecho decimocuarto de la Sentencia impugnada).

"7. Según lo expuesto, la Sentencia impugnada realizó un juicio previo de selección de la norma jurídica aplicable al caso de autos que, de acuerdo con la doctrina constitucional, corresponde realizar al órgano judicial como cuestión de legalidad ordinaria. Este Tribunal tiene declarado que 'forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los jueces y tribunales del poder judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ellas de los hechos' (SSTC 76/1995, de 22 de mayo, F. 5; 173/2002, de 9 de octubre, F. 10; y 58/2004, de 19 de abril, F. 14). En consecuencia, ninguna tacha de constitucionalidad podría merecer la determinación de la norma aplicable al caso por el juez ordinario, salvo por los efectos que esa operación tiene en el caso de autos.

"Efectivamente, descendiendo al caso concreto, la selección de la norma jurídica aplicable al caso de autos, es decir, el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, produjo los siguientes efectos: en primer lugar, llevó implícito el encuadramiento competencial de un precepto como el controvertido, la disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, de modificación de la Ley de urbanismo de Cataluña, en un ámbito material como la eficacia de las normas jurídicas, cuando la propia Sentencia reconoce, asimismo, que se trata de una ley de convalidación de normas urbanísticas, materia en la que Cataluña tiene competencia exclusiva (arts. 148.1.3 CE y 149.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio). En segundo lugar, el órgano judicial aplicó la cláusula de prevalencia del derecho estatal del art. 149.3 CE a pesar de reconocer que el asunto sobre el que versaba el pleito era la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, es decir, competencia exclusiva estatal ex *art. 149.1.8 CE. Sin embargo, el art. 149.3 CE dispone que el derecho del Estado será prevalente en caso de conflicto sobre las normas de las comunidades autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas. Pero, en realidad, según el razonamiento de la propia Sentencia impugnada no era una materia en la que la Generalitat y el Estado tuviesen competencias, sino que la competencia era exclusiva estatal. Apreciamos, por tanto, un razonamiento que determinó, además, el desplazamiento e inaplicación del apartado sexto de la disposición transitoria cuarta de la citada Ley 10/2004, de modificación de la Ley de urbanismo de Cataluña, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, lo que tampoco resulta conforme con la doctrina constitucional expuesta previamente. En tercer lugar, como alega el Ministerio Fiscal, la interpretación realizada del precepto autonómico conlleva a su reiterada inaplicación y produce un efecto parecido a la derogación de la norma inaplicada que, recordamos, es una ley postconstitucional.*

"8. En consecuencia, conforme con la doctrina constitucional expuesta sobre el control de constitucionalidad de las leyes postconstitucionales debemos concluir que la Sentencia impugnada, 'por más que pueda resultar aparente o formalmente motivada' (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 7) no es una resolución fundada en derecho, porque el órgano judicial incurrió en exceso de jurisdicción ex *art. 163 CE y concordantes sobre el control de leyes, que además resultó lesiva de las garantías del proceso debido y que provocó indefensión de la recurrente en amparo. El órgano judicial inaplicó una ley postconstitucional vigente sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad y lo fundamentó en la aplicación de la cláusula de prevalencia del derecho estatal* ex *art. 149.3 CE, con un entendimiento de la misma que no resulta conforme con la doctrina constitucional, tal y como ha quedado expuesta.*

"En el caso de autos 'habiendo preterido el órgano judicial el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar el art. 163 CE como por desconocer la eficacia de una norma legal plenamente vigente, ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido. Y además ha colocado, por ello, a la recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión pues ni tuvo oportunidad u ocasión de prever, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, tal preterición del siste-

ma de fuentes, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones del art. 35 LOTC' (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 10).

"*Como es sabido, este Tribunal tiene declarado que los 'órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, F. 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, F. 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia* erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España' (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, F. 4; 104/2000, de 13 de abril, F. 8; 120/2000, de 10 de mayo, F. 3; 173/2002, de 9 de octubre, F. 9 y 66/2011, de 16 de mayo, F. 6).*"

B) Tribunal Suprem

Sentència del Tribunal Suprem, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 3a, de 9 d'octubre de 2012. RJ\2012\9651. Lliure accés a les activitats de serveis i llur exercici de conformitat amb la Directiva de serveis

Antecedents

Recurs de cassació núm. 313/2011.

Ponent: Excm. Sr. Eduardo Espín Templado.

El Tribunal Suprem estima el recurs contenciós administratiu interposat per l'Associació de Promotors Constructors d'Espanya contra el Reial decret 346/2011, d'11 de març, pel qual s'aprova el Reglament regulador de les infraestructures comunes de telecomunicacions per a l'accés als serveis de telecomunicació a l'interior de les edificacions, anul·lant l'incís "ha de ser verificat per una entitat que disposi de la independència necessària quant al procés de construcció de l'edificació i dels mitjans i la capacitació tècnica per fer-ho", *in fine* del paràgraf cinquè de l'article 9 del Reglament esmentat, pel fet de ser contrari a la Directiva de serveis.

Extracte de doctrina

"*[…]*

"*CUARTO.– Sobre la exigencia de verificación de los proyectos técnicos de instalaciones comunes de telecomunicaciones.*

"*Tras el sucinto resumen de las principales razones esgrimidas por las partes, es preciso en primer lugar dilucidar si el requisito de verificación del proyecto de instalaciones comunes de telecomunicaciones es obligatorio o no, puesto que la queja formulada por la actora sería rechazable de tener razón el abogado del Estado en que se trata de un requisito voluntario: en tal caso no se producirían las vulneraciones denunciadas, que presuponen que la verificación es un requisito obligatorio.*

"*El examen del Real Decreto evidencia de forma indubitada que se trata de un requisito preceptivo. La norma impugnada dedica los tres primeros apartados del artículo 9 al proyecto técnico (los apartados cuatro a seis se refieren a las entidades de verificación). Pues bien, en su primer apartado se indican la finalidad, contenido y principales aspectos del proyecto técnico y el párrafo quinto del mismo dice expresamente lo siguiente:*

"*'El proyecto técnico, firmado por el profesional encargado por el promotor de la edificación para el diseño de la ICT, que dispone de la titulación establecida en el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación que, en su caso, actuará en coordinación con el autor del proyecto de edificación, debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello.'*

"*Así pues, de forma inequívoca el precepto establece que las redes de telecomunicaciones que se instalen en el interior de lo edificios 'deberán contar con el correspondiente proyecto técnico' (art. 9.1, primer párrafo) y que el proyecto técnico 'debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello'* (ibidem*, quinto párrafo).*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

"*No cabe pues duda de que la instalación de las ICT debe contar con un proyecto técnico y que este ha de estar, preceptivamente, verificado por una entidad capacitada legalmente para ello, por lo que sorprende la interpretación del abogado del Estado. Es verdad, como aduce el representante de la Administración, que el apartado 3 del referido artículo 9 se limita a establecer que la verificación otorga al proyecto técnico una presunción de que el mismo cumple con la normativa técnica, pero eso se añade a la expresa previsión de su exigibilidad, como ya hemos indicado.*

