

# El régimen jurídico de los entes locales en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia

Joaquín José Ortiz Blasco  
Magistrado

## 1. Cuestiones diversas.

1.1. Concejo Abierto. Régimen jurídico. 1.2. Representación de concejales en mancomunidades. 1.3. Cese de teniente de alcalde y revocación de la delegación de competencias. 1.4. Acuerdo municipal que acuerda disponer de medios necesarios para advertir a los ciudadanos de la existencia de controles de las fuerzas de seguridad. 1.5. Banderas. 1.6. Participación en la inspección anual de mojones fronterizos. Imposibilidad de delegación en la Subdelegación del Gobierno o en el juzgado de paz. 1.7. Acuerdo municipal que no permite instalaciones militares ni fábricas de armamento en el término municipal, impide el tránsito y comercio de armas, y se niega a acoger barcos de guerra. 1.8. Establecimiento de límites de edad en adjudicación de viviendas protegidas. 1.9. Vigilancia de las zonas de carga y descarga por parte de vigilantes de una sociedad municipal. Alcance. 1.10. Denegación de información y acceso a datos a concejales. 1.11. Limitación establecida por el alcalde del número de mociones que los diferentes grupos políticos pueden presentar al Pleno. 1.12. Convenios de colaboración en materia de educación, cultura, promoción económica y desarrollo rural. Competencia territorial.

## 2. Dominio público.

2.1. Responsabilidad de los ayuntamientos por exceso de ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

## 3. Bienes.

3.1. Recuperación de oficio. Requisitos. 3.2. Recuperación de oficio. Ejercicio de acciones por vecinos. 3.3. Incompetencia de la Administración para reconocer o negar el derecho de paso que afecta exclusivamente a particulares y a bienes de titularidad privada.

## 4. Contratación.

4.1. Contrato de consultoría y asistencia técnica. Ausencia de informe justificativo de la insuficiencia, falta de adecuación o conveniencia de no-ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato. 4.2. Pliego de cláusulas. Limitación de medios para acreditar la solvencia económica y financiera. 4.3. Pliego de cláusulas administrativas. Pago aplazado de precio del contrato. 4.4. Incumplimiento de las condiciones del pliego. Admisión extemporánea de un escrito que altera la oferta económica. 4.5. Incumplimiento del pliego de cláusulas administrativas. Previsión de informe de una comisión técnica que no se produce. 4.6. Pliego de cláusulas administrativas. Valoración de las proposiciones presentadas al concurso. Calendario de presentación de certificaciones de obra. Compromiso de participación en las subastas. 4.7. Adjudicación de contrato. Anulación de la puntuación de mejoras destinadas a obtener beneficios en cuestiones ajenas al contrato. 4.8. Adjudicación del contrato. Incorrecta valoración de la antigüedad de la empresa y de la experiencia. 4.9. Abono tardío de certificaciones sujetas a recepción de subvenciones no contempladas en el pliego de cláusulas administrativas. 4.10. Administración responsable del abono de certificaciones en supuestos de alteración de términos municipales. 4.11. Penalidades en caso de incumplimientos contractuales. No se está ante una sanción en sentido estricto. No es obligado seguir el procedimiento sancionador. 4.12. No es posible imponer penalidades cuando ha transcurrido en su totalidad el plazo de garantía. 4.13. Nulidad de pleno derecho del acuerdo de resolución del contrato seguido por el procedimiento sancionador. 4.14. Posibilidad de acordar la resolución del contrato una vez producida la finalización de las obras.

## 5. Mercados.

5.1. Traslado de actividad.

## 6. Suministro de agua.

6.1. Actuación de la Administración ante la prestación del servicio por vía de hecho.

## 7. Alteración de términos municipales.

7.1. Incumplimiento de los requisitos legales: A) Retroactividad de la Ley. Constitucionalidad de la norma. B) Política de impedir fragmentación de las estructuras municipales.

## 8. Derecho sancionador.

8.1. Ordenanza general de obras, servicios e instalaciones en las vías públicas y espacios públicos. Sanciones. Falta de cobertura legal.

## 1. Cuestiones diversas

### 1.1. Concejo Abierto. Régimen jurídico

La sentencia 162/2005, de 22 de febrero (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), examina la conformidad a derecho del decreto de un alcalde que designa a los vocales de una junta que representan a los sectores del municipio por la mayor operatividad que tiene frente a la asamblea vecinal, reconociendo a los vecinos el derecho de asistir con voz pero sin voto a las reuniones de la junta con funciones de Pleno.

En el régimen del Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un alcalde y una asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores. Ajustan su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido en esta Ley y las leyes de las comunidades autónomas sobre régimen local.

La Administración demandada funda la validez del decreto impugnado en la costumbre, invocando al efecto los precedentes desde tiempo inmemorial, pero tal alegato no es aceptado por el Tribunal que considera que los documentos aportados acreditan el nombramiento de tenientes de alcalde, pero de dichos documentos no cabe deducir que los nombramientos de tenientes de alcalde y vocales conllevaran la pérdida del voto de los vecinos en la Asamblea o Concejo Abierto, como explícitamente sí contempla en el decreto impugnado.

Pero es que, además, aun en el supuesto de que hubiera resultada probada tal costumbre, la privación del derecho al voto es contraria al ordenamiento jurídico, en atención a lo expresamente contemplado en el artículo 111.3 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de los entes locales, en tanto en cuanto establece la forma en que podrá otorgarse la representación de los vecinos y veda que ningún vecino pueda asumir la representación de más de un tercio de los miembros de la Asamblea vecinal, todo ello de conformidad con la normativa de la que trae causa, en último extremo el artículo 140 de la Constitución, toda vez que constituye una apropiación indebida del derecho de voto a los titulares del llamamiento directo ínsito en la Asamblea o Concejo Abierto.

En conclusión, la costumbre alegada, que por otra parte no ha resultado probada, no puede en ningún caso contravenir lo legalmente y constitucionalmente contemplado, que la Asamblea o Concejo Abierto la constituyen con derecho de voz y voto todos los electores.

La sentencia 353/2005, de 11 de marzo (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León), tiene que explicar que el hecho de que en el Decreto por el que se resuelve aprobar la estructura organizativa de la Concejalía de Participación Ciudadana –al atribuir la competencia de la Concejalía sobre unos actos que vienen organizándose y que son foros de participación ciudadana– se utilice la denominación de “Concejo Abierto”, con un criterio y finalidad claramente política, para referirse a una forma de participación ciudadana, las asambleas vecinales de barrio, ninguna confusión origina a los vecinos y administrados con relación a la acepción jurídica de aquel concepto, al no existir duda alguna de que la forma organizativa del municipio de Valladolid no es la propia del régimen de aquellos entes territo-

riales locales, ni de que el Decreto impugnado pretenda introducir en el municipio de Valladolid, lo que sería a todas luces ilegal, dicho régimen de funcionamiento.

## 1.2. Representación de concejales en mancomunidades

La sentencia 1399/2004, de 16 de diciembre (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), da respuesta a la alegación formulada por un partido político, que impugnó el acuerdo de aprobación por el Pleno de la corporación de la constitución y los estatutos de la Mancomunidad Intermunicipal de la Conca d'Òdena, formada por los Ayuntamientos de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena, considerando que se daba una falta de representatividad de los municipios asociados en los órganos de gobierno de la Mancomunidad, que infringe a su juicio los artículos 44.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local y 113.4 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña. Estos preceptos establecen que los referidos órganos de gobierno serán representativos de los ayuntamientos mancomunados, mientras que los preceptos estatutarios sólo articulan una verdadera representatividad respecto de uno de los elementos que forman la corporación municipal, el alcalde, pero no del otro, los concejales.

En opinión del recurrente, ello se produce porque la composición de la Junta General de la Mancomunidad tiene en cuenta el número de habitantes de los municipios y no el número de concejales y grupos municipales que integran cada Pleno de los ayuntamientos asociados.

El partido recurrente, que integra un grupo municipal minoritario, considera que al igual que en las comisiones informativas han de estar representados todos los grupos políticos integrantes de la corporación, también en el caso de que el ayuntamiento deba estar representado en una entidad distinta de él, en la misma medida han de estar en tal entidad representados todos los grupos políticos, y en apoyo de su tesis invoca la doctrina constitucional reflejada en las STC 32/1985 y 44/1995, relativa a las comisiones informativas.

