
La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de régimen local*

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Magistrado del Tribunal Supremo

1. **Introducción: la contribución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo a la idea de gobernanza local**
2. **La participación activa de los ciudadanos en la toma de decisiones del Gobierno local: STS de 15 de noviembre de 2012 (RCA 546/2010)**
3. **La sujeción de los Gobiernos locales al principio de legalidad constitucional: STS de 14 de febrero de 2013 (RC 4118/2011)**
4. **La legitimidad del Gobierno local con fundamento en el ejercicio de sus competencias al servicio de los intereses de la colectividad local: STS de 11 de febrero de 2013 (RC 4490/2007)**
5. **Los deberes de cooperación y colaboración con la Administración del Estado y con la Comunidad Autónoma: A) STS de 12 de diciembre de 2012 (RC 1585/2010); B) STS de 4 de diciembre de 2012 (RC 4983/2011)**
6. **La responsabilidad del Gobierno local en la financiación de sus actividades: A) STS de 10 de diciembre de 2012 (RC 1807/2010); B) STS de 11 de marzo de 2013 (RC 6826/2009)**
7. **Epílogo: apuntes críticos sobre la sostenibilidad del Gobierno local**

Resumen

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha formulado una serie de directrices jurisprudenciales, que han contribuido a hacer aflorar la idea de gobernanza local como paradigma de actuación de los Gobiernos locales.

El desarrollo de la participación inclusiva de los ciudadanos en la toma de decisiones del Gobierno local, la estricta sujeción de los Ayuntamientos al principio de legalidad y la gestión responsable de las competencias municipales al servicio de los intereses de la colectividad local, nutren la institucionalización del buen gobierno local.

Palabras clave: *Tribunal Supremo; gobernanza local; participación ciudadana; legitimidad democrática del Gobierno local.*

* Ponencia presentada en el séptimo seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda 2013*, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 12 de julio de 2013.

The case-law of the Spanish Supreme Court on local law

Abstract

The Administrative-Contentious Chamber of the Spanish Supreme Court contains several directives in its case-law that have contributed to the emergence of the notion of local governance as a paradigm of the action of local governments.

The institutionalization of the good local government is based on the following elements: the development of the inclusive participation of citizens in the decision-making processes; the strict adherence of municipalities to the rule of law; and the responsible management of the municipal competences which should serve the interests of the local community.

Keywords: *Spanish Supreme Court; local governance; citizens' participation; democratic legitimacy of local governments.*

1. Introducción: la contribución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo a la idea de gobernanza local

La idea de gobernanza local alude a una concepción integral del desarrollo institucional del gobierno local requerido para potenciar las competencias, capacidades y responsabilidad política de los electos locales en la gestión municipal, y para impulsar las legítimas aspiraciones de participación de los ciudadanos en la vida pública, así como para satisfacer plenamente las necesidades socio-económicas de la colectividad local, mediante una adecuada prestación de los servicios públicos de interés general.

La gobernanza local evoca una determinada forma de gobierno local, que se sustenta en la pretensión de lograr un equilibrio armónico entre el poder público, la sociedad civil y los agentes económicos, que favorezca el desarrollo político, económico y social de todos los habitantes del municipio.

La introducción de los postulados y paradigmas inscritos en las nociones de "democracia participativa", "democracia informada", "democracia territorializada" y "democracia vigilante", en la configuración, organización y funcionamiento de los Ayuntamientos, es la base que conforma el sustrato ideológico de la "gobernanza local", que aspira a transformar las estructuras del Gobierno local y movilizar la colectividad local para consolidar un espacio público colectivo regido por los valores de libertad e igualdad.

La gobernanza local constituye un factor básico de legitimación política y social del Gobierno local, porque, como ha puesto de relieve el profesor Luciano Parejo Alfonso, cabe resaltar la importancia de la Ad-

ministración local para la realización del principio democrático en que se fundamenta la acción institucional del Estado como un todo, orientada a promover el pluralismo político y la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (*vid.* PAREJO ALFONSO, Luciano, "Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio de 2012, págs. 9 y ss.).

Uno de los principios fundamentales que sostienen un sistema de gobernanza inteligente de las instituciones públicas en el siglo XXI es, según advierten Nicolás Berggruen y Nathan Gardens, el principio de distribución del poder político, que implica la necesidad de delegar las funciones de autoridad en estructuras de gobierno y de gestión de los asuntos públicos más participativas, transparentes, eficientes y responsables.

En este sentido, los representantes políticos están obligados a diseñar un sistema sostenible de "buena gobernanza local", que persiga el interés general de la colectividad, proteja al Gobierno local de "las influencias ilegítimas de los grupos de presión", y evite las pulsiones políticas de signo populista.

Las sentencias del Tribunal Supremo que analizamos, dictadas en materia de régimen local en el periodo de julio de 2012 a junio de 2013, han reforzado la idea de gobernanza local como criterio expansivo de interpretación y aplicación de las leyes que disciplinan el régimen local, lo que ha supuesto un control más estricto de la actuación de los Gobiernos y poderes locales.

El Tribunal Supremo ha formulado una serie de directrices jurisprudenciales que evidencian la exigencia de sujeción de los Gobiernos locales al principio de le-

galidad constitucional, sancionando con la declaración de nulidad aquellas actuaciones administrativas de los Ayuntamientos que se caracterizan por exceso, abuso o desviación de poder.

La participación de los ciudadanos en la toma de decisiones del Gobierno local, la sujeción de los Ayuntamientos al principio de legalidad constitucional, que incluye la prohibición de vulnerar los derechos fundamentales y libertades públicas, la legitimidad del Gobierno local con fundamento en el ejercicio de sus competencias al servicio de los intereses de la colectividad local, los deberes de cooperación y colaboración del poder local con la Administración del Estado y con la Administración de la Comunidad Autónoma para hacer más eficiente la prestación de los servicios públicos locales de interés general, son algunas de las directrices jurisprudenciales que afloran en las sentencias que examinamos, que demuestran el compromiso del Tribunal Supremo con la idea de "gobernanza local".

2. La participación activa de los ciudadanos en la toma de decisiones del Gobierno local: STS de 15 de noviembre de 2012 (RCA 546/2010)

La gobernanza de los Ayuntamientos conforme al principio democrático exige que el Gobierno local esté integrado por representantes elegidos por sus ciudadanos, y que estos puedan participar activamente en la gestión de los asuntos públicos que afectan a la colectividad local.

Las Corporaciones locales se caracterizan como entes representativos de sus respectivas comunidades, lo que requiere que el funcionamiento de los órganos municipales sea plenamente acorde con los paradigmas de buena administración, legitimidad democrática, participación, transparencia y eficiencia, con el objetivo de asegurar que las decisiones del Gobierno local susciten un amplio consenso social por fundarse en la promoción del interés general.

La participación de los ciudadanos en los asuntos públicos de carácter local es un elemento esencial de la configuración y articulación de la democracia local. La participación ciudadana constituye un derecho fundamental reconocido en el artículo 23 de la Constitución, cuya materialización exige la institucionalización en la vida local de procedimientos de deliberación y consulta, que permitan incorporar el resultado de los debates cívicos a las decisiones del Gobierno local.

El profesor Miguel Sánchez Morón exponía ya en 1996 que la gobernabilidad de los Gobiernos locales interesaba a la capacidad para dirigir la Administración local, mediante la adopción de las decisiones oportunas, y también a la controlabilidad de la gestión de quienes tienen la responsabilidad de gobernar. Destacaba este autor la necesidad de que la legislación y la práctica política local garanticen los derechos de las minorías para ejercer su función propia de control y proposición de alternativas, con el fin de asegurar la identificación de las Corporaciones locales como entes representativos de sus respectivas comunidades (*vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "El sistema político local tras las elecciones de 1995: perspectivas de gobernabilidad y funcionamiento de los Ayuntamientos", Anuario del Gobierno Local 1996, Diputación de Barcelona y Marcial Pons, 1996, págs. 185 y ss.*).

La participación ciudadana en los procesos de adopción de decisiones públicas no supone transferir la responsabilidad de los electos locales a los vecinos, sino tratar de incorporar el resultado de las deliberaciones ciudadanas a las políticas públicas que desarrolle el Gobierno local, impulsando un modelo de codecisión (*vid. NAVARRO GÓMEZ, Carmen y CRIADO GRANDE, Juan Ignacio, "Estudiar las democracias locales desde la perspectiva de los concejales. Democracia y actores políticos en los Ayuntamientos españoles", Cuadernos de Derecho Local, núm. 27, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2011, págs. 20 y ss.*).

La participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos locales se caracteriza, además, como una "garantía procedimental", que favorece y refuerza la objetividad y el acierto de la decisión adoptada.

En este sentido, la participación de los ciudadanos en los procedimientos administrativos en el ámbito local responde a una dimensión garantista, en cuanto contribuye a la racionalidad, objetividad y acierto de la decisión adoptada, pero también es un factor de potenciación del principio democrático, que favorece la legitimación social de la actuación administrativa (*vid. PONCE SOLÉ, Juli, Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 311 y ss.*).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de noviembre de 2012, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Castro Urdiales contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 17 de septiembre de 2010, por el que se deniega al referido Ayuntamiento la autorización para celebrar una con-

sulta popular relativa a la construcción de un puerto deportivo en dicho municipio, reconociendo la pretensión formulada de convocatoria y celebración de la consulta, es exponente del compromiso del Alto Tribunal con una interpretación del ordenamiento regulador del régimen local conforme al principio constitucional de democracia local, cuyo enunciado se infiere de los artículos 1.1, 23, 137 y 140 de la Constitución.

El Tribunal Supremo fundamenta su decisión de anular el Acuerdo del Consejo de Ministros, que denegó la autorización para la celebración de una consulta popular, con base en los siguientes argumentos jurídicos:

“[...] El recurso contencioso-administrativo interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CASTRO-URDIALES debe ser estimado, pues consideramos que procede declarar la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2010, ya que se sustenta en una interpretación excesivamente restrictiva del artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, desvinculada de lo dispuesto en los artículos 23, 137 y 140 de la Constitución, en cuanto que estimamos que identifica indebidamente el concepto de ‘asuntos de la competencia propia municipal’, a que alude dicha disposición legal, con ‘asuntos de la competencia exclusiva del municipio’, excluyendo aquellos asuntos en que por atribución de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local o de la legislación sectorial del Estado o de las Comunidades Autónomas, los municipios ejercen competencias relacionadas con la ordenación del espacio físico de su territorio de forma concurrente con otras Administraciones Públicas.

“Al respecto, cabe referir que el Tribunal Constitucional en la sentencia 40/1998, de 14 de febrero, enjuiciando la constitucionalidad de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado, ha subrayado que ‘el constituyente ha previsto la coexistencia de títulos competenciales con incidencia en un mismo espacio físico’, de aquí que ‘venga reiterando que la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siendo esta convergencia posible cuanto, incidiendo sobre el mismo espacio físico, dichas competencias tienen distinto objeto jurídico’.

“En esta misma sentencia constitucional se afirma, en relación con la delimitación de la competencia exclusiva del Estado en materia de puertos de interés general del artículo 149.1.20ª CE, que invoca el Acuerdo del

Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2010 recurrido, que ‘debe tenerse en cuenta que la existencia de un puerto estatal implica, necesariamente, una modulación del ejercicio de las competencias autonómicas y municipales sobre la ordenación del territorio y urbanismo, y que no puede quedar al arbitrio de los entes con competencia sobre dichas materias la decisión sobre la concreta ubicación del puerto, su tamaño, los usos de los distintos espacios, etc. Al mismo tiempo, es también claro que la existencia de un puerto estatal no supone la desaparición de cualesquiera otras competencias sobre su espacio físico, ya que mientras que *la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto, la competencia de ordenación del territorio y urbanismo tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial*’.

“En relación con la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de puertos deportivos, a que alude el artículo 148.1.6.ª de la Constitución, también referido en el Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido, para rechazar que se trate de una competencia propia municipal, de la sentencia constitucional 193/1998, de 1 de octubre, se desprende que la ‘indudable competencia autonómica’ en esta materia no aboca a una desnaturalización de las competencias del Estado o de los municipios en relación con la titularidad demanial o las actividades y servicios náutico-deportivos o comerciales que se desarrollen en el espacio portuario.