"*QUINTO.– Sobre la legalidad de la exigencia de verificación.*

"*La cuestión a dilucidar es pues, si tal exigencia resulta compatible con las previsiones de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y de la Directiva 2006/123/CE.*

"*La parte recurrente centra su argumentación en las previsiones contenidas por la citada Directiva. Esta regula en el capítulo III la libertad de establecimiento de los prestadores (arts. 9 a 15) y en el IV, la libre circulación de servicios, versando su primera sección sobre la libre prestación de servicios y las posibles excepciones (arts. 16 a 18); en ambos capítulos hay prescripciones sobre la libertad del ejercicio de la prestación de servicios, sobre la que trata la presente litis.*

"*De toda esa regulación resulta pertinente recordar que el artículo 16, que se refiere específicamente a la libre prestación de servicios, impone estrictas limitaciones a cualquier condicionamiento al acceso o desarrollo de cualquier actividad de servicios. Así, el precepto excluye que se pueda condicionar el acceso o el ejercicio a requisitos que no respeten los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (apartado 1), así como también prohíbe otros requisitos enumerados en el apartado 2, entre los que se encuentran la colegiación obligatoria 'salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de derecho comunitario'. Finalmente, el precepto admite en todo caso (apartado 3) que los Estados miembros impongan requisitos 'que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el apartado 1'.*

"*A su vez el artículo 17 exceptúa de las garantías establecidas en el precepto anterior a determinados servicios y materias, entre las que se incluyen (apartado 6) aquellas 'a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión'; la citada Directiva, que se refiere al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, trata en su título II precisamente de la libre prestación de servicios.*

"*Debe tenerse presente, por consiguiente, que según las previsiones anteriores implican el derecho comunitario impone severos criterios para limitar el libre ejercicio de una actividad de prestación de servicios, pero sin embargo admite que se reserve el ejercicio de una determinada actividad a una profesión, como de hecho sucede con la actuación ante los tribunales a los abogados, necesariamente titulados en derecho –aunque en este caso el derecho europeo ha previsto y regulado de forma expresa la excepción mediante la Directiva 77/249/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 22 de marzo de 1977–.*

"*En cualquier caso, aunque la parte aduce en defensa de su pretensión tanto la Directiva como la referida Ley 17/2009, siendo esta la transposición de aquella al derecho interno, es la Ley nacional la que ostenta la prioridad a la hora de valorar la legalidad del Real Decreto impugnado, sin menoscabo del valor interpretativo de la Directiva. En cualquier caso la Ley 17/2009 traspone de manera muy fidedigna las previsiones de la Directiva y trata de asegurar el libre ejercicio de las actividades de servicios remuneradas, restringiendo severamente la posibilidad de condicionar dicho ejercicio mediante requisitos o limitaciones de cualquier tipo. A los efectos de valorar la legalidad de la exigencia de que los proyectos técnicos de ICT sean verificados por una entidad habilitada para ello conviene hacer una sucinta referencia a tales previsiones.*

"*Las limitaciones contempladas por la Ley pueden referirse, siguiendo a la Directiva, tanto a la libertad de establecimiento (capítulo II, arts. 4 a 11) como a la libre prestación de servicios para prestadores de otros Estados miembros (capítulo III, arts. 12 a 16). En particular, resultan aplicables al caso los siguientes preceptos. En primer lugar, el artículo 9, referido a los principios aplicables a los requisitos exigidos al acceso y al ejercicio de cualquier actividad de servicios, estipula que tales requisitos, además de otras exigencias, han de 'estar justificados por una razón imperiosa de interés general' y han de 'ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general' (artículo 9.2.b y c).*

"*Por otra parte, el artículo 12 de la Ley –que transpone el artículo 16 de la Directiva– establece que los prestadores de servicios establecidos en cualquier otro Estado miembro pueden prestar servicios en España*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

sin más limitaciones que las establecidas de conformidad con la propia Ley (apartado 1). Seguidamente, tras prohibir de forma expresa determinadas restricciones (apartado 2), estipula en el siguiente apartado que el acceso o el ejercicio de la actividad de prestación de servicios puede ser supeditado, solo excepcionalmente, a requisitos que determine la legislación sectorial aplicable 'únicamente cuando estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección de medio ambiente; y sean, de conformidad con el artículo 5 de esta Ley, proporcionados y no discriminatorios y de forma suficientemente motivada' (apartado 3). Tales garantías, aunque dirigidas a los prestadores de servicios de otros Estados miembros de la Unión Europea, se aplican necesariamente también a los prestadores españoles establecidos en España.

"*En cuanto a las posibles limitaciones al ejercicio de la actividad de prestación de servicios están contempladas, en lo que aquí importa, en el artículo 13 de la Ley, intitulado 'excepciones a la libre prestación de servicios', que transpone el artículo 17 de la Directiva. En dicho precepto se excluye la aplicación de la prohibición de establecer restricciones a la libre prestación de servicios a determinadas materias y actividades, entre las que se cuentan la libre prestación de servicios de los abogados (apartado 2.b) y, repitiendo la dicción antes transcrita del artículo 17.6) de la Directiva, a 'las materias a que se refiere el Título II de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión'.*

"*Pues bien, con ese marco normativo* ***debemos considerar si la exigencia de una verificación obligatoria del proyecto técnico para una actuación sumamente concreta, como lo son las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios, respeta las referidas limitaciones legales al establecimiento de requisitos o restricciones de cualquier tipo para el libre acceso y ejercicio de la actividad de prestación de servicios****.*

"*En primer lugar, debemos asumir que la exigencia de que el proyecto de ICT se tenga que someter preceptivamente a una verificación privada externa constituye, sin duda, una limitación o condicionamiento al ejercicio de la prestación de servicios de telecomunicaciones. Al imponer esa obligación, un profesional, aun disponiendo de la titulación y formación técnica adecuada, no puede prestar el servicio de elaborar un proyecto técnico para una determinada instalación que sea válido por sí propio, sino que ha de someter dicha labor profesional a un requisito o condicionamiento externo.*

"*En segundo lugar hemos de determinar si dicha limitación supera los criterios contemplados tanto en la Ley como en la Directiva citadas respecto al fundamento y carácter de mínima intervención y proporcionalidad de los requisitos que pueden imponerse al libre ejercicio de una actividad de servicios. En cuanto al fundamento, no puede entenderse que la discutida verificación externa obligatoria esté justificada por una razón imperiosa de interés general (art. 9.2.b de la Ley española) –con lo que tampoco sería proporcionada a dicha razón, según requiere el apartado siguiente (9.2.c)–. En términos más concretos, el artículo 12.3 admite que el acceso o el ejercicio temporal de una actividad de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro pueda someterse excepcionalmente a requisitos establecidos por la legislación sectorial 'por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente', además de ser proporcionados, no discriminatorios y motivados.*