Por otra parte, también denuncia que la ordenación estatutaria vacía de contenido la potestad de fiscalización y control atribuida por ley al Pleno y, por tanto, a los concejales, así como que la relativa al quórum de constitución de la Junta General agrava aún más la falta de representatividad porque permite su válida constitución con la asistencia de un número de miembros no inferior a tres, entre ellos el presidente, que pueden ser tres alcaldes y ningún concejal.

El Tribunal no acoge la pretensión anulatoria ni los razonamientos en que descansa porque el supuesto de autos no trata de la representación del ayuntamiento en órganos del mismo, como es el caso de las comisiones informativas, sino de la representación en órganos colegiados de entidades con personalidad jurídica independiente que dependen limitadamente del ayuntamiento, como ocurre con las mancomunidades.

La representación que se establece en el artículo 44.2 de la Ley reguladora de bases del régimen local y en el 113.4 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña ha de predicarse de los ayuntamientos respectivos y no de los grupos

políticos que compongan cada ayuntamiento que se mancomunan. La Ley no fija cuáles son estos criterios de representatividad, dejando que sean los estatutos los que establezcan esta representatividad.

### 1.3. Cese de teniente de alcalde y revocación de la delegación de competencias

La sentencia 342/2005, de 21 de abril (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), examina la pretensión del recurrente, concejal, de que se declare la nulidad de su cese como teniente de alcalde, y asimismo, la revocación de las delegaciones de competencias efectuadas con anterioridad por la Alcaldía, siendo datos relevantes que aquél protagonizó un incidente en un establecimiento abierto al público en una localidad, con ocasión del cual le fue intervenida al actor una pistola, para cuya tenencia disponía aquél de licencia de armas tipo B.

La Alcaldía acordó la apertura de un expediente de investigación de los hechos, que terminó con el acuerdo impugnado.

Es competencia de los alcaldes designar y revocar “libremente” a los tenientes de alcalde, tratándose por tanto de decisiones de carácter discrecional, relacionadas con sus atribuciones de “dirigir el gobierno y la administración municipal” [artículo 21.1.a) de la Ley reguladora de las bases del régimen local] y, en general, con la potestad de autoorganización como órgano municipal [artículo 4.1.a) de la Ley reguladora de las bases del régimen local].

En cuanto a las delegaciones de competencias del alcalde, en este caso en favor del actor mientras ostentó el cargo de teniente de alcalde, les resulta de aplicación la previsión contenida en el artículo 13.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, a cuyo tenor “la delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido”.

Así pues, el decreto de la Alcaldía, en virtud del cual, siendo de libre designación el cargo de teniente de alcalde ostentado por el actor, revocó también libremente dicho nombramiento, y con él las competencias delegadas en razón de su desempeño, se configura como un acto de naturaleza discrecional.

Como tal, su control jurisdiccional debe producirse tomando como mecanismos ordinarios: los presupuestos de hecho, los elementos reglados (existencia de la potestad y su extensión, la competencia, el procedimiento y el contenido parcialmente reglado, en su caso), la desviación de poder, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del Derecho.

En el presente supuesto, es patente que el acto impugnado fue dictado por el órgano competente para ello, esto es, la Alcaldía, a tenor de sus competencias resultantes de los preceptos legales que se han reseñado.

En cuanto al procedimiento seguido, resulta que fue el previsto en el artículo 46.1 del Reglamento de organización y funcionamiento de los entes locales, habiendo sido notificado al actor como destinatario principal del mismo, publicado en el BOP y objeto de dación de cuenta al Pleno municipal.

En cuanto al fondo de la decisión adoptada, no se aprecia desviación de poder –arbitrariedad para el recurrente–, ya que estando configurado legalmente el cargo de teniente de alcalde como de libre designación y de confianza, deben

tenerse como plausibles y razonables los argumentos justificativos en la resolución impugnada.

#### **1.4. Acuerdo municipal que acuerda disponer de medios necesarios para advertir a los ciudadanos de la existencia de controles de las fuerzas de seguridad**

La sentencia 251/2005, de 31 de marzo (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), examina la conformidad a derecho de un acuerdo municipal que aprueba una moción que hace referencia a la utilización de señales con el lema “Kontuz kontrola”, para advertir a los ciudadanos de la realización de controles de seguridad ciudadana, afirmando que dicha actuación forma parte de un plan preconcebido en cuyo desarrollo se han sucedido diversas actuaciones por varios ayuntamientos, afirmando, tras un detenido estudio de la normativa aplicable que la decisión municipal consistente en llevar a la práctica el cese de los controles mediante su señalización no tiene amparo legal, por cuanto el ayuntamiento no ejerce una atribución propia previamente establecida por las leyes ya que no la tiene ni para intervenir en los controles de propia mano ni para crear señales, siendo la finalidad perseguida, realizada al margen de los instrumentos de coordinación de las diferentes administraciones, de naturaleza política tendente a obstaculizar el legítimo e imprescindible actuar de la Administración del Estado.

#### **1.5. Banderas**

La sentencia 38/2005, de 19 de enero (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), no acepta la tesis del ayuntamiento demandado de que la moción cuestionada se limite a acordar que la *senyera* y la bandera de Ripoll ondeen permanentemente, pero sin que ello implique que se incumpla la obligación legal relativa a que también ondee la bandera de España, pues del tenor íntegro de la moción puede colegirse que en la misma se dispone que aquéllas ondeen permanentemente y solamente en el ayuntamiento, sin perjuicio de que en fechas puntuales lo hagan también las de España y de la Unión Europea, y, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3.1, 4 y 5 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, si se utiliza la bandera propia de la comunidad autónoma, o del municipio (o ambas), se hará junto con la bandera de España en la forma y preferencia que establece el artículo 6, lo que no observa la moción presentada.

La sentencia 858/2002, de 15 de noviembre (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), pone de relieve que la voluntad real del ayuntamiento era la de colocar en solitario la *ikurriña* y recuerda que la bandera de España sola o acompañada de otras –esto último es facultativo–, debe ondear diariamente en los edificios y establecimientos de las administraciones públicas (central, institucional, autonómica, provincial, insular o municipal), del Estado español, sin distinción de si los días son o no fiesta nacional, fiesta oficial, fiesta local o conmemorativas, pues dados los términos en que se manifiesta la Ley 39/1981, de 28 de octubre, no permite hacer distinciones que quebranten el sentido de permanencia o presencia que la Ley exige e impone, con obligación de las autoridades de corregir, en el acto, la infracción del contenido legal y con obligación de restablecer la legalidad conculcada.

### **1.6. Participación en la inspección anual de mojones fronterizos. Imposibilidad de delegación en la Subdelegación del Gobierno o en el juzgado de paz**

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado en varias ocasiones –así, en sentencias 126/2005, de 11 de febrero, y 181/2005, de 3 de marzo– sobre decisiones de ayuntamientos que delegan en la Subdelegación del Gobierno o, en su caso, en el juzgado de paz de la localidad, la participación en la inspección anual de los mojones fronterizos con Francia, prevista en el Acta Adicional al Tratado de Bayona de 1866.

Con tales acuerdos se incumple paladinamente lo dispuesto en el artículo 1 del Acta Adicional al Tratado de Bayona, en cuanto dispone que las autoridades administrativas superiores de las provincias y departamentos limítrofes se pondrán de acuerdo para prevenir a los ayuntamientos interesados que se nombren los delegados que en cada distrito municipal, y en unión con los del territorio contiguo del otro Estado, han de hacer sin demora una visita escrupulosa del amojonamiento de su frontera.

Ello resulta suficiente para determinar la invalidez del acto impugnado, en vista del carácter obligatorio y vinculante de los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente en España, en los términos previstos en el artículo 96 de la Constitución.

Además, es obvio que los ayuntamientos no pueden delegar el ejercicio de sus competencias en esta materia en la Subdelegación del Gobierno, ni en el juzgado de paz de la localidad. En ambos casos, por vedarlo el artículo 13.1 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, dado que no se trata de órganos de la Administración municipal y, además, en cuanto al juzgado de paz se refiere, por contravenir ello frontalmente lo dispuesto en los artículos 117.4 de la Constitución y 2.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial.