“En este sentido, en orden a determinar el alcance de la distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y municipios en materia de puertos deportivos, cabe poner de relieve que en la Ley del Parlamento de Cantabria 5/2004, de 16 de noviembre, por la que se regulan los Puertos de Cantabria, se prevén específicamente los mecanismos de coordinación y cooperación entre la Comunidad Autónoma de Cantabria y los municipios afectados por la construcción de puertos e instalaciones portuarias de titularidad de la Comunidad Autónoma, que comporta la iniciación del procedimiento de revisión o modificación del planeamiento urbanístico, estableciendo la participación del Ayuntamiento antes de la iniciación de las obras de ejecución proyectadas, que deberá emitir un informe, que, en el caso de que fuere desfavorable, aboca la competencia al Gobierno de Cantabria, que resolverá definitivamente.

“El artículo 17.2 de la Ley de Puertos de Cantabria delimita las relaciones entre las prescripciones del Plan de Puertos de Cantabria y los instrumentos de ordenación urbanística municipal, en los siguientes términos:

“El Plan de Puertos e Instalaciones Portuarias prevalecerá sobre la ordenación urbanística municipal en los aspectos relativos a la protección del dominio portuario, elección de emplazamiento y sistema de comunicaciones’.

“El alcance de la competencia de los municipios en materia de ordenación urbanística, que justifica, en su caso, la intervención de otras Administraciones Públicas, se precisa en la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2004, de 13 de abril, en los siguientes términos:

“La decisión sobre la configuración del asentamiento urbano municipal en que consiste el plan urbanístico –marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos– es una tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio; y sobre aquella decisión se proyectan, por tanto, de forma especialmente intensa las exigencias de la autonomía municipal. Si en el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico las leyes reguladoras de la materia prevén la intervención –de alcance diverso– de otras Administraciones Públicas es porque, con carácter general, aquella decisión puede afectar también a intereses cuya gestión constituye el objeto de competencias atribuidas a otras organizaciones jurídico-públicas distintas del municipio. También se justifica la mencionada intervención de otros sujetos públicos distintos de la Administración municipal por las exigencias del principio de colaboración [que aconseja la audiencia, el intercambio de información y la ponderación de intereses ajenos (art. 4 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común)] y por los controles de legalidad que, de conformidad con la Constitución, pueden ejercer, en el ámbito del urbanismo, las Comunidades Autónomas sobre las entidades locales.

“Esta imbricación de intereses diversos que se proyectan sobre el mismo territorio municipal se soluciona en la Ley básica de régimen local con fórmulas como la participación o integración de las entidades locales en procedimientos que tramita y resuelve la Comunidad Autónoma cuando *la naturaleza de la actividad de que se trate haga muy difícil o inconveniente una asignación diferenciada y distinta de facultades decisorias* (art. 62 LBRL), o la participación de las entidades locales en procedimientos de aprobación de instrumentos de planeamiento que son formulados y aprobados por

otras Administraciones, siempre que exista la necesidad de *armonizar los intereses públicos afectados* (art. 58.2 LBRL).

“Pero esta regulación de las relaciones interadministrativas no ha de oscurecer el principio de que la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, y que la intervención de otras Administraciones se justifica solo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a las Administraciones supraordenadas sobre las inferiores’.

“Por ello, conforme a la doctrina constitucional expuesta, consideramos que el objeto de la consulta municipal promovida por el Ayuntamiento de Castro-Urdiales, en razón de la singularidad del emplazamiento elegido para ejecutar el puerto deportivo, en la bahía de la ciudad, que comporta remodelar la fachada marítimo-terrestre, y que forma parte del entramado urbano existente entre el Paseo Marítimo y el Malecón, y que puede calificarse funcionalmente de equipamiento local, atendiendo a las características que se revelan en el informe del director de Puertos de Cantabria de 9 de febrero de 2012, incorporado al ramo de prueba de las presentes actuaciones, entendemos que quedan afectadas directamente competencias propias del municipio en materia de seguridad en lugares públicos y en materia de ordenación urbanística, enunciadas en el artículo 25.2 a) y d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por lo que resulta procedente la convocatoria de la consulta propuesta, con la finalidad de que el Ayuntamiento cuente con la opinión de los vecinos, que puede ser determinante en la emisión del informe que exige el artículo 15.2 de la Ley del Parlamento de Cantabria 5/2004, de 16 de noviembre, de Puertos de Cantabria.

“En último término, cabe advertir que en el caso de autos no se ha planteado controversia alguna respecto del control jurisdiccional del Acuerdo del Consejo de Ministros en aquello que pudiera tener de decisión de mera oportunidad o manifestación de una voluntad que, sobre la base de apreciaciones de orden estrictamente político, exprese aquel alto órgano constitucional, titular del poder ejecutivo, cuestión que esta Sala abordó en la sentencia de 22 de enero de 1993 (RCA 4911/1992). El litigio se circunscribe, por el contrario, a dilucidar si el Acuerdo del Consejo de Ministros, al apreciar la falta de concurrencia de uno de los requisitos necesarios para autorizar la consulta popular, res-

petó o no el contenido del artículo 71 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local”.

Previamente, el Tribunal Supremo había recordado su anterior doctrina, que revela la necesidad de preservar un adecuado equilibrio entre el principio representativo y el principio de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, en los siguientes términos:

“[...] La decisión del Consejo de Ministros de autorizar o denegar la convocatoria de una consulta popular municipal se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un acto de control de que la solicitud se ajuste a los requisitos legalmente previstos de naturaleza procedimental y material. En aras de preservar el adecuado equilibrio entre el principio representativo y el principio de participación directa se exige que la consulta sea a iniciativa del alcalde, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la Corporación municipal. El objeto de la consulta popular debe referirse a asuntos relativos a la acción del Gobierno local, de carácter local, que versen sobre materias de competencia propia municipal, que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, excluyéndose, en todo caso, los asuntos relativos a la Hacienda local.

“Al respecto, en la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2000 (RCA 404/1998), manifestamos:

“Hay que destacar, ante todo, que dichos requisitos son concurrentes y, dados los términos en que se formulan, revelan un designio del legislador ciertamente restrictivo respecto de esta fórmula de participación popular en el procedimiento de adopción de decisiones municipales, inspirado en el sistema de representatividad electiva. La consulta popular a los vecinos no se permite para cualquier asunto, ni siquiera para aquellos que tengan un interés relevante para los vecinos; es preciso, además, que se trate de asuntos de *carácter local*, por un lado, y que respecto de ellos el municipio tenga *competencias propias*, por otro. La demanda insiste en que se trata de una cuestión que *afecta a los intereses de los vecinos de Algeciras*, y a ello nada habría que oponer, en principio: pero lo decisivo, a los efectos del litigio, no es solo que exista aquel interés sino que el *asunto* (por emplear la expresión utilizada en el artículo 71 de la Ley de Régimen Local) que lo genera sea, ante todo, de *carácter local*”.

El Alto Tribunal también determina el alcance y significado del concepto de “asuntos de la competencia propia municipal”, a que alude el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que delimita el ámbito de las consultas po-

pulares municipales, con la exposición de los siguientes argumentos:

“[...] El presupuesto de que la consulta popular se refiera a ‘asuntos de la competencia propia municipal’ alude a aquellas competencias específicas enunciadas en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que el municipio ejerce, en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, con plena capacidad de decisión, es decir, bajo su responsabilidad, de forma libre y autónoma, no condicionadas a controles de oportunidad.

“En este sentido, cabe recordar la doctrina jurisprudencial formulada en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008 (RCA 474/2006), en que sostuvimos que la lectura armonizadora de los artículos 1, 18.1 f) y 71 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local y de los artículos 3 y 4 de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988, permite determinar que el concepto de competencias propias municipales, en cuyo ejercicio, los municipios, para preservar la garantía constitucional del principio de autonomía local, tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión y de promover las iniciativas que se consideren pertinentes dentro del marco legal, se corresponde con las atribuciones o el núcleo de competencias básicas encomendadas por la Ley a dichas entidades locales, lo que no impide que, por la naturaleza de la materia o por su extensión, su titularidad o ejercicio sea concurrente con las competencias de planificación atribuidas a autoridades regionales o autonómicas, puesto que no necesariamente las competencias locales deben ser plenas o completas, de modo que quedan excluidos del objeto de las consultas populares municipales aquellos asuntos que, aun teniendo un carácter local y tratar de una materia que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afecten a competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuidas por delegación a los entes locales”.

Con meridiana claridad, apelando a la doctrina del Tribunal Constitucional, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012 distingue el referéndum, regulado en el artículo 92 de la Constitución, de las consultas populares que pudieran celebrarse por los Ayuntamientos:

“[...] Asimismo, antes de abordar los concretos motivos de impugnación articulados contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2010, procede que signifiquemos que las consultas populares de ámbito municipal o local tienen un régimen jurídico diferenciado de las modalidades de referéndum a que alude el artículo 92 de la Constitución, como ya expusimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008 (RCA 474/2006).

“En este sentido, en la mencionada sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000 (RCA 404/1998), dijimos:

“El artículo 92.1 de la Constitución permite que las decisiones políticas de especial trascendencia puedan ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos, debiendo ser una ley orgánica la que regule las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en aquella. La Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, que desarrolla este mandato constitucional y regula las distintas modalidades de referéndum, dispone en su artículo 2.1 que la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de sus modalidades, es competencia exclusiva del Estado. Excluye, sin embargo, de su ámbito de aplicación (Disposición adicional única) las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización’.

“La distinción entre el referéndum como mecanismo de participación directa de los ciudadanos en aquellos asuntos de manifiesta naturaleza política de las consultas populares municipales, que por su alcance constituyen cauces del ejercicio del derecho de participación política, se infiere de la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de septiembre de 2008, en los siguientes términos:

“[...] El referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación *que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejerci-*

da por el pueblo (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3). Es, por tanto, una forma de democracia directa y no una mera manifestación *del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente*, que lo ha formalizado como un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (así, por ejemplo, arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE). Las formas de participación no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE son *formas de participación que difieren [de aquellas] no solo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad –art. 9.3 CE– y del derecho de igualdad –art. 14 CE–). No puede aceptarse, sin embargo, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no solo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 C.E. se trata de las modalidades –representativa y directa– de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general* (STC 119/1995, FJ 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral.

“[...]”

“En nuestro sistema de democracia representativa, en el que la voluntad soberana tiene su lugar natural y ordinario de expresión en las Cortes Generales (art. 66.1 CE) y las voluntades autonómicas en los respectivos Parlamentos de las Comunidades Autónomas, los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone (caso de la reforma constitucional por la vía del art. 168 CE y de los procedimientos de elaboración y reforma estatutarios previstos en los arts. 151.1 y 2 y 152.2 CE) o a aquellos que, también expresamente contemplados, supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras’”.

3. La sujeción de los Gobiernos locales al principio de legalidad constitucional: STS de 14 de febrero de 2013 (RC 4118/2011)

Los Gobiernos locales, por expreso mandato del artículo 9.1 de la Constitución, están sujetos al principio de legalidad constitucional.

El Gobierno local se caracteriza como poder público democrático, vinculado, por ello, como el resto de poderes públicos constituidos por la “Ley constitucional fundamental” y sujetos públicos y privados, “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

La consideración de la Constitución como norma suprema determina que, con independencia de cuál sea la tesis que adoptemos sobre la concepción constitutiva de la autonomía local, como garantía institucional o garante constitucional, la acción del Gobierno local esté condicionada y comprometida con la observancia del principio de legalidad constitucional, que comporta el respeto a los valores superiores del ordenamiento jurídico –libertad, igualdad, justicia y pluralismo político– y a los derechos fundamentales y libertades públicas enunciados en el texto constitucional.