"*Pues bien,* ***resulta claro que la exigencia de que se trata no puede ampararse en ninguna de tales razones, tanto menos cuanto se trata de un requisito general y permanente para todos los prestadores, lo que hace todavía más evidente su falta de fundamento****. En efecto, de entre las razones previstas por el legislador, es claro que no puede considerarse que concurra la de seguridad pública, tanto por la naturaleza de las ICT, cuanto porque el propio Gobierno, en uso de la habilitación otorgada por el legislador (artículo 13 de la Ley de Colegios Profesionales –Ley 2/1974, de 13 de febrero–) no ha considerado incluir los proyectos de ICT en los trabajos profesionales necesitados de visado obligatorio (Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio), lo que supone que no ha considerado que concurra una relación de causalidad directa entre el citado trabajo profesional y la integridad física y seguridad de las personas (artículo citado de la Ley 2/1974). En este sentido, tiene razón la asociación actora cuando denuncia un fraude de ley al haberse excluido el visado obligatorio y sin embargo, introducir un requisito equivalente por medio de la exigencia de la verificación privada externa obligatoria.*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

"*Las razones anteriormente expuestas nos conducen a estimar el recurso en este punto, anulando el inciso final del párrafo quinto del artículo 9 del Real Decreto impugnado: 'debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello'.*

"*Aunque esta anulación provoca un indudable desajuste sintáctico, no se produce sin embargo ninguna inseguridad jurídica, pues siguen vigentes las restantes previsiones del párrafo, esto es, que el proyecto estará firmado por el profesional encargado por el promotor de la edificación para el diseño de la ICT y que el mismo actuará en su caso en coordinación con el autor del proyecto de edificación. Por otra parte, carece de relevancia el hecho de que quede sin objeto la remisión al párrafo suprimido por parte del apartado 3, primer párrafo, del mismo artículo 9, el cual estipula que 'se presumirá que el proyecto técnico cumple con las determinaciones establecidas en este reglamento y demás normativa aplicable, cuando haya sido verificado por una entidad que cumpla los requisitos señalados en el apartado 1 del presente artículo, siempre y cuando dicha verificación se realice siguiendo los criterios básicos establecidos mediante orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio'.*

"*Está claro que esta presunción no resulta alterada por la anulación antes señalada, si bien ahora la verificación, con tales efectos, será simplemente voluntaria. Ahora bien, como hemos indicado, al quedar suprimido el inciso anulado se pierde la referencia a los requisitos de las entidades de verificación incluidos en el mismo; sin embargo, fuera del hecho de que la remisión quede ahora sin objeto, tales requisitos están también recogidos con mucho mayor detalle en el apartado 4 del propio artículo 9 de la Ley, dedicado a las exigencias requeridas a las entidades de verificación, con lo que dicha circunstancia resulta irrelevante.*"

Sentència del Tribunal Suprem, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 5a, de 15 de novembre de 2012. JUR\2012\383449. Aprovació d'un pla general urbanístic per silenci administratiu

Antecedents

Recurs de cassació núm. 3162/2010.

Ponent: Excm. Sr. Rafael Fernández Valverde.

El Tribunal Suprem desestima el recurs de l'Administració autonòmica de Madrid en relació amb els efectes del silenci administratiu en l'àmbit de l'urbanisme. Segons el parer del Tribunal Suprem, són diferents segons que es tracti de l'obtenció d'una llicència –on sí que regeix el principi d'impossibilitat d'obtenir llicències per silenci *contra legem*– o dels relatius a l'aprovació d'instruments de planejament, on sí que és possible l'aprovació per silenci.

Extracte de doctrina

"*[…]*

"*OCTAVO.– El motivo quinto, en el que se alega la inoperatividad del silencio* contra legem *en la aprobación de planes, no siendo posible la aprobación cuando el Plan contiene determinaciones contrarias al ordenamiento jurídico, de manera análoga a su inaplicación en materia de licencias de urbanismo.*

"*Contrariamente a lo alegado por la Administración autonómica, en el ámbito del urbanismo los efectos del silencio administrativo son distintos según se trate de la obtención de licencia –en los que sí rige el principio de imposibilidad de obtener licencias por silencio* contra legem*–, de aquellos otros relativos a la aprobación de instrumentos de planeamiento, en los que sí resulta posible la aprobación por silencio.*

"*En lo que se refiere a licencias de urbanismo, la STS de esta Sala de 28 de enero de 2009 (casación en interés de la ley 45/2007) ha venido a explicar, en línea de continuidad con la jurisprudencia anterior, que tanto en el artículo 178.3 del TRLS76, como en el artículo 242.6 del TRLS92 (precepto no afectado por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 y declarado expresamente vigente en la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, LRSV), así como, más recientemente, en el artículo 8.1.b, último párrafo, del TRLS08, se ha mantenido constante, con ligeras variaciones en su formulación, la norma que impide la adquisición por silencio de licencias, facultades o derechos que sean contrarios a la legislación o al planeamiento urbanístico. Se trata, por tanto, de una determinación legal de claro raigambre en nuestro ordenamiento y cuya pervivencia obliga a considerar que en ella se alberga una excepción a la regla general del silencio positivo establecida en el artículo 43.2 de la LRJPA, según redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero.*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

"*En este sentido, la citada STS de 28 de enero de 2009 (casación en interés de la ley 45/2007) explica lo anterior en los siguientes términos:*

"*'[…] QUINTO.– También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual* los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario europeo establezca lo contrario.

"*'Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de ley o norma de derecho comunitario europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del texto refundido de la Ley del suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística […].'*

"*La continuidad de esa línea jurisprudencial es enfatizada en el Fundamento de Derecho Sexto de esa sentencia, al señalar:*

"*'[…] SEXTO.– Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogida, entre otras, en nuestras sentencias de fechas 30 de enero de 2002 (recurso de casación 9239/97), 15 de octubre de 2002 (recurso de casación 11.763/98), 17 de noviembre de 2003 (recurso de casación 11768/98), 26 de marzo de 2004 (recurso de casación 4021/01), 3 de diciembre de 2005 (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (recurso de casación 3289/03), 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9397/03), […].'*

"*Por el contrario, tratándose de planes de urbanismo, existe también una consolidada jurisprudencia que declara la operatividad del silencio positivo solo cuando se trata de aprobación del planeamiento general, o sus modificaciones o revisiones, o se trate de procedimientos iniciados a instancia de la Administración municipal con aprobación definitiva a cargo de la Administración autonómica.*

"*En ese sentido, viene al caso recoger aquí las consideraciones que se contienen en la STS de 27 de abril de 2009 (recurso de casación 11342/2004), en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, dijimos:*