### **1.7. Acuerdo municipal que no permite instalaciones militares ni fábricas de armamento en el término municipal, impide el tránsito y comercio de armas, y se niega a acoger barcos de guerra**

La sentencia 364/2005, de 28 de abril (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), considera que el acuerdo que declara “no permitir la instalación en el término municipal de fábricas de armamento o de equipamientos militares”, “impedir el tránsito y comercio de armas por el municipio, incluyendo el puerto en el caso de las ciudades que lo tengan”, “no ceder instalaciones municipales para actos del ejército, y “en el caso de ciudades con puerto, no acoger barcos de guerra”, excede de una mera declaración institucional de intenciones.

Entiende el Tribunal que las corporaciones locales están vinculadas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución), que la autonomía local no puede equivaler a soberanía (STC de 2 de febrero y 28 de julio de 1981), y que el acuerdo municipal en cuanto es susceptible de producir efectos en el ejercicio de las “competencias” y atribuciones de los demás poderes debe ser contemplado desde la vertiente negativa de la autonomía local, de tal

suerte que los actos o acuerdos que tengan una incidencia lesiva en los intereses generales de la nación o en otros intereses generales distintos de los propios de las correspondientes entidades locales (STS de 14 de marzo de 1988) no pueden estar justificados desde la perspectiva de la autonomía local.

Es contrario al ordenamiento jurídico que una corporación local, más allá de la expresión de opiniones y proclamaciones, decida llevar a cabo actos de obstaculización del normal desenvolvimiento de los demás poderes públicos, ya que no entra dentro de las facultades municipales el reconocimiento de derecho alguno en temas ajenos a su competencia, aparte de que el artículo 149.1.4 atribuya al "Estado" la competencia exclusiva en materia de defensa y fuerzas armadas.

Impedir el atraque de buques de guerra en cualquier circunstancia supone una invasión del ámbito competencial exclusivo del Estado, que comprende la coordinación de la defensa nacional, así como todo lo que afecte a las comunicaciones y transportes derivados de la misma, razonamiento extensible a la negativa a ceder instalaciones para actos del ejército.

La Constitución dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: "régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos" (artículo 149.1.26).

La negativa a permitir la instalación en el término municipal de fábricas de armamento o de equipamientos militares infringe el precepto constitucional en cuanto que el Estado tiene competencia exclusiva para regular el régimen jurídico de la producción de armas y explosivos, y, por consiguiente, para decidir dónde pueden instalarse este tipo de establecimientos, como igualmente lo infringe el impedir el tránsito y comercio de armas por el municipio, incluyendo el puerto, ya que el Estado, en cuanto tiene atribuida con carácter exclusivo la competencia de regular el comercio y tenencia de armas y explosivos, puede decidir dónde y en qué condiciones puede llevarse a efecto la actividad del comercio de armas y bajo qué condiciones puede desarrollarse el tránsito de armas y explosivos.

### 1.8. Establecimiento de límites de edad en adjudicación de viviendas protegidas

La sentencia 407/2005, de 12 de mayo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), da respuesta a si el límite establecido en las bases, condiciones y sistema de selección que regirá la adjudicación de las viviendas declaradas protegidas, de tratarse de unidades familiares y uniones estables de parejas menores de 35 años con un mínimo de cinco años de residencia en Sant Adrià de Besòs (listado B), o de menores de 35 años con un mínimo de 5 años de residencia en Sant Adrià de Besòs con ingresos inferiores a 3,5 millones (listado C), tiene una justificación objetiva y razonable.

El Tribunal se hace eco de la jurisprudencia constitucional en relación con eventuales discriminaciones derivadas del establecimiento de límites de edad para el acceso a determinados cargos, prestaciones o actividades, avalando la limitación como razonable y objetiva teniendo en cuenta que la finalidad es primar a un grupo de población, como es el de los jóvenes, que se encuentran cada vez en peores condiciones para acceder a viviendas en propiedad a precios moderados, circunstancia ésta que expresamente se reconoce como una realidad en el preámbu-

lo de Real decreto 1/2002, de 11 de enero, de medidas de financiación de actuaciones protegidas del Plan de Viviendas 2002-2005, y fue éste el mismo espíritu, es decir, la habitualidad de peticiones de acceso a viviendas de protección pública formuladas por jóvenes que se ven obligados a machar a poblaciones más lejanas, el que animó al Ayuntamiento de Sant Adrià de Besòs a suscribir el convenio de colaboración con el IMPSOL, que permitiría la promoción de viviendas de protección pública en el término municipal destinadas especialmente a la población joven y con dificultades de movilidad.

### **1.9. Vigilancia de las zonas de carga y descarga por parte de vigilantes de una sociedad municipal. Alcance**

La sentencia 350/2005, de 25 de abril (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), examina la conformidad a derecho de la desestimación presunta por silencio de la petición formulada al Ayuntamiento de Barcelona de cese inmediato en la práctica desarrollada por los vigilantes de la "Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios, S.A." (SMASSA), de vigilar, denunciar y retirar vehículos estacionados en zonas de carga y descarga, ampliada posteriormente a tres resoluciones de la Alcaldía de Barcelona, que facultan a determinados empleados laborales de dicha empresa municipal para que "denuncien las infracciones de circulación que por parada y/o estacionamiento se producen en las zonas de estacionamiento en horario limitado para carga y descarga con la obligación de indicar el horario de inicio del estacionamiento y a sus alrededores, así como que adopten las medidas necesarias para la retirada de los vehículos de darse las circunstancias previstas en el artículo 63.5 de la Ordenanza de circulación de viandantes y de vehículos; acciones que efectuaran bajo la dirección jerárquica de la Guardia Urbana".

Parte el Tribunal de que es incuestionable que la práctica aquí impugnada se lleva a cabo. Es un extremo que no discute la Administración que precisa el modo en que efectivamente se realiza. En síntesis es el siguiente: el personal de SMASSA habilitado extiende el correspondiente boletín de denuncia en caso de que los vehículos autorizados se encuentren estacionados sin comprobante horario o bien sobrepasado el límite, o de que vehículos no autorizados estén estacionados en zona de carga y descarga. En la denuncia se identifica el vehículo, el lugar de estacionamiento y el número del vigilante que la realiza, quien lo comunica al Centro de Asignación de Servicios de la grúa municipal para que se desplace una unidad dotada del material necesario para tomar una fotografía y tramitarla en tiempo real a la Unidad de Disciplina Viaria de la Guardia Urbana donde el agente de servicio, a la vista de la información recibida, contrasta los datos del vehículo (matrícula, marca, modelo y color) con la imagen que se ha enviado y decide autorizar su retirada, denegarla o pedir una nueva fotografía que aclare eventuales aspectos dudosos (ausencia de matrícula, falta de señalización, falta de control de tiempo horario...), actuaciones todas que quedan registradas y se pueden recuperar a efectos de prueba. Finalmente, en caso de autorización, los empleados de SMASSA llevan a cabo la retirada material del vehículo.

No cuestiona la sala la potestad municipal de implantar y delimitar zonas de carga y descarga, y de sujetarlas a un régimen de estacionamiento con horario limi-



tado. Ni tampoco la posibilidad de que se valga de personal auxiliar en las tareas de vigilancia, control y denuncia de las infracciones que se puedan cometer contra aquella regulación, tal como prevé la Carta Municipal de Barcelona. La circunstancia de que la denuncia practicada por los empleados de SMASSA carezca de la presunción de veracidad por no tener la condición de agente policial es irrelevante respecto de lo que aquí se discute. Supondría un desplazamiento de la carga de la prueba como ocurriría con la denuncia formulada por un particular pero no por ello la convierte en inválida, sin que constituya óbice alguno el hecho de que en el boletín extendido tan sólo se identifique al denunciante por un número asignado por la empresa y no por su nombre y apellidos y DNI correspondiente, ya que ello no impide su identificación posterior en caso de ser necesario.