La constitucionalización de los entes locales se inserta en el orden jurídico-político establecido por la Constitución. Por ello, los Gobiernos locales, en el ejercicio de sus potestades normativas y ejecutivas, no gozan de ningún margen de disponibilidad para actuar frente a la Constitución o contra la Constitución, contra sus principios y valores.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, que resuelve el recurso de casación interpuesto por la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 2011, constituye un *leading case* respecto de la fuerza resistente del régimen de libertades públicas y derechos fundamentales reconocido en la Constitución, y de la vigencia del sistema de fuentes establecido en la Constitución como límite a la actividad normativa de un ente local.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo anula el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, por el que se aprueba definitivamente la modificación de los artículos 26.2, 27.9 y 102.25 de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia, e inicialmente la modificación de los artículos 57 del Reglamento del Archivo Municipal y 37 del Reglamento de funcionamiento de

los Centros Cívicos y locales municipales, Acuerdo y textos normativos por él aprobados, que prohibían el acceso de personas que portasen velo integral a dependencias y equipamientos municipales, con base en la consideración de que los Ayuntamientos no tienen competencia para regular, mediante ordenanza, aspectos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales, en cuanto es exigible la existencia de una ley previa que, en este supuesto, se revela insustituible:

“[...] Partiendo, pues, de que el uso de velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa, regulada en el art. 16.1 CE y en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, respecto a cuyo contenido, ejercicio y límites ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 81 y 53 CE, debemos adentrarnos en el examen de cuáles sean las exigencias de la Constitución para poder limitar el ejercicio de tal derecho, acudiendo para ello a la doctrina del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC y art. 5.1 LOPJ).

“Sobre el particular existe una rica doctrina de este, cuyo estudio a los efectos que aquí interesan (y aunque inevitablemente incidamos en reiteraciones sobre lo dicho en el fundamento anterior), podemos iniciar con la alusión a la sentencia n.º 154/2002, del Pleno, de 18 de julio, ampliamente expresada, en concreto en sus fundamentos jurídicos 6 a 8, con abundante cita en ellos de sentencias precedentes. Es especialmente destacable en la misma la afirmación, como contenido del derecho (F.J. 6) de ‘una dimensión externa de *agere licere*’ [que es precisamente la que en el caso actual está en cuestión] ‘que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, F. 2; 120/1990, F. 10, y 137/1990 F. 8). Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales (STC 46/2001, F. 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre)’ [lo subrayado nuestro].

“Especialmente relevante como doctrina general sobre la regulación del contenido y límites de los derechos fundamentales es la Sentencia del Tribunal Constitucional, de su Pleno, n.º 292/2000, de 30 de noviembre, que, aun referida a un derecho fundamental distinto del que está en liza en el actual proceso, resume en términos muy precisos y contundentes una doctrina alusiva a los restantes derechos fundamentales, contenida en su F.J. 11. Se dice al respecto sobre los límites a los mismos que: ‘no cabe duda de que han de

encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución [SSTC 11/1981, de 8 de abril, F. 7; 196/1987, de 11 de diciembre (RTC 1987\196), F.6...]. Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo... o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la ley, y solo la ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F. 6; 18/1999, de 22 de febrero, F. 2) [los subrayados nuestros].

“La esencialidad de la ley y su insustituibilidad por cualquier otra fuente normativa para poder establecer el límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa que entraña la prohibición que se cuestiona en el proceso, resulta así en nuestro marco constitucional inequívoca según esa sentencia.

“Además, en cuanto a la relación entre el derecho fundamental y sus límites y al posible alcance de estos, es bueno acudir a la STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4, en la que podemos leer:

“... queremos destacar la máxima amplitud con que la libertad ideológica está reconocida en el art. 16.1 de la Constitución, por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales...’.

“Y más adelante:

“d) Finalmente, hemos de recordar que, si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos –como recuerda la STC 159/1986, de 16 de diciembre–, *tampoco puede atribuirse dicho carác-*

ter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Toda vez que, como dice esta Sentencia, *tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción.* Hay, pues, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión *de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente.* Como resultado de esta interacción –añade esta Sentencia–, *la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos’* [lo subrayado, una vez más, nuestro].

“Puede completarse este recorrido por la doctrina del Tribunal Constitucional, refiriéndonos a cómo en ella se consideran el orden público y la seguridad, en cuanto límites al derecho fundamental de libertad religiosa, al ser la alusión a uno y otra en la sentencia recurrida uno de los elementos constitucionales considerados en ella para justificar la prohibición. Al respecto podemos referirnos a la sentencia del Pleno del Tribunal n.º 46/2001, F.J. 11, en el que se dice:

“El ejercicio de la libertad religiosa y de culto, como declara el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, en absoluta sintonía con el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.* Ahora bien, en cuanto *único límite* al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, solo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro

cierto para *la seguridad, la salud y la moralidad pública*, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto’.

“[...]”

“El recorrido por la doctrina constitucional que precede, volviendo desde él al análisis de la sentencia recurrida, pone de manifiesto que su fundamentación no tiene encaje posible en el marco de ella.

“Empezamos por la exigencia indeclinable de una ley previa que establezca el límite para el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, que la prohibición del velo integral supone. Visto en este caso que tal ley no existe, basta solo con ello, para afirmar que la prohibición establecida al respecto en la Ordenanza así como en los reglamentos provisionalmente aprobados en ese punto por el Acuerdo recurrido (salvo el de transporte urbano, que deberá analizarse separadamente) vulneran el citado derecho fundamental.

“La insuperable exigencia constitucional de la necesidad de la ley para limitar el ejercicio del derecho fundamental, no puede sustituirse, como ya se razonó en el fundamento octavo, por las posibilidades normadoras de las ordenanzas municipales.

“En especial, y complementando lo que en el referido fundamento quedó dicho, debe rechazarse la argumentación del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia, en la que, partiendo de la cita del asunto Leyla Sahin vs. Turquía y del asunto Kervanci vs. Francia., al enfrentarse al requisito del art. 9.2 del Convenio Europeo respecto de la exigencia de que la limitación esté ‘prevista por la ley’, se intenta justificar dicho requisito en el apartado a) del Fundamento a la luz de la doctrina del TEDH expresada en las sentencias que en dicho apartado se citan, en vez de, como es obligado, a la de nuestro ordenamiento constitucional. Tal modo de proceder, aparte de resultar contrario a lo dispuesto en el art. 53.1 CE, ni tan siquiera se ajusta a la propia sentencia del caso Sahin, que en sus párrafos 100 y 101 (lo mismo que en otras muchas sentencias de innecesaria cita individualizada) antepone a la apreciación del Tribunal la que en cada país se acomode a sus parámetros constitucionales.

“A partir de ahí, y puesto que en nuestra Constitución no queda la más mínima duda de la exigencia de una ley propiamente tal al respecto, como con especial énfasis se razona en la STC antes citada 292/2000, no cabe sustituir la inequívoca exigencia constitucional

por la apelación a la jurisprudencia del TEDH, para desde ella eludir dicha exigencia.

“En modo alguno puede entenderse que el Convenio Europeo aludido rebaje las exigencias de nuestra Constitución, lo que, sin decirlo, parece considerar la sentencia recurrida en el punto que nos ocupa.

“El propio Convenio Europeo, en el que se pretende apoyar la Sentencia, en su art. 53 (‘Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier parte contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte’) cierra el paso al expediente dialéctico utilizado en la sentencia, de intentar medir las exigencias para la limitación del derecho fundamental con el parámetro del Convenio y de su interpretación jurisdiccional por el TEDH, en vez de con el de la Constitución.

“Es ya, después de razonada la vulneración del derecho fundamental, como puede aceptarse, según se anticipó en el Fundamento Octavo, la tesis de la incompetencia del Ayuntamiento, alegada, tanto por la recurrente como por el Ministerio Fiscal, o mas bien, según nuestra propia apreciación, de la extralimitación de la competencia que tiene atribuida por los títulos competenciales que invoca, al hacer lo que no podía hacer”.

La decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de desconsiderar que el Ayuntamiento de Lleida puede fundar su competencia para limitar el uso del velo integral, con base en la irradiación de competencias municipales enunciadas en el artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, al estar vinculada a respetar el derecho fundamental a la libertad religiosa consagrado en el artículo 16 de la Constitución, se sustenta en los siguientes razonamientos jurídicos:

“[...] La competencia del Ayuntamiento para regular sus servicios y la convivencia en el ámbito del municipio: incontestable, (y es ahí donde entran en juego como normas habilitantes las de LBRL –art. 4.1.f, 25 y 25– y de la Carta Europea de la Autonomía local –art. 4.2–, citadas en sentencia), no puede suponer que, al ejercitar las competencias que dichas normas le confieren, pueda hacerlo prescindiendo de los límites constitucionales que le impone el respeto del derecho fundamental de libertad religiosa, proclamado en el art. 16.1 CE.

“Conviene advertir que, al razonar como lo hacemos, no nos pronunciamos respecto a lo que el legisla-

dor pueda, en su caso, hacer sobre el uso del atuendo religioso que nos ocupa. Si lo hiciéramos, ello constituiría una intromisión en el espacio del legislador, inaceptable en un órgano jurisdiccional (aunque este sea el Tribunal Supremo desde la superior posición constitucional en que el art. 123 CE lo sitúa), dada su posición constitucional (art. 117.1 CE) de sumisión a la ley. Simplemente nos limitamos a afirmar la inexistencia de la Ley, con la consecuencia que ello implica, ya razonada.

“Pero es necesario que nos detengamos en los extremos clave de la sentencia en los que expresa la justificación de la Ordenanza impugnada en relación con los fines indicados en el art. 9.2 del Convenio Europeo, que cita, para dar respuesta a las alegaciones cruzadas al respecto entre las partes; lo que en modo alguno podrá verse como un imposible análisis anticipado de si los fines que la sentencia invoca para justificar la medida cuestionada, pueden habilitar al legislador para regular tal prohibición, sino exclusivamente como el enjuiciamiento de lo que en relación con ellos dice la sentencia.

“Esta se refiere a la perturbación de la tranquilidad que en nuestra cultura occidental produce el ocultamiento del rostro en la realización de las actividades cotidianas. Tal alegada perturbación se rechaza por la recurrente, según se ha dejado constancia en el Fundamento Tercero de esta nuestra sentencia, calificando con reiteración tal apreciación de la sentencia recurrida de juicio de valor subjetivo o de prejuicios personales, sin base probada. A su vez, el Ministerio Fiscal en su escrito, del que queda hecha amplia referencia en nuestro Fundamento de Derecho Quinto, hace objeto de especial censura esa misma apreciación.

“Compartimos por nuestra parte sobre el particular las críticas coincidentes del Ministerio Fiscal y de la recurrente.

“La realidad de esa perturbación de la tranquilidad en nuestra cultura occidental, a que alude la sentencia, carece de una demostración convincente en cuanto simple constatación sociológica, con lo que la base esencial sobre la que la sentencia se sustenta se desvanece.

“Por lo demás, la perturbación en nuestra cultura occidental afirmada en la sentencia, si es que en realidad existiera, no podría justificar que un órgano del poder público, cual es sin duda un Ayuntamiento, dado el papel que constitucionalmente le atribuye el art. 9.2 CE, solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida.

“Al respecto la sentencia del TEDH de la Gran Sala, de 10 de noviembre de 2005, citada en otro lugar, se manifiesta de modo inequívoco en sus párrafos 106, 107 y 108, sobre el papel del Estado para ‘conciliar los intereses de diversos grupos y garantizar el respeto de todas creencias (106)’.

“Los párrafos 107 y 108 dicen:

“‘107. El Tribunal ha acentuado con frecuencia el papel del Estado como organizador neutral o imparcial del ejercicio de las distintas religiones, credos y creencias, y afirma que este papel contribuye a garantizar el orden público, la paz, y la tolerancia religiosa en una sociedad democrática... y considera que la obligación del Estado es asegurar la tolerancia de los grupos que compiten entre sí (Partido Comunista de Turquía y otros C.V. Turkey, sentencia de 30 de enero de 1998, Informe 1998 §8 y §57). Por tanto, el papel de las autoridades en tales circunstancias no es eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que los grupos de oposición se toleren mutuamente (Serif contra Grecia, n.º 38179/97 §53 TEDH 1999-IX).

“‘108. El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son características de una sociedad democrática. A pesar de que en ocasiones subordina los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se limita a apoyar a la mayoría, sino a establecer un equilibrio que debe lograrse para garantizar el trato justo a las personas pertenecientes a minorías y evita cualquier abuso de posición dominante (véase, *mutatis mutandis*, Young, James y Webster v. Reino Unido, sentencia de 13 de agosto de 1981, Serie A n.º 44 p. 25 §63 y Chassauos et al Francia [GC, n.ºs. 2.088/94, 28331/95 y 28443/95 §112, TEDH 1999-III)’.