"*'[…] Nuestro ordenamiento jurídico no contempla, por principio, que las disposiciones de carácter general puedan resultar aprobadas por silencio positivo. En realidad, la propia naturaleza normativa de tales disposiciones, además de la concreta regulación de los procedimientos para su elaboración y aprobación, vienen a excluir esa posibilidad de aprobación por silencio. Pero, como excepción a esa regla, la legislación urbanística ha venido admitiendo que los instrumentos de planeamiento urbanístico –cuyo carácter de disposiciones de carácter general queda reconocido en una jurisprudencia consolidada y unánime– puedan ser aprobados por silencio. Claro exponente de ello lo tenemos en los artículos 40.1 y 41.2 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, de los que esta Sala ha hecho aplicación en ocasiones anteriores, no solo a propósito de instrumentos de desarrollo sino también con relación a la aprobación por silencio de planes generales de ordenación –sirvan de muestra las sentencias de 27 de diciembre de 1995 (apelación 5436/91) y 25 de junio de 2008 (casación 4334/04). Pero la figura del silencio positivo en la aprobación de instrumentos de planeamiento se contempla también en otras normas mucho más recientes, y por ello mismo no aplicables al caso que nos ocupa, como son el artículo 11, apartados 4 y 5, de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, y el artículo 11, apartados 5 y 6, del texto refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.*

"*'Vemos así que la aprobación de toda clase de instrumentos de ordenación urbanística por silencio administrativo es una constante en nuestro ordenamiento; y es una previsión a la que, además, se atribuye de forma expresa el carácter de norma básica (disposición final primera de la Ley 8/2007 y disposición final primera del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

"'*La aprobación por silencio de los planes urbanísticos también aparecía contemplada en el artículo 114.3 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, norma que se complementaba con la contenida en el artículo 120 de ese mismo texto refundido, cuyo apartado 2 excluía sin embargo el silencio positivo, entre otros supuestos, cuando el plan contuviere determinaciones contrarias a la Ley o a planes de superior jerarquía. Pero, como hemos tenido ocasión de señalar en sentencia de 25 de junio de 2008 (casación 4334/04), la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 114 y120 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, por sentencia 61/1997, de 20 de marzo, del Tribunal Constitucional, tuvo como consecuencia la renacida vigencia de lo que disponía el texto tefundido de la Ley del Suelo de 1976, entre cuyos preceptos está su artículo 40.1, que, por remisión al artículo 41.3 del propio Texto, contempla el silencio positivo cuando no se resuelve en el plazo legalmente previsto, sin que en dicha norma se contenga prevención ni salvedad alguna acerca del silencio* contra legem.

"'*Esa regulación contenida en los artículos 40 y 41 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 –con el complemento de lo que dispone el artículo 133 del Reglamento de Planeamiento aprobado por el Real Decreto 2159/1978, al que luego nos referiremos– es la aplicable al caso; y ha continuado en vigor, al menos en lo que se refiere a planes generales, hasta que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (artículo 11.5 y 6) y el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008 (artículo 11.4 y 5) han abordado una nueva regulación del sistema de aprobación por silencio de los instrumentos de ordenación urbanística, nueva regulación esta a la que se atribuye expresamente el carácter de normativa básica y en la que, por cierto, tampoco se contiene limitación ni excepción alguna a la aprobación por silencio en caso de que el instrumento de ordenación contenga determinaciones contrarias a la ley a un plan de superior jerarquía.*

"'*Es cierto que entre la regulación del texto refundido de 1976 (artículos 40 y 41) y los preceptos de la Ley del Suelo de 2007 y del texto refundido de 2008 a los que acabamos de referirnos hubo otras aportaciones legislativas, como las introducidas por el Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre (artículos 6.3 y 7, párrafo segundo), o por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, que modificó el artículo 16 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, introduciendo en ese artículo un apartado relativo al silencio (artículo 16.3). Pero tales preceptos no son relevantes para el caso que nos ocupa pues únicamente se refieren a la aprobación por silencio de los instrumentos de desarrollo, siendo así que aquí nos encontramos ante la modificación de un Plan General.'*

"*En el Fundamento de Derecho Sexto de esa misma Sentencia, declaramos:*

"'*[…] Pues bien, en lo que se refiere a la aprobación de instrumentos de planeamiento lo que establecen los artículos 40.1 y 41.2 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 obliga a afirmar que la regla general es la del silencio positivo, coincidente, por tanto, con la que resulta del artículo 43.2 de la Ley 30/1992, según redacción dada por la Ley 4/1999. Pero, a diferencia de lo que sucede en materia de licencias, con relación a los instrumentos de planeamiento no existe la norma con rango de ley que impida su aprobación por silencio* contra legem. *No pueden invocarse a tal efecto los ya citados artículos 178.3 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 242.6 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 –ni, en el caso específico de Navarra, disposición adicional cuarta de la Ley Foral 10/1994– pues tales disposiciones se refieren a la adquisición por silencio de licencias, derechos o facultades, pero no a la aprobación de instrumentos de planeamiento por esta vía. Como hemos visto, en el mismo texto refundido de 1992 había un precepto, el artículo 120, que, en claro paralelismo con lo establecido para las licencias en el mencionado artículo 242.6, estaba específicamente encaminado a impedir que pudiese resultar aprobado por silencio un instrumento de planeamiento que fuese contrario a la ley o a planes de superior jerarquía. Pero sabemos que ese artículo 120 del texto refundido de 1992, lo mismo que el artículo 114 con el que guarda estrecha relación, fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 61/1997, de 20 de marzo.*

"'*Así las cosas, a efectos de enervar la regla general de silencio positivo tampoco puede invocarse el artículo 133 del Reglamento de Planeamiento aprobado por el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio. En primer lugar, porque se trata de una norma reglamentaria y, por tanto, insuficiente para fundamentar en ella una excepción a lo establecido en normas de rango legal en favor del silencio positivo, que, como determina el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, es el que opera* […] salvo que una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario europeo establezca lo contrario. *En segundo lugar porque, a diferencia de lo que quiso*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

establecer el fallido artículo 120 del texto refundido de 1992 –que declaraba inaplicable *el silencio tanto si el expediente no contenía los documentos requeridos como en el caso de que el Plan contuviese determinaciones contrarias a la Ley o a un plan de superior jerarquía– el citado artículo 133 del Reglamento de Planeamiento establece un régimen diferente para cada uno de esos supuestos: si el Plan no contiene los documentos y determinaciones requeridos* no habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo *(artículo 133.2); si el Plan contiene determinaciones contrarias a la Ley o a un plan de superior jerarquía* la aprobación definitiva obtenida por silencio será nula *(artículo 133.3). Fácilmente se advierte que la respuesta es bien distinta: en el primer caso, el silencio administrativo positivo, sencillamente, no opera; en el segundo, se produce la aprobación por silencio, si bien la norma señala que la aprobación así obtenida estará viciada de nulidad, con las consecuencias que ello comporta de cara a su posible impugnación.'*

"*Razones similares se indican en la posterior sentencia de 30 de septiembre de 2009 (recurso de casación 2978/2005).*

"*En el caso concreto de la regulación contenida en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, el articulo 63, al regular los plazos máximos para las aprobaciones de los planes y sentido del silencio administrativo, establece respecto del planeamiento general:*