La cuestión crucial que se discute es la procedencia legal de la orden de retirada de los vehículos mal estacionados, en concreto según el *modus operandi* antes relatado.

En contra de lo que sostiene la corporación demandada, debe convenirse que la decisión de retirar un vehículo estacionado en la vía pública implica ejercicio de autoridad. Y esto es lo determinante para la resolución del presente pleito, más que un enfoque que se fija en las limitaciones que los artículos 85 de dicha Ley y 189 del Reglamento de obras, actividades y servicios imponen a la potestad auto-organizativa de los entes locales para ordenar la gestión de los servicios públicos.

Ahora bien, tampoco se puede olvidar que las resoluciones que habilitan al personal de SMASSA consignan expresamente que en el desempeño de sus cometidos actuarán bajo la dirección jerárquica de la Guardia Urbana, así como que el sistema de actuación que se cuestiona satisface indudablemente el principio constitucional de eficacia que ha de observar la Administración pública, al valerse de nuevas tecnologías que potencian y optimizan los recursos públicos, máxime en sectores como el de la ordenación del tráfico que requieren intervenciones ágiles e inmediatas.

Por lo demás, esta actuación aparece revestida de las suficientes garantías para impedir la indefensión del particular afectado, de acuerdo con el *modus operandi* descrito. Importa señalar que la orden de retirada la adopta un policía municipal sin que pueda llevarse a cabo por la propia voluntad del personal de la sociedad municipal, así como que todas las actuaciones e incidencias previas a esa orden se registran y pueden ser reproducidas a efectos de prueba.

### 1.10. Denegación de información y acceso a datos a concejales

La sentencia 622/2004, de 15 de diciembre (Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha), tras poner de manifiesto que el derecho de acceso a la información por parte de los concejales tiene un claro engarce constitucional, aunque ha de tenerse en cuenta, para su delimitación y ejercicio, el completo cuadro normativo integrado por la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, las posibles leyes autonómicas que tienen, en este ámbito, un campo de actuación, el Reglamento de organización y funcionamiento de las corporaciones locales y la propia normativa interna de los entes locales a través de sus reglamentos orgánicos, señala que en el caso con-

creto la solicitud se refería de manera específica a uno de los asuntos incluidos en el orden del día de órganos colegiados del Ayuntamiento de los que formaba parte el concejal, concretamente de la Comisión Informativa de Hacienda, Personal y Régimen Interno, y del Pleno a los que el artículo 77 de la Ley reguladora de las bases del régimen local reconoce derecho de acceso e información sin necesidad de autorización específica por medio de resolución del alcalde u otro órgano. Y que por consiguiente no precisaba de formularse por escrito estando obligados los servicios administrativos a facilitar el acceso a dicha información, reconociendo el artículo 16.1.b) del ROF que esa consulta puede hacerse por medio del libramiento de copias en los supuestos de libre acceso de documentación incluidos en el artículo 15.

### **1.11. Limitación establecida por el alcalde del número de mociones que los diferentes grupos políticos pueden presentar al Pleno**

La sentencia 251/2005, de 17 de febrero (Tribunal Superior de Justicia de Madrid), avala la posibilidad de que el alcalde pueda establecer una limitación en el número de mociones que los diferentes grupos políticos pueden presentar en un mismo Pleno, afirmando que la denegación de la inclusión en el orden del día de cualquier número de mociones ni limita ni impide el ejercicio de los derechos de los concejales, fundamentalmente el de control que aquí se cuestiona, pues no existe un mandato imperativo que obligue a introducir en el orden del día todas las mociones que se hagan, sino que el ejercicio de tal actuación tiene un estricto marco legal y reglamentario que señala los temas que pueden y deben ser objeto de tal debate, matizando que bien es cierto que corresponde a los diferentes grupos delimitar qué mociones son las elegidas. Tal elección no debe presuponer el rechazo indefinido de las desechadas.

### **1.12. Convenios de colaboración en materia de educación, cultura, promoción económica y desarrollo rural. Competencia territorial**

La sentencia 264/2005, de 28 de abril (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León), examina la conformidad a derecho de los acuerdos adoptados por el Pleno del Ayuntamiento del Condado de Treviño en lo que se refiere a la aprobación de dos convenios de colaboración entre el Gobierno Vasco y los ayuntamientos del Condado de Treviño y de La Puebla de Arganzón. Uno de los convenios, titulado como "Convenio de colaboración entre el Gobierno Vasco, el Ayuntamiento de Condado de Treviño y el Ayuntamiento de La Puebla de Arganzón en materia de educación y cultura", y el segundo titulado como "Convenio de colaboración entre el Gobierno Vasco, el Ayuntamiento de Condado de Treviño y el Ayuntamiento de La Puebla de Arganzón en materia de promoción económica y desarrollo rural".

Pone de manifiesto el Tribunal que el territorio de ambos ayuntamientos, que han celebrado los convenios recurridos, se encuentra dentro de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por lo que las competencias a ejercer dentro de este territorio en ningún caso pueden corresponder a la Comunidad Autónoma del País Vasco, al exceder de su ámbito territorial; sin perjuicio de la debida cooperación y

coordinación entre distintas comunidades autónomas y las relaciones entre poblaciones limítrofes, pero siempre dentro del respeto a la otra comunidad autónoma y de la sujeción a la Constitución y al resto de la legalidad aplicable al territorio en que se pretende aplicar los convenios, añadiendo que las relaciones de los ayuntamientos de Condado de Treviño y La Puebla de Arganzón deben estar presididas por unos deberes de lealtad y de información mutua, así como de colaboración y coordinación; por lo que los convenios que proceda celebrar en interés de los ayuntamientos deben realizarse con la debida colaboración y coordinación con la comunidad autónoma a la que pertenecen, quedando la autonomía municipal constreñida a esta colaboración y coordinación, de tal forma que el ayuntamiento en el ejercicio de su propia competencia tiene autonomía para su cumplimiento, pero con la necesaria coordinación con la comunidad autónoma cuando afecta a alguna de sus competencias y con la colaboración que procede exigir a esta comunidad autónoma cuando el ayuntamiento lo precise.

## **2. Dominio público**

### **2.1. Responsabilidad de los ayuntamientos por exceso de ocupación del dominio público marítimo-terrestre**

Las sentencias 356/2005, de 26 de abril, 366/2005, de 28 de abril, y 426/2005, de 17 de mayo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña) reiteran que la naturaleza y las características [STC 149/1991, F] 1.D) de la zona marítimo-terrestre no se reducen, como es bien sabido, al simple hecho físico de ser esa zona el espacio en el que entran en contacto el mar y la tierra.

En los casos examinados, los ayuntamientos ejercitaron el derecho contemplado en el artículo 111.4 del Real decreto 1471/1989 (“Los ayuntamientos interesados en la explotación de los referidos servicios, deberán presentar la solicitud de la correspondiente autorización, directamente en el Servicio Periférico de Costas o a través de la comunidad autónoma, dentro del plazo establecido anteriormente, acompañada de la propuesta de delimitación de zonas a ocupar por aquéllos, de los planos de las instalaciones y servicios cuya definición así lo requiera y del estudio económico-financiero”), solicitando explotar los servicios de temporada cuestionados, lo que efectuó mediante gestión indirecta, a tenor de lo establecido en el artículo 115.c) de la Ley 22/1988 (“Explotar, en su caso, los servicios de temporada que puedan establecerse en las playas por cualquiera de las formas de gestión directa o indirecta previstas en la legislación local”).

La autorización de la explotación de los servicios de temporada cuestionados fue concedida por el Servicio Provincial de Costas de Tarragona a los respectivos ayuntamientos, por lo que éstos devinieron responsables del buen fin de la autorización concedida en la extensión que se contempla en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, como titular y explotador de los mismos, sin perjuicio de su gestión indirecta, dada su responsabilidad solidaria.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 93.a) de la Ley 22/1988, en el caso de incumplimiento de las condiciones de un título administrativo es responsable de la

infracción el titular de éste, estando debidamente probados en el expediente administrativo los hechos imputados.