“Las alusiones de la sentencia a la seguridad y al orden público protegidos por la Ley (contenidas en el apartado b del F.D. tercero) en exceso sumarias y carentes de desarrollo, una vez rechazada la referencia a la perturbación de la tranquilidad pública, adolecen de una total falta de base, siendo igualmente compartibles por esta Sala las tesis críticas que en relación a dichas alusiones de la sentencia exponen en sus respectivos escritos la recurrente y el Ministerio Fiscal a tales elementos.

“Conviene recordar aquí la referencia que líneas atrás hacíamos a la STC 46/2001, y a lo que en ella se dice al respecto, para rechazar la argumentación de la sentencia recurrida que analizamos.

“No puede olvidarse que entre los elementos del orden público protegidos por la ley, en el que se integran los derechos y libertades fundamentales que la

Constitución consagra, uno de ellos es, precisamente, el de libertad religiosa.

“Respecto de la alusión en el Fundamento de Derecho 3.º apartado b) de la sentencia recurrida a la protección de los derechos y libertades fundamentales ajenos, hemos de precisar que, en este caso, la afirmada protección de esos derechos y libertades ajenos no se justifica, pues los derechos y libertades a considerar no deben ser los de la persona afectada por la medida limitativa, sino los de terceros, que pudieran resultar perturbados por la actuación de la persona a la que, para evitar tal perturbación, se le limita su derecho. La finalidad de proteger derechos y libertades ajenos, no puede así justificar la limitación de un derecho constitucional de una persona que tenga como finalidad la protección de los derechos de esta, pues estos no son derechos y libertades ajenos.

“Consideración especial merece la argumentación contenida en el apartado c) del Fundamento de Derecho Tercero respecto al tercero de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del Art. 9.2 del Convenio Europeo: ‘necesaria en una sociedad democrática’.

“Al respecto la sentencia, en vez de justificar, como la titulación del epígrafe sugiere, la necesidad de la imposición de la medida, lo que hace es expresar lo que, en su criterio, es la dificultad de conciliar el uso del burka o similar con ‘uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad’, haciendo al respecto unas contundentes afirmaciones, que, en suma, consisten en la incompatibilidad del uso del ‘burka o similar portado exclusivamente por mujeres’, con la ‘efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no’.

“En primer lugar, por grande que sea, y lo es, el choque de esa vestimenta con las concepciones culturales de nuestro país, no resulta aceptable prescindir, como hace la sentencia, de que ese uso sea voluntario o no.

“Partiendo de que la medida en cuestión (en cuanto sin duda tiene como referente subjetivo a mujeres adultas) se establece en un ámbito de libertad, como es el propio de nuestra sociedad en el marco de nuestra Constitución, y de que la mujer en él tiene a su disposición medidas adecuadas por optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacerse víctima, obteniendo la pro-

tección del poder público, no consideramos adecuado que, para justificar la prohibición que nos ocupa, pueda partirse del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer, que es la base subyacente de la argumentación de la sentencia recurrida, que no podemos compartir.

“Frente a tal visión, partiendo de la idea del ejercicio libre de una opción religiosa, lo que debe contar es la garantía respecto a ella de la inmunidad de coacción a que se refiere la STC 154/2000 antes citada.

“No consideramos así justificado el requisito de la necesidad a que la sentencia recurrida se refiere.

“Para medir la necesidad o no de la medida en una sociedad democrática, no está de más aludir a los textos internacionales que se indican en el Fundamento Segundo.

“Por otra parte, en los estudios doctrinales sobre la justificación de una prohibición de tal tipo no es infrecuente resaltar el riesgo del efecto perverso que pueda derivarse de la misma: el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras consideraciones sus convicciones religiosas; lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales, y en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas, si a la mujer concernida se le cierran esos espacios. Las consideraciones precedentes conducen en definitiva al rechazo de la argumentación contenida en el apartado c del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia”.

La sentencia, no obstante, no anula la modificación del artículo 24 del Reglamento del Servicio de Transporte Urbano de Viajeros de Lleida, que prescribe que el uso de las diferentes tarjetas de tarifa social o de precio reducido en función de colectivos especiales, habrá de estar debidamente acreditado, y que estipula que el personal del servicio podrá demandar la acreditación de la personalidad a los beneficiarios y comprobar la concordancia con las fotografías de los títulos de transporte, y que ningún usuario podrá hacer uso de estas tarjetas si se niega a identificarse para hacer estas comprobaciones, al estimar que las limitaciones impuestas tienen la finalidad de controlar la identidad de los beneficiarios, en los siguientes términos:

“[...] Es indudable que el sentido de esa modificación se diferencia con claridad de las demás analizadas, pues no impiden el uso del velo integral, ni por tanto

puede equipararse en su valoración jurídica respecto a la vulneración del art. 16.1 CE a la que merece la prohibición analizada en los fundamentos precedentes.

“La exigencia de identificación que en dicho Reglamento se establece, como control del uso de un beneficio al que la portadora del velo integral se acoge libremente, no supone limitación del ejercicio del derecho de libertad religiosa, ni supone regulación de esta, precisada de previa regulación por ley; por lo que tiene la cobertura plena de los títulos legales que el Ayuntamiento invoca, lo que impone la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la sentencia desestimatoria en lo concerniente a ese concreto y limitado contenido del recurso”.

4. La legitimidad del Gobierno local con fundamento en el ejercicio de sus competencias al servicio de los intereses de la colectividad local: STS de 11 de febrero de 2013 (RC 4490/2007)

El Gobierno local se legitima, desde una perspectiva material o sustancial, cuando ejerce sus competencias en favor de los intereses de la colectividad local.

La cláusula constitutiva del “Estado social”, establecida en el artículo 9.2 de la Constitución, que prescribe que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, vincula a los Gobiernos locales a adoptar políticas públicas que favorezcan el desarrollo de los derechos sociales.

Pero el compromiso de los Ayuntamientos y Diputaciones con los derechos constitucionales de carácter social, no puede realizarse al margen del principio de legalidad.

El ejercicio de las competencias municipales, en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos, no puede entrar en contradicción con el ordenamiento, ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Esta es la directriz jurisprudencial que se formula en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencio-

so-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2013 (RC 4490/2007), que anula determinados preceptos de la Ordenanza municipal aprobada por el Ayuntamiento de Burriana, que prohibía la instalación de infraestructuras radioeléctricas de telecomunicaciones en zonas calificadas como sensibles, adoptada para prevenir riesgos a la salud, derivados de una exposición prolongada a ondas radioeléctricas, por vulnerar la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones.

La sentencia adopta su decisión anulatoria del Acuerdo del Ayuntamiento de Burriana de 3 de junio de 2004, por el que se aprueba la Ordenanza municipal reguladora de las infraestructuras radioeléctricas de telecomunicaciones, partiendo de la contradicción existente en esta materia de autorizaciones de instalaciones de antenas de telefonía móvil entre la Sección Cuarta y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo:

“[...] No es sino hasta la sentencia de 17 de noviembre de 2009 cuando esta Sala formula una declaración general a propósito de la potestad de los Ayuntamientos de establecer, por razones de salubridad pública, medidas adicionales de protección a las contenidas en el Real Decreto 1066/2001, aunque ha de advertirse que esta declaración se realiza a propósito de una ordenanza en que ni se imponían límites a las emisiones distintas de los señalados en aquel Real Decreto ni prohibiciones absolutas de llevar a cabo instalaciones en las proximidades de determinados espacios sensibles, y que se formula después de recordar la doctrina que esta Sala viene manteniendo desde su sentencia de 24 de enero 2000, opuesta a que las competencias municipales en este campo puedan traducirse en restricciones absolutas del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones o en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

“La doctrina sentada en esta sentencia se ha mantenido en sentencias posteriores aunque en esta materia siempre, antes y después de la referida sentencia, esta Sala ha insistido en el carácter casuístico con que debía abordarse la solución de los problemas planteados (sentencias, entre otras, de 11 de octubre de 2006, 27 de abril y 15 de junio de 2010).

“La sentencia de 4 de mayo de 2010, en relación con el precepto de una ordenanza que imponía determinadas limitaciones a la instalación de estaciones radioeléctricas por razones medioambientales o paisajísticas y urbanísticas precisó que la prohibición, repetidamente indicada por esta Sala, de establecer

restricciones absolutas se refiere, 'bien a la imposibilidad de prestar adecuadamente el servicio en determinada zona o lugar, bien a la posibilidad de prestarlo solo en condiciones de gravosidad desproporcionada en relación con los beneficios que la restricción pueda revertir a los intereses municipales'. Del mismo modo, la sentencia de 13 de diciembre de 2010, examinando una ordenanza que prohibía la autorización de antenas y, en general, de instalaciones de telecomunicación a menos de 100 metros de equipamientos educativos, culturales, asistenciales o sanitarios y en espacios libres clasificados por el planeamiento para el ocio, decide, valorando la prueba practicada, en función de si de esa limitación resultara para la empresa recurrente una imposibilidad de prestar el servicio en esas zonas especialmente protegidas.

"De la evolución jurisprudencial que hemos sintetizado, correspondiente a sentencias dictadas por la Sección Cuarta de esta Sala, puede concluirse que, por razones de salubridad pública, los Ayuntamientos están autorizados para prohibir la instalación de estaciones base de telefonía dentro de determinadas distancias a espacios especialmente sensibles siempre que ello no suponga para la empresa prestadora del servicio la imposibilidad de hacerlo de modo satisfactorio.

"Sin embargo la sentencia de la Sección Quinta de esta misma Sala de 22 de marzo de 2011, enfrentada a una regulación que, entre otras determinaciones, prohibía la instalación de antenas a las distancias que el reglamento señalaba, según se tratara de zonas de uso continuado para las personas, espacios abiertos de los centros docentes y establecimientos que acojan de manera regular población en edad escolar, resuelve el recurso desde una perspectiva que no había sido considerada antes, la de si esas prescripciones suponían una regulación de carácter técnico sobre la que los Ayuntamientos no podían actuar por tratarse de una competencia atribuida con carácter exclusivo al Estado en el artículo 149.1.21.ª de la Constitución, ejercitada, por lo que se refiere a la protección de la salud por medio del Real Decreto 1066/2001. Esta sentencia recoge la copiosa doctrina de la Sala que había considerado un límite infranqueable al ejercicio de las competencias municipales la regulación de cuestiones técnicas relativas a la ordenación de las comunicaciones por telefonía móvil, pero hasta esta sentencia en ningún recurso de casación se había cuestionado alguna ordenanza municipal que impusiera prohibiciones de instalación de estaciones radioeléctricas en las llamadas zonas sensibles por considerar que se trataba de una

regulación técnica ya agotada con el Real Decreto 1066/2001. La citada sentencia de 22 de marzo de 2011, en una doctrina que se repite en sus sentencias de 12 de abril, 14 de julio y 16 de noviembre del mismo año, concluye que se trata de un aspecto puramente técnico de la ordenación de las telecomunicaciones en los que los Ayuntamientos no pueden invocar título competencial alguno, ni el urbanístico ni el sanitario, por tratarse de una regulación que incide directamente en la configuración, diseño técnico y despliegue de las infraestructuras que conforman la red, y que entran dentro del ámbito de la competencia exclusiva del Estado".

El Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fundamenta su fallo en el argumento de que, una vez que el Estado ha ejercido su competencia en materia de sanidad pública y en materia de telecomunicaciones, determinando los niveles de emisión radioeléctrica tolerables para la salud aplicables uniformemente en todo el territorio nacional, no cabe que un Ayuntamiento adopte una reglamentación más estricta y rigurosa, careciendo de título competencial habilitante:

"[...] La Ordenanza municipal que da origen al presente proceso se apoya en el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en particular en sus apartados d), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, f), protección del medio ambiente y h) protección de salubridad pública, y en su distintos preceptos se suceden regulaciones que responden a cualquiera de esas materias, aunque no es dudoso asignar los artículos 6.1.c) y 17.C, cuestionados en este motivo de casación a una medida de protección de la salubridad pública, como reconoce el propio Ayuntamiento recurrido al justificarlos en la preocupación existente entre los vecinos por la existencia de una instalación de ese tipo a menos de 100 metros de un colegio de la localidad.