"*'1. La aprobación definitiva de los planes generales y de los planes de sectorización, así como de sus modificaciones y revisiones, deberá resolverse en el plazo de cuatro meses a contar desde que el municipio interesado presente el expediente completo, comprensivo del proyecto de Plan y las actuaciones practicadas en el procedimiento de aprobación municipal, en el registro de la Consejería competente en materia de ordenación urbanística.*

"*'2. El mero transcurso del plazo fijado en el número anterior sin notificación de acuerdo expreso alguno determinará la aprobación definitiva, por silencio administrativo positivo, del correspondiente Plan General o Plan de Sectorización de iniciativa pública, en los mismos términos de la provisional municipal. La eficacia de la aprobación definitiva por silencio administrativo, que solo podrá hacerse valer por el municipio interesado, quedará condicionada a su publicación por este en la forma determinada por esta Ley […].'*

"*Distinto es, en cambio, el sentido del silencio cuando se trata de instrumentos de planeamiento promovidos por particulares, pues existe también una consolidada jurisprudencia de que en tales supuestos el silencio tiene carácter negativo.*

"*Es el caso de la STS de 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación 5088/2005) en la que se declara que no cabe considerar aprobado por silencio positivo un estudio de detalle (último peldaño de los instrumentos de ordenación urbanística) presentado ante el Ayuntamiento por una entidad mercantil y, más en concreto, el supuesto a que se refiere la STS de 17 de noviembre de 2010 (recurso de casación 1473/2006) en la que explicamos la diferencia de régimen del silencio en la aprobación de planes según sean promovidos por la Administración o particulares en los siguientes términos:*

"*'Desde esa clara diferencia entre la ordenación urbanística, como servicio público, y la edificación, como derecho del propietario, negamos en esta Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación 5088/2005) la posibilidad de considerar aprobado por silencio positivo un estudio de detalle promovido por un particular, porque el repetido artículo 43.2 de la Ley 30/1992, redactado por la Ley 4/1999, exceptúa de la regla general del silencio administrativo positivo los procedimientos cuya estimación conlleve la transferencia al solicitante de facultades relativas al servicio público, cual es la de urbanizar derivada de la aprobación de un instrumento de ordenación, mientras que en los supuestos resueltos por las otras dos sentencias anteriores se trataba de una administración urbanística, precisamente un ayuntamiento, que presentó la modificación de un plan general ante la Administración autonómica competente para aprobarlo definitivamente, sin que esta hubiese resuelto en plazo, por lo que declaramos aprobada por silencio positivo la referida modificación del Plan General, ya que tal aprobación por silencio no viene exceptuada de la regla general contenida en el artículo 43, inciso primero, de la Ley 30/1992, pues el Ayuntamiento es una administración pública territorial que ostenta originariamente la potestad de urbanizar, de manera que no hay que transferirle facultadas relativas a ese servicio público.*

"*'[…] La tesis mantenida por esta Sala y Sección del Tribunal Supremo es la que el legislador había incorporado, antes de ser pronunciadas las tres sentencias, al ordenamiento estatal del suelo en los apartados 4 y 5 del artículo 11 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, reco-*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

gida en el artículo 11.5 y 6 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y, aunque estos textos legales no fuesen aplicables por razones temporales a los casos resueltos por las tres comentadas sentencias, resultan claramente orientadores respecto del diferente tratamiento legal a las Administraciones Públicas y a los particulares en relación con la aprobación por silencio positivo de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

" '[…] Los artículos 11.4 y 5 de la nueva Ley 8/2007 y 11.5 y 6 del texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, distinguen primero cuando la iniciativa está abierta a los particulares o cuando se inicia de oficio por una administración diferente de la que debe aprobarlo, y contemplan después en aquel caso tanto los instrumentos de ordenación como los de ejecución y en el otro cualquier instrumento de ordenación y no solo el planeamiento urbanístico de desarrollo.

" 'Si es una administración pública competente para instruir y elaborar un instrumento de ordenación urbanística quien lo presenta para su aprobación ante la Administración que ha de aprobarlo definitivamente, el planeamiento se entiende aprobado por silencio positivo en el plazo que, al efecto, señale la legislación urbanística.

" 'Por consiguiente, cabe afirmar que la regla es el silencio positivo cuando es una administración la que inicia de oficio la tramitación o elaboración de cualquier instrumento de ordenación y a otra le corresponde aprobarlo definitivamente.

" 'El plazo para entender definitivamente aprobado el planeamiento al efecto presentado será el fijado en la legislación urbanística autonómica.' "

Sentència del Tribunal Suprem, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4a, de 7 de novembre de 2012. JUR\2012\377735. Legalitat de l'Ordenança de neteja dels espais públics i de gestió dels residus

Antecedents

Recurs de cassació núm. 5582/2010.

Ponent: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí.

El Tribunal Suprem estableix les diferències entre la imposició d'una obligació de neteja viària i el desenvolupament del deure de col·laboració dels ciutadans, en ocasió de l'Ordenança de neteja dels espais públics i de gestió dels residus, aprovada pel Ple de l'Ajuntament de Madrid en la sessió ordinària de data 27 de febrer de 2009.

Extracte de doctrina

" […]

" QUINTO.– En relación con el artículo 10 de la Ordenanza Municipal citada, considera la parte recurrente que la sentencia al anular el precepto vulnera determinados preceptos de la Ley del Suelo, y artículo 45 de la Constitución, el artículo 18.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, la Ley 10/1998 de Residuos, y otras normas. Trata de fundamentar que no nos encontramos ante una imposición de obligación de limpieza viaria sino ante el desarrollo del deber de colaboración de los ciudadanos que ya constituía una práctica anterior y que entronca con el deber de conservación del medio ambiente y el suelo como recurso natural.

" Dispone el artículo 10 de la Ordenanza:

" 'Sin perjuicio de las competencias municipales en materia de limpieza, se establece el deber de colaboración de la ciudadanía en los siguientes supuestos:

" '1. La limpieza de las aceras en una anchura mínima de dos (2) metros. Si la acera es de mayor ancho, en la franja más próxima a la fachada y en longitud, se prestará por:

" 'a) Quienes habiten en el edificio en el caso de las aceras correspondientes a sus fachadas, con independencia de cual sea la función o destino de la edificación.

" 'b) Quienes desarrollen la actividad, cuando se trate de comercios o tiendas situadas en la planta baja o que tengan acceso directo desde la vía pública, y en proporción a la parte de acera situada en su frente.

" 'c) La Administración o ente que ostente la titularidad, cuando se trate de aceras correspondientes a edificios públicos.

" 'd) La propiedad, en el caso de aceras correspondientes a solares sin edificar.

" 'Los residuos obtenidos de la limpieza a que se refiere este apartado serán depositados en los recipientes que el Ayuntamiento pone a disposición de la vecindad para la recogida de la fracción correspondiente, estando totalmente prohibido dejarlos directamente en la vía pública o en cualquier otro tipo de recipiente.