Así, pues, los ayuntamientos, como titulares de la autorización y responsables, solidario en el caso de gestión indirecta, del cumplimiento de los fines públicos afectados, como Administración más próxima, vienen obligados, por el principio de eficacia contemplado en los artículos 103.1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la vigilancia del cumplimiento de lo autorizado. En la medida que no resulta acreditada la diligencia en el control de lo autorizado normativamente requerida, cuando era posible prever, que se produjese la conducta ilícita de los establecimientos que ocupan –y explotan– mediante gestión indirecta el dominio público marítimo-terrestre, incumbe al promotor del plan de usos, los ayuntamientos, el deber de vigilancia para evitar la comisión de ilícitos, y ante su ausencia el Tribunal entiende que los ayuntamientos devienen responsables del incumplimiento acreditado.

### 3. Bienes

#### 3.1. Recuperación de oficio. Requisitos

La sentencia 84/2005, de 28 de enero (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), tras señalar que las entidades locales gozan de la prerrogativa de recuperar por sí mismas la posesión de sus bienes, en cualquier momento cuando se trata de los de dominio público, y en el plazo de un año los patrimoniales, y poner de manifiesto la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza privilegiada de la facultad de recuperación de oficio de los bienes de dominio público o patrimoniales, así como el carácter estrictamente posesorio que reviste, constituye en esencia una auténtica acción interdictal actuada y decidida por la propia autoridad de las corporaciones locales, por la que no se prejuzga cuestión alguna de propiedad, la cual podrá plantearse después en vía judicial, afirma que para su válido ejercicio se requiere, por una parte, la existencia de prueba suficiente, mas sin necesidad de que sea exhaustiva, que demuestre la posesión administrativa o uso público, y por otra, la concurrencia de la condición de detentador en el administrado contra el que la acción recuperatoria se dirija, de suerte que tal posesión o uso público haya sido usurpado o perturbado por él.

En el caso examinado la posesión y el uso público del camino queda acreditado con las notas simples del Registro de la Propiedad referidas a la finca matriz y a la segregada, esta última propiedad del recurrente, en las que constan los lindes con el camino de Rupià a Ultramort; el inventario de bienes del Ayuntamiento de Rupià en el que con el número 28 aparece el camino de bosque y árboles, abandonado y no transitable en todo su recorrido; las declaraciones de los vecinos en cuanto al uso del camino; la certificación de la secretaria del Ayuntamiento de Rupià, de fecha 18 de octubre de 2001, sobre el contenido del plano catastral obrante en el castillo de dicha población; la escritura de compraventa del inmueble propiedad del recurrente en la que constan sus lindes, sin que esos resultados queden desvirtuados con la documentación aportada por la parte recurrente ni la prueba documental.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 1307/2004, de 10 de septiembre (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), en un recurso que tiene como eje el requerimiento formulado al recurrente para que de forma inmediata y urgente deje libre el camino público que lleva a la ermita de Santa María de Freixa, que ha cerrado con una cadena.

Por el contrario, la sentencia 158/2005, de 21 de febrero (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), tras poner de manifiesto que, al igual que sucede con la potestad de deslinde, la de recuperación de oficio posee un alcance limitado a la situación posesoria, no constituyendo en modo alguno una forma de recuperación o adquisición de la propiedad; tampoco su ejercicio crea una situación irrevocable, por cuanto la decisión de ponerla en marcha es revisable jurisdiccionalmente; y, por lo demás, la posibilidad de su empleo no es incondicionada, habiéndose exigido por la jurisprudencia la existencia de algún principio de prueba que acredite el carácter demanial del bien, considera que en el caso examinado no hay ese principio de prueba de entidad suficiente, por lo que la falta de acreditación mínima del carácter demanial del camino en el tramo discutido impide aceptar que las obras realizadas por la actora hayan alterado la posesión pública de aquél, toda vez que no han hecho sino reponer el trazado original, dicho sea todo ello en el ámbito limitado de este proceso y sin que ello suponga pronunciamiento que prejuzgue la propiedad de lo que se discute.

### 3.2. Recuperación de oficio. Ejercicio de acciones por vecinos

La sentencia 1222/2004, de 22 de octubre (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), examina la desestimación de la petición formulada para que el Ayuntamiento de Lleida llevase a efecto la recuperación de oficio de un hipotético bien de dominio público, consistente en el camino situado en la partida Quatre Pilans, al no haberse acreditado la titularidad municipal del mismo, remitiendo a los interesados a los órganos de la jurisdicción civil para la resolución de las controversias planteadas sobre la existencia de un camino privado o de una servidumbre de paso.

El Tribunal considera que no es objeto del recurso el efectivo ejercicio por parte de la Administración de las potestades de recuperación de oficio que le reconoce el ordenamiento jurídico, conforme al artículo 82.a) de la Ley reguladora de bases del régimen local y disposiciones concordantes, en cuyo supuesto el control de la actuación administrativa correspondería a este orden jurisdiccional, según ha reconocido de forma unánime la jurisprudencia. Por el contrario, se cuestiona la resolución administrativa que ha declarado la inexistencia o, al menos, la falta de acreditación del carácter público del camino de autos.

No se plantea, pues, en el proceso el control de una actuación municipal llevada a cabo al amparo de una potestad administrativa especial, como es la de recuperación de oficio, sino que se postula la invalidez del acuerdo que ha declarado la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para ello.

Ello sitúa el objeto del proceso en el marco de las denominadas *cuestiones de propiedad*, que son de la competencia de los tribunales civiles, tal como ha declarado de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, toda vez que el

objeto último de la pretensión que formula la actora no es otra que la declaración del carácter público de los terrenos litigiosos.

Desde otro punto de vista, se dice actuar al amparo de la facultad que le reconoce el artículo 167.3 del Reglamento del patrimonio de los entes locales de Cataluña, que desarrolla lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, el cual permite a los vecinos el ejercicio de las acciones que correspondan a las entidades locales en defensa de sus bienes y derechos.

No obstante, no cabe olvidar que la acción que regula dicho precepto supone la subrogación del vecino en la posición de la entidad local, de modo que aquélla se ejercita frente a quienes hayan realizado los actos de perturbación o despojo de los bienes y derechos de la corporación, y no frente a ésta última. Ello supone que la desestimación del requerimiento que ha de dirigirse previamente a la corporación local faculta al vecino para ejercitar frente a terceros las acciones procedentes en nombre e interés de la corporación local, pero no para impugnar en vía contencioso-administrativa la resolución expresa o presunta que haya denegado la procedencia del requerimiento. En consecuencia, en el presente caso la actora, ante la desestimación de su solicitud, podía ejercer frente al hoy codemandado las acciones que considerase necesarias para la defensa de los bienes municipales, actuando en nombre e interés del Ayuntamiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, pero no cabía impugnar la resolución administrativa ante esta jurisdicción, planteando una cuestión relativa al carácter público de los terrenos de autos que es ajena al ámbito propio del orden contencioso-administrativo.

Desde esta perspectiva, las acciones que correspondía ejercitar a la actora frente al codemandado, al amparo de la denominada acción vecinal, debían ser planteadas también ante los tribunales civiles, puesto que el vecino no puede hacer uso de las potestades administrativas de recuperación de oficio, por más que actúe en nombre de la corporación local.

Tampoco cabe apreciar la incongruencia denunciada entre lo solicitado en vía administrativa y lo resuelto en virtud de la resolución impugnada. En efecto, si bien se reclamó que el Ayuntamiento de Lleida recuperase la posesión del camino de autos, la corporación se hallaba plenamente facultada para determinar previamente la situación jurídica de aquél, al amparo de la acción investigadora que le reconoce el artículo 134 del Reglamento del patrimonio de los entes locales de Cataluña. En tal caso, el apartado 3º de dicho precepto establece expresamente que el conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión de la investigación practicada corresponde a la Jurisdicción ordinaria, esto es, a la del orden civil.

### **3.3. Incompetencia de la Administración para reconocer o negar el derecho de paso que afecta exclusivamente a particulares y a bienes de titularidad privada**

La sentencia 80/2005, de 4 de febrero (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León), tras poner de relieve que pese a iniciarse y tramitarse un expediente administrativo para la recuperación de oficio de un camino de titularidad, dominio y uso público, en ningún caso se ha acreditado ni siquiera indiciariamente que existiera dicho camino entre las dos fincas propiedad ambas del actor, como tampoco se ha

acreditado mínimamente la existencia entre ambas fincas de un barranco de titularidad pública, se pregunta si el Ayuntamiento tenía o no competencia para poder entrar a resolver y decidir sobre dicho derecho de paso.