"Tal como declara la STC 8/2012, de 18 de enero, el Estado, por medio del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre 'en el ejercicio de sus competencias en materia de sanidad y telecomunicaciones está configurando un procedimiento para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable, para su actualización conforme al progreso científico, así como para el control del cumplimiento por los operadores de estos niveles de emisión a través de un sistema de autorización, seguimiento, inspección y control en el que se entrelazan aspectos sanitarios y aspectos de telecomunicaciones'. 'En efecto, la regulación de los niveles

de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no solo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. Es más, correlativamente, esos niveles de emisión fijados por el estado funcionan, también, como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación, así como de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando su unidad. En definitiva, a través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones’.

“Las limitaciones impuestas por los artículos 6.1.c y 17.C de la Ordenanza de que trae causa el presente proceso interfieren el despliegue de la red en el término municipal y, además, invocan un título habilitante, el derivado del artículo 25.2 h LRBRL, en el que el Estado ya ha intervenido aplicando el principio de precaución con una reglamentación que, atendido el estado de la ciencia, tiene una pretensión de exclusividad, por lo que representa un ámbito en el que las Corporaciones locales tienen impedida cualquier posibilidad de regulación.

“El ejercicio por el Estado de sus competencias en relación con la adopción de las pertinentes medidas sanitarias frente a los riesgos derivados de la exposición de la población a emisiones radioeléctricas representa para los Ayuntamientos un límite al ejercicio de las que a ellos, en este campo, podrían corresponder en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.2 h y 28 LRBRL.

“Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen más límites

de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioléctricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como ‘sensibles’, que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante”.

Un voto particular se formula a la referida sentencia de 11 de febrero de 2013, sustentando su discrepancia con el voto mayoritario en que no se había tenido en cuenta, en la confrontación de los títulos competenciales del Estado y los entes locales en materia de telecomunicaciones, que los Ayuntamientos tienen competencia, por designio del legislador, en materia de salud ambiental, que es determinante para resolver la controversia jurídica planteada:

“[...] Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, sostengo que los Ayuntamientos pueden acordar medidas adicionales de protección, relativas a prevenir el riesgo de exposición prolongada a los campos electromagnéticos procedentes de instalaciones de antenas de telefonía móvil mediante el establecimiento de distancias de seguridad frente a zonas sensibles –colegios, hospitales, parques y jardines públicos–, en virtud de los títulos competenciales en materia de ordenación urbanística, protección del medio ambiente y protección de la salubridad pública, enunciados en el artículo 25.2 d), f) y h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la medida que cabe entender que las prescripciones contenidas en los artículos 6 y 7 del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, no tienen la vocación de agotar la ordenación regulatoria de las políticas públicas relativas a las medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, por cuanto se dictan al amparo del artículo 149.1.16.ª de la Constitución, según advierte la disposición final segunda de la referida norma reglamentaria.

“Por ello, considero que la regulación del régimen de distancias establecido en el artículo 6.1 c) de la Ordenanza municipal reguladora de las infraestructuras radioeléctricas de telecomunicaciones, aprobada por el Ayuntamiento de Burriana el 3 de junio de 2004, no menoscaba ni perturba ni cercena la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones ex

artículo 149.1.21.^a CE, por cuanto no cabe una interpretación exorbitante de esta competencia, desvinculada de la naturaleza de la actividad regulada, que varíe de contenido la competencia municipal en materia de salud ambiental, ya que sería contraria al principio de autonomía local y, por ende, al principio de subsidiariedad, consagrados en los artículos 137 y 140 de la Constitución.

“Segundo.– También procedía rechazar el extremo del motivo de casación en que se censura la decisión de la Sala de instancia por infringir la legislación estatal en materia de telecomunicaciones y, singularmente, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por cuanto se sustenta en el argumento de que la regulación contenida en el artículo 6 de la Ordenanza municipal reguladora de la instalación, puesta en funcionamiento y mantenimiento de las infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación en el término municipal de Burriana (Castellón) de 3 de junio de 2004, supone introducir ‘un límite con carácter absoluto’ a la prestación del sistema de telefonía móvil, al prohibir la instalación de estaciones bases y antenas en las zonas definidas como espacios sensibles, que no resulta convincente, pues apreciamos, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 17 de noviembre de 2009 (5583/2007), que dicha restricción no se revela desproporcionada.

“En este sentido, estimo que la regulación contenida en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, que tiene el carácter de norma básica, no puede considerarse, sin embargo, que tenga una vocación de ‘exclusividad’ o ‘exhaustividad’, que comporte un límite infranqueable al ejercicio de las competencias municipales en materia de protección de la salud ambiental, que produjera el efecto de despojar de forma absoluta a los Ayuntamientos para adoptar aquellas medidas específicas y adicionales de protección frente a los riesgos derivados de la exposición a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas.

“Al respecto, cabe poner de relieve que la Recomendación del Consejo Europeo de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos, delimita el marco de ac-

tuación de la Unión Europea y de los Estados miembros en el ámbito de protección de la salud, en relación con la exposición del público en general a los campos electromagnéticos, con base en el principio de subsidiariedad y en el principio de proporcionalidad, con el objetivo de lograr un elevado estándar o nivel de protección adecuado para aquellos ciudadanos que estén expuestos de forma más intensa a los campos electromagnéticos, en los siguientes términos:

“[...] (4) Es absolutamente necesaria la protección de los ciudadanos de la Comunidad contra los efectos nocivos para la salud que se sabe pueden resultar de la exposición a campos electromagnéticos;

“(5) Las medidas en relación con los campos electromagnéticos deberán proporcionar un elevado nivel de protección a todos los ciudadanos de la Comunidad; las disposiciones de los Estados miembros en este ámbito deberán basarse en un marco establecido de común acuerdo que contribuya a garantizar la uniformidad de la protección en toda la Comunidad;

“(6) De conformidad con el principio de subsidiariedad, cualquier nueva medida emprendida en un ámbito que no sea competencia exclusiva de la Comunidad, como es la protección de los ciudadanos contra la radiación no ionizante, solo puede ser adoptada por la Comunidad si, a la vista de la escala o de los efectos de la acción propuesta, la Comunidad puede alcanzar los objetivos propuestos mejor que los Estados miembros;

“(7) Las acciones sobre la limitación de la exposición del público en general a los campos electromagnéticos deberían guardar proporción con otros aspectos de la calidad de vida en relación con servicios en que se recurre a los campos electromagnéticos, en sectores como las telecomunicaciones, la energía y la seguridad pública;

“(8) Es necesario establecer un marco comunitario para la exposición a los campos electromagnéticos con objeto de proteger a los ciudadanos por medio de recomendaciones dirigidas a los Estados miembros;

“(9) La presente Recomendación tiene como objetivo proteger la salud de los ciudadanos y, por lo tanto, se aplica en especial a las zonas pertinentes en las que los ciudadanos pasan un lapso de tiempo significativo en relación con los efectos cubiertos por la presente Recomendación;

“[...]”

“(13) La observancia de las restricciones y niveles de referencia recomendados debería proporcionar un elevado nivel de protección contra los efectos nocivos para la salud que pueden resultar de la exposición a

campos electromagnéticos pero tal observancia puede no impedir necesariamente que se produzcan problemas de interferencia u otros efectos sobre el funcionamiento de productos sanitarios tales como prótesis metálicas, marcapasos y desfibriladores cardíacos e injertos cocleares y otros injertos; la interferencia con marcapasos puede ocurrir a niveles inferiores a los niveles de referencia recomendados y debería por ello someterse a las precauciones adecuadas que, sin embargo, están fuera del ámbito de la presente Recomendación y se tratan en el contexto de la legislación sobre compatibilidad electromagnética y productos sanitarios.

“(14) De conformidad con el principio de proporcionalidad, la presente Recomendación establece principios generales y métodos de protección del público, pero que es competencia de los Estados miembros el establecimiento de normas detalladas respecto de las fuentes y prácticas que pueden dar lugar a exposición a campos magnéticos y la clasificación de las condiciones de exposición de los individuos en profesionales o no profesionales, teniendo en cuenta y respetando las normas comunitarias en relación con la salud y la seguridad de los trabajadores”.

5. Los deberes de cooperación y colaboración con la Administración del Estado y con la Comunidad Autónoma: A) STS de 12 de diciembre de 2012 (RC 1585/2010); B) STS de 4 de diciembre de 2012 (RC 4983/2011)

El Gobierno local, que asume la gestión de los intereses públicos que afectan a la colectividad local, debe, ineludiblemente, ejercer sus competencias propias en régimen de autonomía, pero la existencia de un marco competencial concurrente respecto de numerosas actividades, promueve que deba contar con la colaboración de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma para su eficiente ejecución.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012 (RC 1585/2010) es exponente de la necesidad de arbitrar mecanismos institucionales de resolución de conflictos entre la Administración local y la Administración de la Comunidad Autónoma, que contribuyan a la “buena gobernanza de los asuntos locales”, con el objeto de solventar con rapidez y sin daño para la *res pública* aquellas controversias que puedan surgir de una diferente interpretación del interés público.

En esta sentencia del Tribunal Supremo, que confirma la sentencia dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de enero de 2010, que declaró nulo el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 18 de enero de 2007, por el que se declaró de interés general y se aprobó el proyecto de obras de restauración y consolidación del Depósito n.º 3 del Canal de Isabel II, así como de las zonas verdes e instalaciones deportivas a ubicar en su superficie, se cierra un prolongado conflicto que había enfrentado a la Asociación de vecinos “El Organillo de Madrid”, al Ayuntamiento de Madrid y al Gobierno de la Comunidad Autónoma, respecto de la construcción de un campo de golf en el barrio madrileño de Chamberí.

El Tribunal Supremo hace una interpretación restrictiva del artículo 180 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y del artículo 244 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, cuyo contenido se reitera en el artículo 161 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en el sentido de que el presupuesto de “excepcional interés público”, que legitima a la Administración de la Comunidad Autónoma para aprobar la ejecución de un proyecto de obras de carácter municipal, exige una reforzada justificación que evidencie que no era viable la adaptación al planeamiento urbanístico:

“[...] Como hemos señalado, el segundo motivo de la Administración autonómica recurrente, esgrimido al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley Jurisdiccional, denuncia la vulneración del artículo 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por estimar debidamente fundado el Acuerdo del Consejo de Gobierno impugnado, pues, a su juicio, concurre una motivación sobrada y más que suficiente para justificar el uso de la facultad autorizada por el artículo 161 de la Ley urbanística madrileña. Destaca que se parte de una nueva situación, cual es ‘la recuperación de una superficie de 12 hectáreas para disfrute público’, por lo que se consideró conveniente el rediseño de las instalaciones deportivas en la superficie, que, a su vez, lleva como consecuencia ‘la incorporación de más zonas de parque público y de más instalaciones deportivas’. Señala, a su vez, que se dan una serie de datos concretos y se marcan los objetivos que tiene la reforma urbanística emprendida, se justifica por qué se elige la propuesta del Canal frente a las objeciones del Ayuntamiento, y se citan las normas jurídicas aplicables al caso, por lo que entiende que existe una motivación no solo sucinta, sino amplia y detallada.

“El motivo, repetimos, no puede prosperar. La jurisprudencia, en relación con los actos en materia urbanística, promovidos por las Administraciones Públicas y con base en lo establecido por el artículo 180 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y, posteriormente, el artículo 244 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (contenido hoy en la Disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008), recogido en esencia y en lo que aquí interesa en el artículo 161 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, ha declarado que el procedimiento que marca el artículo 180.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, cuando el Ayuntamiento interesado comunica su disconformidad con la acomodación del proyecto de obras al planeamiento, se proyecta en una doble dirección: la una, por la decisión final acerca de la ejecución del proyecto por la Administración que cuida del interés superior, y, la otra, por el ajuste del planeamiento urbanístico a la nueva situación creada por la inviabilidad de la obra definitivamente puesta en marcha, ámbitos que son distintos, por ser diferente su virtualidad, ya que el primer momento es decisivo al imponerse un proyecto concreto contra el planeamiento en vigor.