"'2. En caso de nevada, quienes habiten en fincas urbanas y quienes tengan a su cargo la limpieza de edificios públicos y establecimientos de toda índole, colaborarán en la limpieza de hielo y nieve de las aceras en la longitud correspondiente a su fachada, y en una anchura mínima de dos metros, si la acera es de mayor ancho, depositando la nieve o hielo recogido a lo largo del borde de la acera.'

"En el escrito de contestación a la demanda el Ayuntamiento de Madrid sustentó la pretensión de legalidad del precepto en las competencias del municipio recogidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, artículos 25.2 y 26.1 a), y en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, artículo 9.1. No se alegaron otros preceptos ni leyes para defender la legalidad de este precepto de la Ordenanza.

"No hay duda alguna que la sentencia de instancia ha recogido la verdadera naturaleza del precepto; es decir, la imposición de una obligación en su categoría de prestación de carácter personal, al recoger la expresión 'se prestará por […]' y con las precisiones de quien lo realizará –sujetos obligados– y con qué alcance se realizará –extensión y contenido del deber–. No cabe interpretar la misma como mantiene la recurrente como la integración de un deber de colaboración que no contiene nota alguna de voluntariedad, sino de actividad coactiva y exigible para aquellos que vivan o desempeñen actividades o servicios en aceras de unas determinadas características recogidas en el precepto. No hay infracción alguna de los preceptos que cita la recurrente y que sí fueron recogidos en el escrito de contestación a la demanda y referenciados por la sentencia, puesto que no estamos ante una llamada a la colaboración ciudadana, en forma de participación voluntaria, sino ante una verdadera obligación –acción–, cuya omisión puede integrar un tipo infractor concreto susceptible de ser sancionado. La redacción del precepto efectivamente vulnera el artículo 31.3 de la Constitución.

"Atendiendo al artículo 9 de la propia Ordenanza que se intitula 'Cumplimiento de obligaciones' y cuyo contenido es 'Todas las personas físicas y jurídicas están obligadas al cumplimiento de las disposiciones del presente Título y las que en materia de limpieza general y mantenimiento del ornato público, apruebe en cualquier momento el Ayuntamiento en el ejercicio de sus facultades' se observa que el precepto analizado adquiere los tintes de obligatoriedad para todas las personas físicas y jurídicas afectadas por quedar dentro del ámbito subjetivo de la prescripción normativa. Ello además, puesto en relación con el Título VI, Capítulo 2.º de la Ordenanza, en cuanto a la graduación de las infracciones y determinación de las sanciones correspondientes determina la existencia y reconocimiento para la Administración local de la potestad de sancionar. Así se dispone en el artículo 86.3 de la Ordenanza:

"'Artículo 86. Infracciones leves:

"'Se considerarán infracciones leves:

"'3. El incumplimiento de cualquier obligación establecida en los títulos I al IV de la presente Ordenanza o la omisión de los actos a que obliga, siempre que no estén considerados como infracciones graves o muy graves en los artículos 87 y 88.'

"Recordemos que, por tanto, si acudimos ante las previsiones del artículo 129 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común: 'Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local', observamos que concurren todos los elementos que determinan que nos encontremos ante una obligación de carácter personal, que la Administración pretende imponer a los administrados, y tipificando la misma, recoge la sanción a imponer en caso que no se observe la misma. Ello determina sin lugar a duda, que no podamos considerar la misma como deber de colaboración voluntaria entendida como 'trabajo conjunto' y voluntario, sino que la Administración ejerce su potestas *e impone la misma a los administrados determinados.*

"Además de lo anterior, también debe precisarse que la conducta impuesta supone vaciar de contenido la competencia municipal sobre la limpieza y recogida de residuos al trasladar al administrado el deber concreto de limpiar, recoger y depositar los residuos que se encuentran en las vías públicas. Con lo cual el mandato prevenido en el artículo 25.2 l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, 4.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, y queda sin contenido en aquellos casos en que las aceras cumplan determinadas características para pasar a imponerse a los residentes y personas jurídicas empresarias de esa zona en concreto. Incluso la propia Ordenanza en su artículo 3 recoge la competencia del municipio para la limpieza de las vías y espacios públicos y el artículo 26 la competencia del Ayuntamiento en el servi-

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

cio de recogida y transporte de residuos urbanos prestado por el Servicio Municipal con la frecuencia y horarios adecuados. Por otra parte, el artículo 25 de la Ordenanza recoge la consideración como 'residuo general' aquel que proviene de la limpieza viaria. Al no integrar, por tanto, esta conducta, 'colaboración voluntaria' de los ciudadanos del municipio no cabe entender vulnerado el artículo 18.1 b) de la citada Ley 7/1985, ni por conexión el artículo 226 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

"*Por último, para acabar con el examen de este artículo, la parte recurrente cita, al igual que hizo en el escrito de contestación, el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, para fundamentar la procedencia en derecho de este precepto. El artículo 9 de la citada norma se titula 'Contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes y cargas' y de su redactado en modo alguno se infiere que las aceras públicas, pertenecientes al dominio público local –artículo 79.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, artículos 2 y 3 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales–, queden dentro de los derechos, facultades, deberes, cargas del derecho de propiedad privada, y de la función social que ha de cumplir, según nace del artículo 33 de nuestra Constitución. No existe vulneración alguna del artículo 9 Real Decreto Legislativo 2/2008 puesto que no existe relación alguna.*

"*SEXTO.– En el subapartado segundo del único motivo articulado analiza la recurrente la anulación del artículo 76 de la Ordenanza, cuyo contenido es el siguiente:*

"*'De conformidad con la legislación vigente, el personal al que se hace referencia en el artículo anterior, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, tendrá la condición de agentes de la autoridad, estando facultados para acceder sin previo aviso, identificados mediante la correspondiente acreditación, a las instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en esta Ordenanza. Estarán asimismo facultados para inspeccionar el contenido de las bolsas de basura o demás contenedores de residuos.'*

"*La sentencia de instancia considera que este precepto es nulo por cuanto infringe derechos fundamentales de la persona en cuanto potenciales reveladores de aspectos inequívocos de su vida privada, y, por tanto, que pueden afectar a su derecho al Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen, protegidos por la Ley 1/1982, de 5 de mayo y por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, en un momento en el que todavía se encuentran en la esfera de exclusión de terceros así como por la falta de concreción respecto a los lugares en los que se pueden realizar esas inspecciones por parte del personal inspector.*

"*El artículo 75 de la Ordenanza precisa quién será este personal, que con las prerrogativas de agente de la autoridad puede realizar tales inspecciones en las 'instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en esta Ordenanza'.*

"*La Ordenanza no recoge una definición concreta de los lugares o instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en la Ordenanza, siendo que la misma obliga, según lo previsto en el artículo 31.2.º a: 'depositar dichos residuos (urbanos generales) separadamente en recipientes específicos suministrados por el Ayuntamiento.' Y desde ese momento, desde la entrega en debida forma –'en las fracciones y condiciones exigidas en la presente Ordenanza' (artículo 27.1)– la Administración adquiere el poder de disposición sobre los mismos a los efectos de llevar a cabo las actividades propias del Servicio Público (valorización, selección, reciclado, eliminación, en definitiva la gestión).*