El Ayuntamiento está decidiendo sobre derechos ajenos y no pretende recuperar ni deslindar sus bienes propios, la conclusión es que carece de competencias para reconocer o negar tal derecho de paso que afecta exclusivamente a particulares y a bienes de titularidad privada. Y careciendo de competencia para resolver sobre dicha cuestión y por ello también para tramitar un procedimiento que vaya dirigido a un acuerdo con dicho contenido, el Tribunal concluye que los adoptados son nulos de pleno derecho por haberse dictado por órgano que carece manifiestamente de competencia; como también es totalmente nulo el procedimiento seguido y que precede a dichos acuerdos.

Y la nulidad así declarada resulta del hecho de que la competencia para reconocer o negar la existencia de mencionado derecho de paso a favor de unas propiedades de particulares y con gravamen en su caso de otras propiedades particulares corresponde exclusivamente a la jurisdicción civil, que es la competente para en su caso declarar si existía o no ese derecho de paso, y que es la competente para que en su caso se pronuncie sobre la existencia o no de una servidumbre de paso o para el caso de no existir para que la misma se constituya judicialmente.

## 4. Contratación

### 4.1. Contrato de consultoría y asistencia técnica. Ausencia de informe justificativo de la insuficiencia, falta de adecuación o conveniencia de no-ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato

La sentencia 313/2005, de 14 de abril (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), valora las consecuencias jurídicas que se derivan de la inexistencia en el expediente relativo al contrato de consultoría y asistencia técnica para la redacción del proyecto reducido de las obras de construcción del nuevo polideportivo municipal y dirección técnica y ejecutiva de las obras, del informe justificativo de la insuficiencia, falta de adecuación o conveniencia de la no-ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se tratan de satisfacer a través de la contratación.

El expediente de un contrato de consultoría y asistencia debe contener, entre otra, la siguiente documentación: un informe justificativo sobre la necesidad del objeto del contrato a los fines del servicio público (artículos 13 y 67 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas), y un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no-ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato (artículo 202.1 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas).

Pues bien, no obstante advertir la secretaria en su informe sobre la necesidad del mismo, lo cierto es que dicho informe resulta inexistente, y ni siquiera puede entenderse que en el pliego de cláusulas administrativas se contenga de forma implícita la justificación de la necesidad de la contratación, ni que resulte del objeto del contrato, atendida su relativa entidad, para poder concluir que la Administración demandada no disponía de medios personales ni materiales suficientes y adecuados para acometer esa labor.

La ausencia de este informe debe ser conceptuada como motivo de anulabilidad al infringir una exigencia contenida en una disposición con rango legal (artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), pero no de nulidad de pleno derecho al no poder incardinarse en el supuesto de haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común].

Ahora bien, tratándose de un defecto formal la anulabilidad del acto queda condicionada a que carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados. Es evidente que la ausencia de ese informe impide evaluar si en la Administración demandada se daba la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no-ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato, y si, por consiguiente, la decisión que adoptó estaba amparada legalmente. Se trata, pues, de una carencia que incide de manera efectiva en la actividad administrativa ya que no puede la Administración optar por el contrato de consultoría y asistencia sin justificar, a través del preceptivo informe, la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no-ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato, impidiéndose con ese defecto formal que el acto administrativo alcance su fin como es que el contrato de consultoría y asistencia se utilice por la Administración en los supuestos legalmente previstos y no por un mero voluntarismo.

#### **4.2. Pliego de cláusulas. Limitación de medios para acreditar la solvencia económica y financiera**

La sentencia 772/2004, de 4 de junio (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), considera disconforme a derecho la cláusula 11 del pliego de cláusulas administrativas del concurso para la contratación de consultoría y asistencia técnica, mediante procedimiento restringido de redacción del proyecto de rehabilitación y dirección de obras del edificio de la antigua fábrica de Can Suris de propiedad municipal, en la medida que establece como único medio para acreditar la solvencia económica y financiera de los licitadores un informe de instituciones financieras o de auditoría, en cuanto contradice el artículo 16.1.a) de la Ley de contratos de las administraciones públicas que permite además, entre otros, la justificación de dicha solvencia con un seguro de indemnización por riesgos profesionales.



El pliego puede determinar que la solvencia se presente por uno o varios de los medios que consigna el artículo 16 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, pero no excluir sin razón alguna, ya que si bien es cierto que es el órgano de contratación quien decide los medios de acreditación que estime suficientes, no es menos cierto que dicha discrecionalidad debe ser ejercida de conformidad con el principio de servicio a los ciudadanos y proporcionalidad y, en todo caso, dentro de los límites legalmente establecidos, concretamente en el artículo 16 de la LCAP, según el cual no sólo puede acreditarse la solvencia económica y financiera mediante la aportación de un justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad profesional.

#### 4.3. Pliego de cláusulas administrativas. Pago aplazado de precio del contrato

La sentencia 1462/2004, de 30 de diciembre (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), examina la redacción de determinadas cláusulas del pliego de cláusulas jurídico-administrativas y económicas generales regulador del concurso para la ejecución de las obras correspondientes al proyecto de modificación y actualización del proyecto para la construcción de un auditorio.

La eventual fijación, bien sea de forma directa o indirecta, de un plazo de pago superior al máximo legalmente establecido constituye inequívocamente un aplazamiento en la obligación de la Administración al pago, convirtiéndose de esta manera el contrato público en un contrato con pago aplazado del precio, posibilidad expresamente prohibida por el artículo 14.2 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, sin perjuicio de que infringe igualmente el artículo 99.4 y lo dispuesto en el 14.3 sobre la necesidad de ajustar la financiación de los contratos al ritmo requerido en la ejecución de la prestación.

No es óbice el que pueda comprometerse gastos que haya de extenderse a ejercicios posteriores a aquél en que se autoricen, siempre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio y que, además, se trate de contratos administrativos que no puedan ser estipulados o resulten antieconómicos por un año. En el caso examinado se trata de un proyecto de elevado importe, cofinanciado por diversas administraciones públicas a lo largo de cinco años.

La programación plurianual debe ajustarse a los plazos de ejecución de la obra, lo que no ocurre en el presente caso. Por lo demás, como dispone el artículo 69.2 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, en aquéllos cuya financiación haya de realizarse con aportaciones de distinta procedencia, aunque se trate de órganos de una misma Administración pública, se tramitará un solo expediente por el órgano de contratación al que corresponda la adjudicación del contrato, debiendo acreditarse en aquél la plena disponibilidad de todas las aportaciones y el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad.

Tampoco desvirtúa aquel razonamiento la posibilidad de abonar certificaciones al contratista dentro del año 2003 acudiendo al sistema de anticipo presupuestario (utilización de recursos ordinarios propios, préstamos...). Esa posibilidad que ofrece el Ayuntamiento es eventual y potestativa, y no sería exigible por el contratista.

En último extremo, el sistema que arbitra la cláusula III viene de hecho a suponer una vulneración de los principios de concurrencia y no discriminación a los

que deben ajustarse los contratos de las administraciones públicas, según dispone el artículo 11.1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, porque se discriminarían a aquellas empresas que, plenamente capaces desde la perspectiva de la ley para la ejecución de las obras licitadas, no cuentan con la adecuada estructura financiera que les permita soportar largos plazos de pago que puedan ofertar sus competidores, y porque la introducción de esa variante financiera produce de hecho el efecto de desanimar a empresas perfectamente capacitadas técnica y profesionalmente pero que no están dispuestas a aceptar condiciones peores a las previstas por el legislador.

#### **4.4. Incumplimiento de las condiciones del pliego. Admisión extemporánea de un escrito que altera la oferta económica**

La sentencia 1247/2004, de 9 de noviembre (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), examina la corrección jurídica del acuerdo adoptado mediante el que se adjudicó la concesión para la prestación del servicio de recogida de basuras, retirada de residuos y alquiler de contenedores, limpieza pública del municipio y transporte de residuos al centro de eliminación.