“En este sentido, la Sentencia de este Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1998, destaca: ‘... que el ejercicio de tal potestad viene condicionado por la preexistencia de razones de urgencia o excepcional interés público, que son conceptos jurídicos indeterminados a integrar conforme a las circunstancias de cada supuesto concreto contemplado, y bastando la concurrencia de una de ellas para que pueda adquirir plena efectividad de materialización de la potestad emanada del artículo 244.2 del referido Real Decreto Legislativo 1/1992, con arreglo al cual la competencia municipal se limita a informar sobre la conformidad del proyecto de obra con el planeamiento urbanístico en vigor, informe que no tiene ni el alcance de la licencia ni su posible carácter negativo que supone un impedimento para la obra en cuestión’.

“Ha puntualizado la jurisprudencia que en tanto en cuanto nos hallamos ante una excepción al principio general de intervención del Ayuntamiento en todas las obras que se realicen en su término municipal, resulta obligado verificar en cada supuesto la concurrencia de las específicas razones de urgencia o de excepcional interés público que legitiman la utilización de un procedimiento tan excepcional como el presente, que en razón precisamente de su carácter excepcional exige

una motivación que satisfaga mínimamente las exigencias que el uso de tan exorbitante potestad supone.

“Pues bien, descendiendo, sobre la base de estas premisas, al examen del caso, coincidimos con la Sala de la instancia, cuyo criterio compartimos por entero, en que el acudir a una facultad excepcional como la presente requiere un especial rigor en la justificación de su ejercicio, que no cabe apreciar en este caso, pues la motivación que se ha querido dar para la actuación examinada resulta ciertamente insuficiente.

“No debe olvidarse que si la empresa pública Canal de Isabel II se dirige el 16 de enero de 2007 al secretario general técnico de la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, comunicando el interés general de la ejecución de la modificación del proyecto de las obras de consolidación, impermeabilización y ajardinamiento sobre la cubierta n.º 3 del Canal de Isabel II en la Avenida de las Islas Filipinas, y solicitando su tramitación por la vía del artículo 161 de la Ley del Suelo madrileña, es fundamentalmente como consecuencia de los reparos que anteriormente el Ayuntamiento había manifestado a la segunda solicitud de licencia de 13 de octubre de 2006 del nuevo proyecto, cuya modificación había justificado el Canal, al parecer, como consecuencia de las protestas vecinales, y todo ello sin tratar de solventar las objeciones de naturaleza urbanística puestas de manifiesto por el Ayuntamiento de Madrid en el ejercicio de las competencias que legal y ordinariamente le corresponden, salvo para afirmar –sin corresponderle– su ajuste al planeamiento urbanístico, y sin hacer el más leve intento de ajustar el proyecto presentado a la ordenación urbanística en los términos señalados por el Ayuntamiento, ni de justificar, legal o técnicamente, la imposibilidad material del mismo; sino limitándose, simplemente y sin otro fundamento, a apuntar que ‘considera que no resulta posible, ni pertinente su adaptación al planeamiento urbanístico’, que es el razonamiento que el Acuerdo del Consejo de Gobierno impugnado asume, haciéndolo suyo, para justificar la declaración de excepcional interés general de la ejecución del proyecto controvertido, incurriendo en una evidente y notoria falta de justificación.

“De todo ello se desprende, con meridiana claridad, que el excepcional interés público –y no otro– que demanda la correcta interpretación del artículo 161 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, en la línea de sus antecedentes legislativos contenidos en los citados artículos 180 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, 244 del Texto Refundido de la

Ley del Suelo de 1992 y la disposición adicional décima del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, no está motivado en el caso de autos, pues responde al intento de sustraerse a la aplicación de las reglas de autorización y disciplina urbanística que, en materia urbanística, corresponde a los Ayuntamientos ex artículo 25.2 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y no a la existencia de razones excepcionales de interés público que, de haber concurrido en el presente caso, tendrían que haberse puesto convenientemente de manifiesto.

“Esto es, la Administración de la Comunidad de Madrid debería haber justificado las razones de excepcional interés público que le llevaban a realizar e imponer un proyecto distinto del legal y diferente también, como ha sido el caso, de aquel primitivo para el que sí obtuvo una primera licencia de obras otorgada en fecha 18 de marzo de 2003, que justificara el empleo de la extraordinaria potestad prevista en el mencionado artículo 161 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid; justificación que para la reforma del proyecto y la nueva solicitud presentada no ha sido realizada, al no razonarse por qué no se podía adaptar el proyecto a las deficiencias advertidas por el Ayuntamiento de Madrid, ni explicar la concurrencia de un interés general tan relevante y cualificado como para mantener el nuevo proyecto a pesar de contravenir las determinaciones contenidas en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid”.

El Tribunal de instancia había fundamentado su decisión con extremado rigor jurídico, con base en las siguientes consideraciones, que por su interés transcribimos, en cuanto reconoce que el mencionado artículo 161 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid no atribuye competencias a la Administración autonómica para fiscalizar las decisiones de los Ayuntamientos en materia de concesión de licencias urbanísticas:

“[...] ‘el art. 161 no confiere competencia a la Comunidad de Madrid para fiscalizar o juzgar las decisiones de los Ayuntamientos sobre la concesión o denegación de licencias urbanísticas, como tampoco lo hacían a la Administración central los arts. 244 TRLRS y 180 TRLS. Así pues, resulta superflua la fundamentación del acto recurrido acerca de las vulneraciones del Plan de Ordenación Urbana de Madrid por el proyecto del Canal, fundamentación que concluye en el sentido de negar las infracciones que motivan el rechazo de la licencia. Solamente los tribunales disponen de la facultad de revisar la denegación de la licencia en el seno del procedimiento judicial. Nótese que el art. 161 tan

citado no prevé una traslación de la competencia urbanística a favor de la Administración autonómica, de manera que, a modo de instancia superior, resuelva sobre el ajuste al planeamiento de sus propios proyectos. Por el contrario, el precepto respeta la esfera de decisión municipal y parte de la presunción de validez del criterio del Ayuntamiento, presunción que ha de prevalecer hasta su formal anulación aunque solo sea en virtud del principio general que acoge el art. 57 LRJPAC.

“Dicho de otro modo, no es que la norma del art. 161 confiera a la Comunidad la última decisión ante su discrepancia con el Ayuntamiento sobre la normativa urbanística, sino que autoriza a aquella a eludir las consecuencias de la infracción de esta normativa cuando la obra tenga un excepcional interés general y no sea posible acoplarla al planeamiento”.

Advierte la Sala que la potestad de la Comunidad es excepcional y posee un alcance subsidiario ante la imposibilidad de ajustar el proyecto a las normas urbanísticas, y matiza, con cita de la jurisprudencia, que solo cuando no resulte posible conformar los actos previstos al planeamiento existente, y el excepcional interés público exija no solo proceder por vía de urgencia –que exime de solicitar previamente la licencia municipal–, sino además no respetar el planeamiento establecido, cabrá apartarse de este. Por añadidura –advierte la Sala– el deber de motivar el interés general del proyecto que exige el artículo 161 no versa sobre el proyecto en su totalidad, sino particularmente sobre las características o los elementos del mismo no acomodados a las normas urbanísticas, esto es, el excepcional interés general no ha de afectar únicamente a la obra considerada como un todo, sino también a las concretas características de la misma que contrarían el planeamiento y determinan la ilegalidad urbanística del proyecto.

Proyectadas estas consideraciones sobre el caso, dice la sentencia (fundamento jurídico séptimo):

“En el caso que nos ocupa no ofrece duda que la ejecución del proyecto de autos es de interés general. Afecta a una infraestructura esencial como es uno de los depósitos de agua de Madrid y, entre otros fines, tiene el de dotar de parques y espacios deportivos públicos a una superficie considerable ubicada en una zona céntrica de la ciudad.

“Ahora bien, no todo el proyecto es opuesto a la normativa urbanística. Los inconvenientes que apreció el Ayuntamiento de Madrid son muy concretos y recaen únicamente sobre las instalaciones de golf, el ce-

rramiento que exigen las mismas y los tres nuevos pabellones proyectados. Son estos tres extremos sobre los que habría de versar la motivación del interés general y la comprobación de la imposibilidad de adecuarlos a las normas urbanísticas, pues no ha de perderse de vista que la facultad del art. 161 es siempre subsidiaria a la inviabilidad de adecuar el proyecto a la legalidad.

“No obstante, la única alusión que para el acto recurrido merece esta cuestión es la reflejada en su apartado VII *in fine*, donde se justifica el ‘indudable y excepcional interés público’ en la incorporación al proyecto de ‘nuevas y avanzadas instalaciones para el desarrollo de deportes que cuentan con numerosos aficionados en la Comunidad de Madrid, como son el *paddle* y el golf’.

“Esta motivación resulta notoriamente insuficiente.

“Téngase presente que nos hallamos ante el ejercicio de una facultad discrecional y, además, excepcional, que conlleva en definitiva una contravención normativa por razones de interés público, con la posterior modificación de la misma. No es irrazonable esperar un mayor rigor o intensidad en la justificación del ejercicio de tal potestad. La motivación del Acuerdo es, por un lado, excesivamente genérica, pues sin disponer de otros datos algo más concretos sobre la demanda relativa al deporte del golf, cuyas instalaciones son las únicas contrarias al planeamiento, y a los recursos ya existentes para satisfacer a los aficionados, no es apreciable la generalidad y excepcionalidad de este interés. Pero, principalmente, no hay mención alguna del excepcional interés público en disponer de tan especiales instalaciones en el lugar donde se ubica el depósito número 3 del Canal, y tampoco a los eventuales impedimentos arquitectónicos o de otra índole para sustituir el vallado perimetral y los pabellones por otros elementos y construcciones apropiados a las normas urbanísticas. Es más, el Canal, en la comunicación dirigida a la Comunidad, señalaba respecto a la eventualidad de acomodar el proyecto al planeamiento que ‘no resulta posible, ni pertinente’. Es irrelevante que resulte o no ‘pertinente’, pues lo que el art. 161 exige es la imposibilidad, no la inconveniencia o la falta de oportunidad. Y ni en esa comunicación ni en el Acuerdo del Gobierno se exterioriza causa alguna por la que no sea factible transformar las previsiones del nuevo proyecto para acomodarlas al PGOM.

“[...]”

“Debe concluirse que la función de esta Sala no alcanza al enjuiciamiento del ajuste a la legalidad urbanística del proyecto del Canal, cuestión que intenta

suscitar la letrada de la Comunidad aportando los argumentos destinados a contradecir los informes municipales.

“La decisión del Ayuntamiento sobre la concesión de la licencia es un acto administrativo que dispone de presunción de legalidad y su adecuación o no a la normativa urbanística, es totalmente ajena a este pleito. Además, la Comunidad de Madrid, mediante el acto recurrido, ha utilizado una prerrogativa o remedio legal que no contempla ni permite el cuestionamiento del criterio del Ayuntamiento sobre la acomodación o no del proyecto al planeamiento urbanístico.

“La esfera de la competencia de esta Sala en el seno del proceso queda delimitada en los términos que apreció el Tribunal Constitucional en las ya citadas SS 56/1986 y 149/1998, en el sentido de que los acuerdos que en aplicación de los indicados preceptos legales dicte la Administración son impugnables ante los tribunales, a los que corresponde decidir si se han dado los presupuestos de urgencia y excepcional interés público y si, en su caso, era necesario apartarse del planeamiento establecido. Dicha decisión, en virtud de los datos y alegaciones con los que cuenta la Sala para resolver, ha de ser en el presente supuesto de contenido negativo”.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012 (RC 4983/2011), que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2011, que anuló las resoluciones de la Consejería de Cultura y Turismo de la Comunidad de Madrid de 22 de octubre y 27 de junio de 2007, demuestra la confrontación existente entre el Ayuntamiento de Madrid y la Comunidad Autónoma de Madrid, respecto de la necesidad de incoar un expediente de declaración del Teatro Albéniz como bien de interés cultural.

Efectivamente, en este proceso contencioso-administrativo se aprecia la diferente sensibilidad del Ayuntamiento de Madrid y de la Comunidad Autónoma de Madrid, respecto de la salvaguarda de los valores y bienes culturales, puesto que con anterioridad el Teatro Albéniz había sido incluido en el catálogo de edificios protegidos –uso vinculado al teatro–, en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, aprobado en 1998, aunque, en este concreto recurso, mantuviera una posición procesal de pasividad, al entablarse entre los solicitantes de la declaración de

bien de interés cultural, la propiedad del teatro y la Comunidad de Madrid.