"*Según la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, vigente hasta el 30 de junio de 2001, recoge diversas definiciones a los efectos de la Ley y, son reproducidas también en la Ley autonómica 5/2003, de 20 de marzo, así como también en la Ordenanza impugnada, en el artículo 24 y 25. Cada una de estas definiciones será relevante a los efectos de configurar un régimen jurídico respecto a cada tipo de sujeto poseedor/productor/gestor y con respecto a cada variable de residuo (vidrio, papel y cartón, residuos sanitarios, etc.). Es procedente, acudir a la definición de 'instalaciones' que realiza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a los efectos de poder ver si con ella se concreta el precepto. Así, el término 'instalaciones' se define como: 'Acción o efecto de instalar o instalarse. Conjunto de cosas instaladas'. El verbo 'instalar', seguidamente, como: '3.– Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar, como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos de luz, etc.'. A partir de esta definición, se determina con claridad que la inspección no se realiza en cualquier lugar sino en aquellos de libre acceso en los que*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

exclusivamente se realizan actividades recogidas y relacionadas en la Ordenanza, como son el depósito, almacenaje, distribución y separación selectiva, etc. Por tanto, no se produce la vulneración e inconcreción que mantiene la sentencia porque exclusivamente esas 'instalaciones', lugares, son los que podrán ser inspeccionados por los funcionarios agentes de autoridad. No existe colisión con otros lugares cuyo acceso pudiera hacerse depender del consentimiento del titular por estar protegido constitucionalmente.

"*Y es, no cabe duda que las 'instalaciones en las que se desarrolle la actividad' reguladas en esta Ordenanza es un concepto que es fundamental y que otorgará legitimidad/autoridad para el ejercicio de la potestad de inspección y apertura de bolsas de basura u otro tipo de recipientes. Dependerá, por ejemplo, si el edificio es de nueva construcción, en los que según la Ordenanza, artículo 39, deberá disponerse de un local destinado al almacenamiento de los contenedores normalizados; asimismo, dependerá del tipo de residuo (por ejemplo vidrio, que según el artículo 38 deberá depositarse en grandes contenedores en la vía pública). Es decir, la Ordenanza concreta, con el vocablo 'instalaciones', tal y como hemos definido, cómo y dónde se va a realizar la inspección de los lugares en los que se realicen las actividades que recoge la Ordenanza y, sin perjuicio de un desarrollo posterior respecto de este término al amparo de las especificidades de determinados residuos que pudieran determinar nuevas obligaciones de depósito y almacenaje que la comunidad hubiera de asumir.*

"*Ha lugar al recurso de casación y se casa la sentencia de instancia en relación a la declaración de nulidad del artículo 76 de la Ordenanza, se desestima el recurso contencioso-administrativo en relación al mismo y se declara conforme a derecho.*

"*SEPTIMO.– Por último, debe tratarse el tercer precepto anulado por la sentencia de instancia, artículo 78.3.º de la Ordenanza Municipal, bajo el epígrafe 'sujetos responsables', cuyo contenido es el siguiente:*

"*'3. Cuando se trate de obligaciones colectivas, tales como uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados, limpieza de zonas comunes, la responsabilidad será atribuida a la respectiva comunidad de propietarios o habitantes del inmueble cuando aquella no esté constituida, y, al efecto, las denuncias se formularán contra la misma o, en su caso, la persona que ostente su representación.'*

"*La sentencia de instancia anula el precepto al considerar:*

"*'Por último resta por analizar si el artículo 78.3.º de la Ordenanza que hemos trascrito más arriba realiza una innovación legislativa al proponer una nueva clase de obligaciones, las colectivas, no previstas en el Código Civil. Que no debe confundirse el hecho de que la comunidad de vecinos sea titular de obligaciones y derechos comunes, con el hecho de que porque uno de sus vecinos sea infractor pueda sancionarse a toda la comunidad de vecinos.*

"*'El párrafo 3.º es contrario al artículo 130 de la Ley 30/1992 que señala que* 1. Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.

"*'El respeto al principio de culpabilidad exige que solamente las personas físicas o jurídicas puedan ser responsables de las infracciones, por lo que procede la anulación de dicho párrafo.'*

"*Con respecto a este precepto cabe anticipar un pronunciamiento estimatorio del recurso y, mediante una interpretación sistemática del mismo, declarar el mismo conforme a derecho, al no vulnerar el principio de culpabilidad.*

"*En primer lugar, debe ponerse el acento en que la responsabilidad que atribuye el precepto 'a la respectiva comunidad de propietarios o habitantes del inmueble cuando aquella no estuviere constituida', lo es exclusivamente cuando se trate de obligaciones colectivas. Entra, por tanto, en el debate, qué se considera obligaciones colectivas. La respuesta la otorga el propio precepto al recogerlas expresamente, y son: 'uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados' y 'limpieza de zonas comunes'. A ellas nos referiremos.*

"*a.– Con referencia a la primera conducta a analizar, relativa al uso limpieza y conservación de los recipientes normalizados, que recoge el artículo 78.3 de la OLGR.*

"*En primer lugar, cabe destacar que esta conducta va referida a los 'recipientes normalizados' en cuanto a aquellos contenedores normalizados –artículo 31 OLGR– que el Ayuntamiento entrega para el depósito de residuos urbanos a las entidades usuarias del servicio y que estas deben custodiar y dar el uso efectivo, sacándolos a la vía pública en la hora y lugar indicados –artículos 32, 33, 34 y 35 OLGR– y respecto de los que*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

el Ayuntamiento ostenta la titularidad municipal y con destino exclusivo de depósito de residuos para la posterior recogida de los mismos.

"Con respecto al uso de estos contenedores normalizados el artículo 33 OLGR dispone:

"'Artículo 33. Normas de uso de los recipientes normalizados

"'1. Los recipientes normalizados que entrega el Ayuntamiento para el depósito de residuos urbanos son de titularidad municipal, debiendo utilizarse exclusivamente para el depósito de dichos residuos generados en el término municipal de Madrid, y en ningún caso podrán ser trasladados fuera del mismo.

"'En caso de cese de actividad, la entidad usuaria de los recipientes está obligada a comunicar dicha circunstancia al servicio municipal competente, con objeto de que procedan a su retirada.

"'2. Las personas físicas o jurídicas usuarias están obligadas a presentar los residuos de envases ligeros y restos en bolsas diferentes y cerradas, debiendo depositarlas en sus correspondientes recipientes diferenciados por el color: bolsas con residuos de envases ligeros en el cubo o contenedor amarillo y residuos de restos en el cubo o contenedor de tapa naranja.

"'Estas bolsas deberán ser de plástico o de cualquier otro material con la suficiente resistencia para el cierre, contención y aislamiento íntegro de su contenido.

"'Asimismo, tienen la obligación de depositar el vidrio, el papel, los cartones y los embalajes debidamente plegados en el interior de sus respectivos recipientes homologados.