Considera el Tribunal que, con independencia de la irregularidad que comporta la admisión extemporánea de un escrito que supone la alteración de la oferta económica presentada con arreglo a los requisitos de forma establecidos en el pliego de condiciones, lo realmente trascendente es el hecho de que con dicha modificación tampoco se cumplen las prescripciones del pliego. En efecto, según se desprende de los documentos aportados, la oferta final suponía la deducción del importe presupuestado a que ascendía el coste de los servicios de recogida de vidrio, papel, envases y pilas, así como el de alquiler de contenedores y eliminación de residuos, y ello en base a que dicho importe se financiaría a través de la venta de los productos de deshecho, además de unas subvenciones indeterminadas.

Se vulnera así claramente lo dispuesto en el artículo 47 del pliego, según el cual corresponden al Ayuntamiento los ingresos derivados del reciclaje del vidrio y papel. Según el tenor literal de este apartado, la empresa adjudicataria no podía hacer suyos dichos ingresos, con objeto de compensar la reducción de los precios ofertados, puesto que la previsión contractual es taxativa al establecer que los beneficios procedentes del reciclaje de aquellos materiales corresponden a la corporación municipal, y no al concesionario.

#### **4.5. Incumplimiento del pliego de cláusulas administrativas. Previsión de informe de una comisión técnica que no se produce**

La sentencia 1169/2004, de 15 de octubre (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), considera que, contrariamente a lo recogido en la resolución recurrida y en el acta de la Mesa de Contratación, no obra en el expediente administrativo ningún informe de los servicios técnicos municipales, cuando en los artículos 74 y 75 del pliego de condiciones está prevista la actuación de una comisión técnica, a la que se pasará el expediente para la emisión de informe sobre los méritos acre-

ditados por los solicitantes y las iniciativas que propongan para el desarrollo de la prestación de los servicios objeto del pliego, que son la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable. La comisión, presidida por el alcalde, de la que forman parte los miembros de la corporación y técnicos que designe, que debería dictaminar antes de la adjudicación del contrato por el Pleno del ayuntamiento, no llegó a constituirse ni, consecuentemente, informó al Pleno del ayuntamiento en la adjudicación del contrato, como se disponía.

La omisión en la tramitación del procedimiento de un trámite esencial, como era el informe de la comisión técnica exigido con carácter preceptivo en los artículos 74 y 75 del pliego de cláusulas administrativas, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.e) de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común ha de llevar a declarar la nulidad de pleno derecho del acto recurrido, para ordenar retrotraer el expediente administrativo al momento en que debió constituirse la comisión técnica para emitir informe sobre los méritos acreditados por los solicitantes y las propuestas de los licitadores que se ajusten al pliego de condiciones.

#### **4.6. Pliego de cláusulas administrativas. Valoración de las proposiciones presentadas al concurso. Calendario de presentación de certificaciones de obra. Compromiso de participación en las subastas**

En la sentencia 1154/2004, de 8 de octubre (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), se da respuesta a la impugnación formulada contra el apartado 7.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares que debía regir la contratación de la obra de urbanización de un determinado sector, referidos a la valoración de las proposiciones presentadas al concurso.

El apartado 7.6 del referido pliego de condiciones enumera los criterios con arreglo a los cuales deben valorarse las proposiciones presentadas por los concursantes. Entre ellos se incluye el “calendario de presentación de las certificaciones de obra”, al que se atribuye hasta un máximo de 15 puntos. Se sostiene que esta cláusula resulta nula, en cuanto modifica el régimen de pago de los contratos públicos, en tanto que la corporación demandada afirma que la expedición mensual de las certificaciones es un criterio meramente facultativo, en cuanto puede ser modificado por el pliego de condiciones, según lo establecido en el artículo 145.1 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

EL TSJC ha declarado de forma reiterada que la norma que establece que el pago de las certificaciones ha de realizarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su expedición (artículo 99.4 de la Ley de contratos de las administraciones públicas) tiene el carácter de *ius cogens*, en cuanto se trata de una norma básica aplicable a todas las administraciones públicas, según lo establecido en la disposición final primera del citado texto legal.

Es cierto que esta norma se limita a fijar el plazo en que deben abonarse las certificaciones de obras u otros documentos acreditativos de la realización parcial o total del contrato, y que no predetermina cuándo deben expedirse dichas certificaciones, puesto que el citado artículo 145.1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas permite que el pliego de cláusulas administrativas particulares

determine que aquéllas se libren con una periodicidad distinta a la mensual, que es la generalmente establecida.

Ahora bien, lo que el artículo 145.1 permite es que se establezca un régimen particular de expedición de las certificaciones, que no se ajuste a la norma ordinaria que determina que ello se hará en los diez días siguientes al mes al que correspondan, pero ello ha de preverse con carácter general, siendo de aplicación en todo caso, con independencia de quién sea el adjudicatario del contrato. Lo que no resulta legalmente posible es que se permita que el calendario de presentación de las certificaciones se establezca de acuerdo con las ofertas de los concursantes, y que ello se tome en consideración a los efectos de la valoración de las distintas proposiciones.

En efecto, una tal previsión supone la infracción del referido artículo 145.1 de la Ley, desde el momento en que el plazo de expedición de las certificaciones no viene establecido en el pliego de condiciones, sino que se determina por el concursante cuya oferta resulte elegida. En realidad, el objetivo indisimulado que persigue la cláusula impugnada no es otro que el de orillar, mediante un mecanismo indirecto, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 99.4 de la propia Ley de contratos de las administraciones públicas.

Es igualmente objeto de impugnación el apartado 7.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en cuanto recoge como criterio de valoración de las ofertas el “compromiso de participación en las subastas de parcelas de la urbanización que se produzcan por impago de las cuotas de urbanización establecidas para la financiación de esta obra (se valorará dependiendo del número de parcelas a que se esté dispuesto a comprometerse)”, lo que se valora con un máximo de 15 puntos.

Pues bien, la adjudicación del contrato debe realizarse con arreglo a los criterios que contempla el artículo 86 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, los cuales se refieren en todo caso a las condiciones de ejecución del contrato. Lo que no resulta admisible es que se valoren las ofertas en función de parámetros que resultan ajenos al contratista y al propio contrato, como es la participación en las subastas que puedan producirse como consecuencia de un hipotético impago de las cuotas de urbanización por parte de los propietarios afectados, cuestión a la que el contratista es totalmente ajeno.

#### **4.7. Adjudicación de contrato. Anulación de la puntuación de mejoras destinadas a obtener beneficios en cuestiones ajenas al contrato**

La sentencia 60/2005, de 24 de enero (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), se muestra tajante al decir que la inversión por parte del órgano de contratación de un determinado contrato tiene un carácter indiscutiblemente finalista, de manera que los fondos públicos se aplican para conseguir un objeto que satisfaga el interés general, pero no en sentido lato, sino que, por el contrario, deben servir (y así debe quedar constancia en el expediente administrativo) para satisfacer un concreto y determinado aspecto del interés general. Por ello no es de recibo que a través de un contrato finalista se pretendan obtener beneficios en cuestiones ajenas a dicho contrato, pues ello no ha de suponer más que un sobre coste para la

Administración pública contratante, que ve cómo los fondos que destina a la ejecución de ese contrato se aplican a fines ajenos al contrato.

#### **4.8. Adjudicación del contrato. Incorrecta valoración de la antigüedad de la empresa y de la experiencia**

La sentencia 187/2005, de 2 de marzo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), al verificar la corrección de la puntuación otorgada a la adjudicataria del contrato de servicio de limpieza de las dependencias municipales en virtud del concurso convocado en su día por el procedimiento ordinario y abierto, afirma en cuanto al criterio de antigüedad de empresa que, con independencia de que no es procedente incluir como criterios de valoración del concurso lo que es propio de la solvencia técnica o profesional de los contratistas (extremo que ahora no se revisa por haber sido aceptado por los concursantes), es lo cierto que no cabe calificar como empresa (empresario individual, en el presente caso) de nueva creación a una que todavía no estaba creada cuando se adjudica el contrato. Aunque se aceptara el argumento de que ello tan sólo sería exigible antes del comienzo de actividad de la adjudicataria, debe tenerse en cuenta que el criterio alude a una empresa creada en 2001, “en período de consolidación”, y difícilmente estaría en trance de consolidación en el momento de concurrir al concurso una empresa todavía no creada. Y tampoco puede aceptarse la puntuación que recibe la adjudicataria en concepto de experiencia en el sector, pues se trata de una experiencia en la calidad en que concurre al concurso, es decir, como empresario que gestiona una organización personal y material, pero los períodos de experiencia que se le tienen en cuenta lo son como empleada de limpieza al servicio de un empresario.