El Tribunal Supremo, en cuanto inadmite el tercer motivo de casación por sustentarse en la infracción de normas del derecho público de la Comunidad Autónoma de Madrid –Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid–, cuya interpretación está reservada a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirma la fundamentación de la Sala de instancia sobre el carácter reglado de la decisión de incoar el procedimiento de declaración de bien de interés cultural, como también lo es el acto final de dicha declaración, aunque, en este concreto supuesto, la potestad administrativa se encuentra legalmente definida mediante conceptos jurídicos indeterminados, que no son lo mismo que potestad discrecional.

La Sala de instancia funda el carácter reglado del procedimiento de declaración de un bien de interés cultural y de la decisión que culmina el procedimiento, con base en los siguientes razonamientos:

“[...] Así se desprende de la regulación contenida en la Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, en la que se definen dos categorías sustanciales de bienes culturales protegidos, la de ‘bien de interés cultural’ y la de ‘bien incluido en el Inventario’, tal y como se explica en su Preámbulo:

“Se ha conservado la figura de protección establecida por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, de *Bien de Interés Cultural*; así serán declarados los bienes culturales más destacados del patrimonio histórico en la Comunidad de Madrid [...] Se ha introducido una figura intermedia de protección, la de bien incluido en el Inventario, para aquellos que, sin tener el valor excepcional de los anteriores, posean especial significación e importancia que les hagan acreedores de un régimen de protección superior al del resto de los bienes culturales’.

“En este caso, los recurrentes han solicitado para el Teatro Albéniz la categoría de mayor protección que es la de ‘bien de interés cultural’ y, en concreto, en la clase de ‘Monumento’, categoría y clase que aparecen definidas en el art. 9 en relación con el art. 1.3 de la Ley autonómica.

“Y así, dispone el art. 9.1 que ‘Los bienes muebles e inmuebles, así como los hechos culturales y obras de la naturaleza integrantes del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, que reúnan de forma singular y relevante las características previstas en el

art. 1.3 de la presente Ley, serán declarados bienes de interés cultural’.

“Y el art. 1.3 dispone que ‘Integran dicho patrimonio, los bienes muebles e inmuebles de interés cultural, social, artístico, paisajístico, arquitectónico, geológico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico y técnico, así como natural, urbanístico, social e industrial, relacionados con la historia y la cultura de la Comunidad. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los conjuntos urbanos y rurales, los lugares etnográficos, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques de valor artístico, histórico o antropológico y aquellos bienes inmateriales que conforman la cultura popular, folclore, artes aplicadas y conmemoraciones tradicionales’.

“Y en fin, entre las diversas clases de ‘bienes de interés cultural’ se encuentra la de ‘Monumento’ que es definida en el art. 9.2.a) de la Ley como ‘la construcción u obra producto de la actividad humana de relevante interés cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico, artístico, etnográfico, científico o técnico, con inclusión de los muebles, instalaciones y accesorios que expresamente se señalen como parte integrante del mismo y que por sí solos constituyan una unidad singular. Dicha consideración de Monumento es independiente de su estado de conservación, valor económico, antigüedad, titularidad, régimen jurídico y uso’.

“La inclusión de los bienes de interés cultural en cualquiera de las clases mencionadas en la Ley, entre las que se encuentra la aquí solicitada de Monumento, ‘se realizará mediante expediente administrativo incoado por la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid’ (art. 9.2). Y ‘la incoación del expediente de declaración, determinará, respecto del bien afectado, la aplicación inmediata del régimen de protección previsto en la presente Ley para los bienes ya declarados. En el caso de los bienes inmuebles la incoación del expediente producirá, desde su notificación al Ayuntamiento correspondiente, la suspensión de la tramitación de licencias municipales, así como la suspensión de los efectos de las ya concedidas. No obstante, el órgano competente podrá autorizar la realización de obras necesarias para su conservación y mantenimiento, que manifiestamente no perjudiquen la integridad y valores del bien, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 16.1 y 2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio’ (art. 10.4).

“Como puede apreciarse, la definición de qué sea bien de interés cultural, y dentro de estos, del definido

como 'Monumento', se realiza por la ley autonómica mediante conceptos jurídicos indeterminados que habrán de ser integrados por la Administración con el correspondiente margen de apreciación que ello entraña derivado de la indeterminación normativa en su definición, dado que se trata de conceptos indeterminados que integran juicios de valor o técnicos, proceso de integración que ha de realizarse a través del correspondiente expediente de declaración. Pero si se concluye que se dan las características legalmente definitorias de un bien como 'bien de interés cultural', la Administración no puede optar por declararlo así o no por criterios de oportunidad, sino que necesariamente habrá de efectuar la declaración de bien de interés cultural prevista en la ley. Una cosa es el margen de apreciación del que está dotada la Administración para integrar el concepto jurídico indeterminado formado por juicios de valor o técnicos (reunir 'de forma singular y relevante' 'interés cultural, artístico, arquitectónico, arqueológico', etc.) y otra bien distinta que este margen de apreciación en la integración del concepto suponga el ejercicio de una potestad discrecional.

"Y otro tanto ocurre con la decisión de incoación del procedimiento de declaración como bien de interés cultural, decisión de incoación en la que la ley tampoco se remite a criterios de oportunidad o a juicios subjetivos de la Administración que es lo característico de la potestad discrecional. La Comunidad de Madrid parece deducir el carácter discrecional y no reglado de la potestad de decisión de incoación del procedimiento de declaración de bien de interés cultural de la dicción literal del art. 10.1 de la Ley estatal 16/1985, cuando dice que 'Cualquier persona podrá solicitar la incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural. El organismo competente decidirá si procede o no la incoación'. Ahora bien, esta facultad de decidir si procede o no la incoación a lo que hace referencia, según entendemos, es al carácter de oficio de la potestad de iniciación misma, esto es, a que la Administración no se encuentra vinculada por la solicitud efectuada por los particulares, siendo a la propia Administración, y no a los particulares, a la que corresponde decidir si el procedimiento ha de incoarse o no, pero no convierte tal decisión de la Administración en discrecional, sino que si concurren circunstancias suficientes para entender que se dan los elementos legales definitorios de un bien como 'bien de interés cultural', está obligada a incoar el procedimiento.

"Ciertamente, en el momento de la incoación no es posible para la Administración tener la certeza de

que concurren en el bien de que se trate las características legalmente definitorias de la categoría de 'bien de interés cultural', pues se trata de una categoría legalmente definida mediante conceptos jurídicos indeterminados para cuya integración está prevista, precisamente, la tramitación del completo procedimiento de declaración de bien de interés cultural, de forma que solo al final del procedimiento podrá tenerse la certeza de que el bien de que se trate encaja o no en la definición legal de 'bien de interés cultural'. Pero esto tampoco significa que la Administración pueda, sin más, adoptar la decisión de incoación por la mera solicitud de particulares. Debe, a este respecto, tenerse en cuenta que la propia decisión de incoación lleva aparejadas importantes limitaciones para los propietarios del bien concernido por la incoación (art. 10.4 de la Ley autonómica 10/1998). Por ello, la Administración, en el momento de la incoación, si bien no puede tener la certeza de que concurren los elementos legales definitorios de un bien como 'bien de interés cultural', ha de tener, en todo caso, para que tal iniciación no pueda tildarse de arbitraria, indicios bastantes y suficientes de la existencia de las características legalmente definitorias de un bien como bien de interés cultural, pero si tales indicios bastantes concurren —análisis en el que cabe a la Administración un margen de apreciación derivado de la naturaleza de juicios técnicos o de valor integradores de los conceptos indeterminados utilizados por la ley para definir un bien como bien de interés cultural—, la Administración está obligada a incoar el correspondiente procedimiento de declaración.

"Es así como debe entenderse, a nuestro juicio, el art. 10.1 de la Ley estatal 16/1985, cuando dice que 'El organismo competente decidirá si procede o no la incoación'. Lo que el legislador pretende es, pues, que, efectuada la solicitud por los particulares, antes de adoptarse la decisión de oficio de incoación, se efectúen las pertinentes indagaciones sobre si concurren circunstancias suficientes como para incoar el procedimiento ya que la propia decisión de incoación, como hemos visto, lleva aparejadas importantes limitaciones para los propietarios del bien de que se trate, pero si tales circunstancias suficientes concurren, el procedimiento habrá de ser incoado.

"Así pues, la respuesta que la Administración habrá de dirigir a los particulares solicitantes de la incoación del procedimiento es la de si concurren o no tales circunstancias bastantes de la existencia de las características legales definitorias de la clase de bien de interés

cultural solicitado y, solo en el caso de que entendiera que así no es, podría denegar la incoación del procedimiento de declaración de bien de interés cultural. O dicho de otro modo, si tales circunstancias bastantes concurren, está obligada a incoarlo. No se trata, pues, en nuestro criterio, del ejercicio de una potestad discrecional, sino reglada”.

La Sala de instancia examina ponderadamente los argumentos expuestos por los particulares peticionarios de que el Teatro Albéniz se declarase bien de interés cultural, y los razonamientos que argüía la Comunidad de Madrid, avalados con la aportación de dos informes técnicos, para llegar a la conclusión de que era procedente, ante las circunstancias singulares concurrentes, derivadas de la excepcional proyección del Teatro en la trayectoria cultural de Madrid, que se incoara el procedimiento previsto legalmente para poder resolver adecuadamente el expediente.

6. La responsabilidad del Gobierno local en la financiación de sus actividades: A) STS de 10 de diciembre de 2012 (RC 1807/2010); B) STS de 11 de marzo de 2013 (RC 6826/2009)

El ejercicio responsable de las competencias municipales por los Gobiernos locales exige el estricto cumplimiento de los compromisos económicos, financieros y contractuales contraídos, porque de ello depende la sostenibilidad de la Hacienda local.

Una de las fuentes ordinarias de financiación de los Ayuntamientos son las subvenciones públicas, destinadas a promover el desarrollo de determinadas actividades, cuyo otorgamiento se condiciona al cumplimiento de determinados objetivos de interés público.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012 (RC 1807/2010) desvela las gravosas consecuencias que para un ente local supone el incumplimiento de las condiciones impuestas en el Acuerdo de otorgamiento de la subvención, que obliga al reintegro de la ayuda concedida más los intereses.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012, confirmando anteriores pronunciamientos, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Bailén contra la sentencia de la Audiencia Nacional que acuerda declarar la validez de la resolución del Ministro de Industria, Turismo y Comercio que exige la devolución de la subvención, con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

“[...] La naturaleza de la subvención percibida por el Ayuntamiento recurrente y el incumplimiento de las condiciones que sobre él pesaban como beneficiario constituyen elementos que han sido apreciados por la Sala de instancia mediante el examen de la prueba, el cual ha dado lugar a una valoración que no puede revisarse en los estrictos límites de la casación.

“Del contenido de la orden de convocatoria de la subvención (que sí fue objeto de publicación pese a lo afirmado por el recurrente), de la solicitud formulada por el mismo concesionario y de las órdenes de concesión, se desprende sin ninguna dificultad la disparidad de la ayuda otorgada con el tipo donde pretende incluirla el recurrente. El enunciado de la Orden CTE/329/2003, de 12 de febrero, es el siguiente: ‘Orden [...] por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas para actuaciones de reindustrialización y la convocatoria para las solicitudes de dichas ayudas en el año 2003’. En el preámbulo se enmarca la finalidad de las subvenciones ‘en el ámbito de sus políticas de reindustrialización y de dinamización tecnológica’ donde ‘trata de llevar a cabo actuaciones de apoyo tendentes a potenciar, regenerar o crear el tejido industrial’. La segunda disposición de la orden define su objeto de esta manera:

“‘Objeto y prioridades de las ayudas.—1. Podrán recibir ayudas las iniciativas que tengan por finalidad contribuir a la Reindustrialización y a la Dinamización Tecnológica de las zonas a las que se refiere el punto primero de esta Orden a través de alguna de las siguientes áreas y, dentro de ellas, de las actuaciones correspondientes:

“‘a) Área de infraestructura:

“‘a.1) Infraestructura básica y de servicios: Realización de inversiones en infraestructuras técnicas e industriales de uso común o compartido, tales como parques tecnológicos, suelo industrial, acceso a redes de transporte y de telecomunicación, etc. Asimismo, se incluye el desarrollo de proyectos que proporcionen al sector industrial servicios de diagnosis y soluciones tecnológicas a grupos de pymes, así como de asesoramiento y gestión sobre necesidades y oportunidades de captación de negocio, de proyectos de inversión, y de procesos de internacionalización’.