"'3. Se prohíbe el depósito de residuos a granel, así como de residuos que contengan líquidos o sean susceptibles de licuarse en los recipientes suministrados por el Ayuntamiento de Madrid.

"'4. Se prohíbe depositar los residuos domiciliarios en papeleras o cualquier elemento similar.

"'5. Si como consecuencia de una deficiente presentación de los residuos se produjeran vertidos en los espacios públicos, la persona o entidad causante será la responsable de la suciedad ocasionada.

"'6. Queda prohibido manipular o extraer residuos de los recipientes de recogida de residuos.

"'7. Se prohíbe cambiar la ubicación de los recipientes de recogida de residuos fijados por el servicio municipal, así como producir daños en el mobiliario urbano relacionado con la recogida de residuos.

"'8. Se prohíbe abandonar, depositar, verter o eliminar residuos en espacios públicos de forma incontrolada, así como los derivados del consumo privado.'

"En lo que se refiere a la conservación y limpieza de los recipientes normalizados, el artículo 34 de la Ordenanza dispone:

"'Artículo 34. Conservación y limpieza de los recipientes normalizados

"'Las operaciones de conservación y limpieza que, en su caso, exijan los recipientes serán de cuenta de la comunidad de propietarios o de quiénes habiten el inmueble, cuando aquella no esté constituida, cuando se trate de edificios destinados a vivienda. Cuando sean edificios públicos o establecimientos comerciales, será responsabilidad de la propiedad, debiendo unos y otros, en cada caso, determinar el personal que haya de realizar tal cometido, sin perjuicio de las acciones que, a los mismos efectos, realicen los Servicios Municipales.'

"La Sala de instancia ha anulado el precepto partiendo de la interpretación que el artículo 33 OLGR recoge obligaciones colectivas pero de su contenido no se trasluce lo anterior. El artículo 33.2, 33.3 y 33.4 OLGR se refiere a obligaciones individuales de los comuneros, mientras que el artículo 78.3 se refiere a obligaciones colectivas. Estas obligaciones colectivas hay que referirlas al uso, conservación y limpieza de los contenedores normalizados a disposición de cada Comunidad en el habitáculo o instalación habilitada para ello, y que se refieren al uso consustancial a esa actividad, que comprende a título enunciativo, sacarlos a la vía pública en el momento y lugar determinados, mantenerlos en condiciones aptas para su fin, recogerlos en el tiempo previsto tras la recogida, etc. No cabe referir el artículo 78.3 al uso de cada uno de los comuneros en cuanto al cumplimiento de las previsiones y normas previstas para la selección y depósito de los residuos urbanos –artículo 33.2, 33. 3 y 33.4 OLGR, ya que en tal caso sí cabría plantearse la posible colisión con el principio de culpabilidad y responsabilidad previsto en el artículo 130.1.3 de la Ley 30/1992, al atribuirse la misma a la comunidad de propietarios por acciones u omisiones de los comuneros. Pero este debate no se suscita si referimos al citado artículo 78.3 OLGR al incumplimiento de específicos deberes impuestos a la comunidad de propietarios con independencia de los que corresponden a los diferentes copropietarios.

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local

"*Interpretando así el precepto 78.3 no puede recibir reproche alguno de legalidad que motive su expulsión de la Ordenanza porque se refiere y recoge una cláusula de atribución de responsabilidad sobre conductas u omisiones propias de la comunidad de propietarios recogidas en la misma. No existe, así por tanto, vulneración del principio de culpabilidad, artículo 130.1 párrafo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al configurarse la misma sobre deberes que asume la comunidad de propietarios o habitantes del inmueble en caso de no constituirse.*

"*b.– En segundo lugar, el precepto 78.3.º de la Ordenanza atribuye responsabilidad directa a la comunidad de propietarios o habitantes del inmueble en caso de no estar constituida la comunidad para la concreta actuación de 'limpieza de zonas comunes'. No existe duda alguna que en caso de incumplimiento de esta conducta es la comunidad de propietarios quien debe responder de tal incumplimiento, según lo previsto en la Ley 49/1960, de 21 de Julio de Propiedad Horizontal.*

"*El Ayuntamiento de Madrid, según los preceptos ya citados, artículo 25.2 l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, artículo 4.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, artículos 5.1 y 2 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Residuos de la Comunidad de Madrid, ostenta la competencia en materia de recogida, trasporte, selección, valorización, y, en su caso, eliminación de los residuos urbanos municipales.*

"*El artículo 3.1 de la OLGR dispone: 'Competencias locales.– El Ayuntamiento de Madrid es competente para la limpieza de las vías y espacios públicos y para la gestión y el tratamiento de los residuos urbanos o municipales generados y depositados en el municipio en la forma en que se establece en la presente Ordenanza y en los términos previstos en la legislación de residuos estatal y autonómica y en la legislación de régimen local'.*

"*El artículo 8 recoge: 'Definición de espacio público.– 1. A los efectos de esta Ordenanza se consideran espacios públicos los espacios de dominio y uso público destinados a posibilitar el movimiento de los peatones, vehículos o medios de transporte colectivos de superficie, habituales en las áreas urbanas, así como la estancia de peatones o el estacionamiento de vehículos en dichos espacios.*

"*'2. También tendrá la consideración de espacio público a efectos de limpieza, conservación y mantenimiento las demás zonas cuya conservación y policía sean de titularidad y competencia municipales, incluidos los parques, ámbitos ajardinados, jardines y demás zonas verdes'.*

"*El artículo 11 dispone: 'Limpieza de zonas particulares.– 1. La limpieza de las calles, aceras, pasajes, patios interiores de manzana, superficies ajardinadas y demás zonas comunes de dominio particular deberá llevarse a cabo por la propiedad, de acuerdo con los estándares de calidad establecidos por el Ayuntamiento para el espacio público.*

"*'2. Cuando dichos niveles no sean alcanzados, el Ayuntamiento, previa orden a la propiedad, si esta no fuese atendida, podrá realizar la limpieza de esas zonas por ejecución sustitutoria.*

"*'El coste que se derive de dicha actuación en sustitución del obligado será de cargo de este, independientemente de las sanciones que, en su caso, procedan'.*

"*El Ayuntamiento estará habilitado, en uso de sus competencias, para iniciar expediente sancionador contra la comunidad de propietarios así como adopción de medidas cautelares, de restauración o ejecución subsidiaria en aquellos supuestos en los que la limpieza de las zonas comunes de la Comunidad afecte a los espacios públicos tal y como resulta definido en el artículo 8 de la Ordenanza y, teniendo en cuenta que según el artículo 11 de la citada se refiere a zonas particulares pero que afectan o son espacio público.*

"*Ha lugar al recurso de casación respecto al precepto 78.3.º de la Ordenanza y casando la de instancia, se declara conforme a derecho el mismo conforme a la interpretación que se ha expuesto relativa al 'uso' de los recipientes normalizados.*" ■

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 31, febrer de 2013, p. 119-137
Fundació Democràcia i Govern Local