“A este apartado se acogió la solicitud del Ayuntamiento de Bailén que obra en el expediente administrativo, donde se tituló el proyecto: ‘Actuaciones para reindustrializar Bailén: 2003’. Al mismo contenido respondían los datos y la memoria del proyecto aportados por el solicitante, así como las órdenes de concesión

del préstamo y de la subvención. En las últimas se reitera que su objeto es la realización por la entidad beneficiaria de la actuación de reindustrialización, se calcula la ayuda sobre el coste de la inversión, se establece un plazo de ejecución de la misma y, en definitiva, todas sus disposiciones reflejan idéntica finalidad de fomento. Igual idea se refleja en las resoluciones administrativas relativas con la obligación de reintegro, que son las recurridas en este proceso.

“Ante la evidencia que ofrecen todos estos elementos, de unívoca significación, pretender que la ayuda económica estaba destinada a financiar globalmente la actividad del Ayuntamiento es insostenible en tal medida que resulta justificada la apreciación de temeridad que hizo la Sala de instancia.

“Con la misma claridad se desprende el incumplimiento de la principal condición de la subvención. Pese a la reiterada reclamación de los justificantes de la inversión, estos no fueron entregados, y de la comprobación económica resultó que el grado de realización había sido nulo. Pero es más, el presidente de la Corporación alegó en vía administrativa que el destino de las sumas percibidas no había sido el de las inversiones que justificaban la ayuda, sino los gastos de personal y gastos corrientes por prestación de servicios de carácter obligatorio del Ayuntamiento.

“Estas razones son perfectamente trasladables a la ayuda de autos. Los fragmentos de la convocatoria y de la solicitud de la ayuda para el año 2003 que han sido transcritos coinciden totalmente con los términos de la Orden de 17 de julio de 2001 por la que se convocaban las ayudas para el año 2001 (aquí para el año 2002), así como con la correspondiente solicitud, evacuada por el Ayuntamiento el 30 de julio de 2001”.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2013 (RC 6826/2009) enseña que el ejercicio responsable de los servicios públicos por parte de los Ayuntamientos interesa también a la disponibilidad de crédito para afrontar las inversiones destinadas a garantizar su adecuado funcionamiento.

Los artículos 48 a 55 de la Ley de Haciendas Locales regulan el régimen jurídico de las operaciones de crédito que pueden concertar las entidades locales, los organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, con el objeto de cubrir sus necesidades económico-financieras.

A tenor de lo dispuesto en los artículos 19 y 23 del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Ge-

neral de Estabilidad Presupuestaria, el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria constituye el criterio esencial para autorizar o denegar la actuación de las operaciones de crédito.

Al respecto, el artículo 25.4 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, estipula que:

“El incumplimiento del objetivo de estabilidad en el último año de vigencia del plan, será causa suficiente de denegación de la autorización de endeudamiento”.

En esta sentencia del Tribunal Supremo se revoca la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Sevilla contra las resoluciones de la Dirección General de Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía de 24 de julio de 2008, por la que se autorizaba a la Empresa Municipal de Limpieza Pública y Protección Medioambiental, S.A. del Ayuntamiento de Sevilla para formalizar una operación de crédito a largo plazo, por importe de 14 000 000 de euros, y de 16 de octubre de 2008, por la que se denegaba la autorización para la reconversión de las operaciones a corto plazo, por importe de 30 000 000 de euros, dejando sin efecto la resolución anterior, al entender que, aunque cabe distinguir las operaciones a corto plazo y las operaciones a largo plazo, resulta autorizable la petición de reestructuración de la deuda que soporta una entidad local, mediante la conversión de los créditos a corto plazo en un único crédito a largo plazo, cuando se pretende financiar inversiones y no cubrir exigencias transitorias de tesorería:

“[...] Dentro de este marco normativo, la regla general sobre el endeudamiento de las entidades locales está contenida en el artículo 48 LHL: ‘las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes podrán concertar operaciones de crédito en todas sus modalidades, tanto a corto como a largo plazo, así como operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés y del tipo de cambio’. La extensión de esta potestad a las entidades mercantiles dependientes de las Administraciones locales es reiterada en los artículos 49.1, 53.1 y 54 del mismo texto.

“Las dos clases de crédito son objeto de una regulación individual: a los créditos a largo plazo se refieren

los artículos 49.1 y 53.1, y a los a corto plazo el artículo 51. En principio, la ley atribuye una distinta finalidad a estas dos clases de créditos que es coherente con las funciones que, en abstracto, están llamados a cumplir: la financiación de inversiones los créditos a largo plazo y la subvención de los gastos de funcionamiento los créditos a corto. No obstante, pese al criterio que acoge la sentencia recurrida, tales finalidades no parecen ser totalmente excluyentes. Es cierto que el artículo 49.1 otorga a los créditos a largo plazo el destino de financiar inversiones, pero también el de sustituir de modo total o parcial 'operaciones preexistentes', lo que reitera el artículo 53.1. Este último artículo, además, diferencia entre lo que constituye la sustitución de operaciones preexistentes y lo que es una mera modificación de las condiciones contractuales o la estipulación de garantías adicionales a créditos a largo plazo vigentes. De este modo, la sustitución de operaciones preexistentes que contempla la ley no queda limitada a un simple reemplazo de créditos de igual naturaleza, es decir, a la sustitución de anteriores operaciones de crédito a largo plazo concertadas para financiar inversiones.

"Sin embargo, esta es la tesis que defiende la Comunidad recurrida con apoyo en el número 3 del artículo 53, el cual dispone: 'No será precisa la presentación del plan de saneamiento [...] en el caso de autorización de operaciones de crédito que tengan por finalidad la sustitución de operaciones de crédito a largo plazo concertadas con anterioridad, en la forma prevista por la ley, con el fin de disminuir la carga financiera o el riesgo de dichas operaciones, respecto a las obligaciones derivadas de aquellas pendientes de vencimiento'. Pero esta prevención parece referirse al caso de meras modificaciones de las condiciones contractuales o adición de garantías que menciona el primer número del artículo 53, lo que justifica la supresión de requisitos encaminados a asegurar el buen fin económico de la operación. En cualquier caso, la norma transcrita regula una muy concreta eventualidad, y de ella no se deduce la prohibición de la sustitución de créditos como los aquí controvertidos.

"La aceptación de créditos a largo plazo para refianciar créditos a corto es congruente con la interpretación que preconizan las sentencias de esta Sala que cita el recurrente, en cuanto afirman que la 'permisibilidad de acudir al crédito es la regla general –art. 49 LHL–, mientras que su rechazo o condicionado, la excepción, y como tal ha de interpretarse restrictivamente, con la exigencia de una adecuada causa y congruencia con la situación del ente local'.

"En lo que respecta a este caso. La finalidad del crédito cuya autorización se solicitaba era la de renovar la deuda financiera a corto plazo contraída por LIPASAM y que había sido objeto de prórroga para el año 2008. Conforme al Plan económico-financiero de esta entidad y los diversos informes técnicos que obran en autos, la deuda a corto plazo consistía en 10 pólizas de crédito de 3 millones de euros cada una, concertadas con distintas entidades financieras y destinadas a cubrir los mayores gastos de explotación que había provocado el incremento de su actividad en los ejercicios comprendidos entre los años 2000 y 2007. Los créditos a corto plazo generaron un desequilibrio financiero como consecuencia de que el exigible a corto plazo superaba el activo circulante, y la solución presentada por LIPASAM conlleva la reestructuración de la deuda mediante su conversión en un único crédito a largo plazo.

"No nos hallamos, por tanto, ante la hipótesis que contempla la Sala de instancia, pues los créditos que serían sustituidos por la operación a largo plazo no tuvieron por objeto solucionar problemas puntuales y transitorios de tesorería, sino a la necesidad de atender a un desfase económico estructural consecuencia de la insuficiencia de los medios para hacer frente a los servicios".

7. Epílogo: apuntes críticos sobre la sostenibilidad del Gobierno local

La racionalización de las estructuras institucionales y administrativas de los entes locales no solo debe abordarse desde un prisma de mejorar la eficiencia de la Administración local, o desde la óptica de contención del gasto público, sino, esencialmente, desde una perspectiva constitucional y democrática, que parte de la caracterización de los municipios y provincias como entes descentralizados del poder público, que articulan territorialmente el Estado, y que ejercen competencias en régimen de autonomía en beneficio de los intereses de la colectividad.

El profesor de la Universidad de Santiago de Compostela Marcos Almeida ha destacado que "No cabe duda de que el régimen local español, desde hace años, necesita ser repensado, pero el objetivo que debe guiar esta labor ha de ser el de diseñar un nuevo orden local con vocación de perdurabilidad, basado en la justa ponderación de los principios estructurales que han de inspirar todo ordenamiento local moderno (au-

tonomía, subsidiariedad, proximidad, sostenibilidad, eficacia y eficiencia), y no el de articular un sistema provisional 'anticrisis', edificado sobre criterios exclusivamente económicos y coyunturales (como la reducción de la deuda y del déficit públicos)" ("La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la Administración local", *La planta del Gobierno local*, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo y Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013, págs. 61 y ss.).

Por ello, antes de adoptar decisiones sobre la reforma del régimen local, tendentes a garantizar la sostenibilidad económico-financiera de los Ayuntamientos y del Estado en su conjunto, que puedan comprometer de forma inexorable la pervivencia de determinados entes locales –supresión de provincias, municipios con escasa población y entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio–, es necesario reflexionar sobre la naturaleza dual de los municipios, como advierte este autor, como instancia primaria de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, y como Administración pública, a quien se atribuye la gestión de los servicios públicos esenciales para la comunidad local.

La reforma del Gobierno local, como ha puesto de relieve el catedrático de Ciencias Políticas de la Universidad de Darmstadt, Hubert Heinelt, es un elemento determinante de la calidad democrática de un Estado, que debe ser abordado por los responsables políticos no solo desde la perspectiva de su eficacia y de su eficiencia, sino también de su legitimidad, es decir, de su aceptación y apoyo por parte de los ciudadanos y la sociedad, lo que resulta decisivo para que pueda desplegar su efecto vinculante ("Posibles reformas de la estructura institucional del Gobierno local en España en el seno del 'Estado de las Autonomías'. Perspectiva comparada a la luz de los debates y recientes reformas

sobre el Gobierno local en los Estados miembros de la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio de 2012, págs. 40 y ss.).

La Constitución de 1978 ha establecido un diseño de los entes locales cimentado y asentado en la garantía del principio de autonomía local, que no puede degradarse por el legislador, reduciendo indiscriminadamente las atribuciones competenciales o el ámbito de actuación derivado de su configuración como Administración más cercana a los ciudadanos (*vid.* BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 1999).

La introducción del principio de estabilidad presupuestaria en la Constitución, tras la reforma de 27 de septiembre de 2011, como criterio delimitador de las actuaciones de las Administraciones Públicas, no aboca necesariamente a reducir las estructuras institucionales de carácter municipal o aminorar el catálogo de servicios que deben prestar los entes locales, sino a plantearse la reforma del sistema de financiación local, de modo que las Corporaciones locales puedan ejercer sus competencias en términos de sostenibilidad económica y eficiencia (*vid.* EMBID IRUJO, Antonio, "Reforma de la planta municipal y prestación de servicios locales", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio de 2012, págs. 99 y ss.).

La defensa de la autonomía local compromete, por mandato de la Constitución, al Tribunal Constitucional y a los tribunales contencioso-administrativos, que deben hacer aflorar, en el control de constitucionalidad de las normas con rango de Ley y en el control de legalidad de la potestad reglamentaria, los principios democráticos y sociales que identifican y estructuran al poder local. ■