#### **4.9. Abono tardío de certificaciones sujetas a recepción de subvenciones no contempladas en el pliego de cláusulas administrativas**

La sentencia 1282/2004, de 22 de noviembre (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), considera que si bien el contrato vincula el pago a la recepción de las subvenciones, el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la contratación de la obra, *lex contractus*, no contiene referencia alguna a dicha vinculación, y sólo en dicho supuesto podría la alegación de la parte actora resultar conforme al ordenamiento jurídico según reiterada jurisprudencia, recogiendo así una doctrina jurisprudencial conforme a la cual “no basta que exista en el pliego de condiciones una referencia a subvenciones para entender que su previa recepción es condición determinante de la obligación de pago del contratista, sino que se requiere una cláusula específica que de manera clara e indubitada atribuya a dicha recepción ese efecto suspensivo que pretende el Ayuntamiento demandado, pues en otro caso la referencia a la subvención debe interpretarse como una simple remisión a las fuentes de financiación municipal desprovista de influencia alguna en orden a ese momento futuro en que el Ayuntamiento debe efectuar el pago de las certificaciones de obra ejecutadas, ya que en otro modo se desconocería que el Ayuntamiento es el único contratante obligado al pago frente al contratista”.

#### 4.10. Administración responsable del abono de certificaciones en supuestos de alteración de términos municipales

La sentencia 1193/2004, de 22 de octubre (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), da respuesta a una controversia peculiar que tiene su origen en la reclamación de abono de certificaciones formulada por un adjudicatario de un contrato de obras del Ayuntamiento de Cervelló, que éste denegó, al considerar que la obligación correspondiente recaía entonces sobre el Ayuntamiento de La Palma de Cervelló, toda vez que este último municipio se segregó de aquél en virtud del Decreto 185/1998, de 21 de julio, y las obras se habían realizado en una zona que había pasado a integrar el nuevo municipio. Por su parte, el recién creado Ayuntamiento de La Palma de Cervelló desestimó igualmente la reclamación alegando que el contrato lo había adjudicado la corporación municipal de Cervelló, y que no se había efectuado aún la división de obligaciones, deudas y cargas, así como la de bienes, derechos y acciones, de modo que aquél carecía de consignación presupuestaria para afrontar el pago del importe a que ascienden las obras contratadas con la actora.

El Tribunal considera que la determinación de cuál sea la corporación obligada al pago del importe de las obras ejecutadas debe realizarse en base a las siguientes consideraciones:

a) Al tratarse del cumplimiento de una obligación *ex contractu*, la acción que corresponde a la actora debe plantearse ante el Ayuntamiento de Cervelló, como Administración contratante que debe responder frente al contratista del cumplimiento de sus obligaciones convencionales.

b) El Ayuntamiento de Cervelló dispone de las consignaciones presupuestarias suficientes para hacer frente al pago del importe de los trabajos realizados, como se hizo constar expresamente en su día. Dichos recursos proceden en parte de la incautación de la fianza prestada en su día por el promotor para garantizar la finalización de las obras de urbanización del sector.

c) El contrato fue adjudicado y formalizado por el Ayuntamiento de Cervelló cuando ya se había aprobado y publicado el Decreto de segregación de parte de dicho término municipal para constituir el nuevo municipio de La Palma de Cervelló, si bien no se había constituido aún la Comisión Gestora que debía regir dicho municipio.

d) No se ha procedido aún a ejecutar la división de obligaciones, deudas y cargas a que se refiere el artículo 4 del Decreto 185/1998, el cual se limita a efectuar una remisión genérica a las bases del reparto patrimonial incorporadas al expediente de segregación.

e) El Ayuntamiento de Cervelló aprobó la primera de las dos certificaciones que se reclaman en esta *litis*.

Debe concluirse que el Ayuntamiento de Cervelló, como Administración contratante, ha de responder frente a la contraparte de las obligaciones que contrajo en su día. Las vicisitudes del expediente de segregación municipal son completamente ajenas al contratista, el cual tiene derecho al abono de los trabajos realizados, con independencia de las diferencias que se plantean entre ambas corporaciones sobre la división de bienes, derechos y obligaciones. Todo ello sin perjuicio de las

ulteriores reclamaciones que puedan formularse entre ambos ayuntamientos por razón de las obras de autos, ello en el marco de la expresada división de bienes, derechos y obligaciones.

#### **4.11. Penalidades en caso de incumplimientos contractuales. No se está ante una sanción en sentido estricto. No es obligado seguir el procedimiento sancionador**

La sentencia 462/2005, de 26 de mayo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), tras poner de manifiesto que cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, sino ante el ejercicio del privilegio de interpretación, o, el de decisión ejecutiva, en un aspecto específico, del contrato como es el de las “cláusulas penales”, que no son otra cosa que la transposición a la contratación administrativa de las multas pecuniarias que se contemplan en los contratos privados como cláusulas penales, afirma que la aplicación de penalidades por la Administración no deriva del ejercicio por la Administración contratante de potestades sancionadoras, sino que tiene su fundamento en la propia naturaleza del derecho de contratación administrativa (STS de 15 de diciembre de 1988, 15 de julio de 1989 y 10 de febrero de 1990, entre otras), razón por la cual no es obligado seguir el procedimiento sancionador ni es aplicable el principio de presunción de inocencia (STS de 27 de junio de 1989 y 13 de junio de 1990), bastando la previa audiencia del interesado, al responder dichas cláusulas al objetivo de configurar un sistema predeterminado que permita establecer el daño o lesión derivado del incumplimiento o cumplimiento tardío sin necesidad de acreditar el montante en un momento posterior, siendo en este sentido una modulación de la cláusula penal del derecho privado, aunque tampoco puede afirmarse que tengan una función exclusivamente liquidadora del importe del daño, pues el pago de las penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista.

#### **4.12. No es posible imponer penalidades cuando ha transcurrido en su totalidad el plazo de garantía**

La sentencia 497/2005, de 6 de junio (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), afirma que las penalidades que prevé la Ley de contratos de las administraciones públicas, constituye un mecanismo que tiene la finalidad de constreñir al contratista al debido cumplimiento de sus obligaciones dentro del plazo prefijado, asegurando así la terminación de la obra en el tiempo previsto. Se trata de una posibilidad alternativa a la resolución del contrato, puesto que la Administración puede optar entre una y otra, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Ahora bien, lo que no cabe es la imposición de penalidades por demora cuando ya ha terminado la ejecución de las obras, puesto que en tal caso queda desvirtuada la finalidad de la institución, que no es otra que la de compeler al contratista para que cumpla debidamente sus obligaciones contractuales.

Si esto es así, resultará improcedente en mayor medida la imposición de sanciones cuando haya transcurrido en su totalidad el plazo de garantía, como ocurre en este caso, lo cual supone que el contrato se ha consumado y, por ello, las partes quedan desvinculadas de sus respectivas obligaciones contractuales, salvo lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley de contratos de las administraciones públicas respecto de los vicios ocultos de la construcción que puedan aparecer dentro del plazo de quince años desde la recepción de las obras.

#### **4.13. Nulidad de pleno derecho del acuerdo de resolución del contrato seguido por el procedimiento sancionador**

La sentencia 244/1995, de 18 de marzo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), considera incorrecta la tesis de la Administración demandada cuando, a los efectos de resolver el contrato, afirma que “no estamos ante una resolución del contrato de gestión de un servicio público por concurrir alguna de las causas de los artículos 111 y 167 de Ley de contratos de las administraciones públicas de 2000 o de los artículos 112 y 168 de la Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995, sino ante un procedimiento administrativo sancionador en el que, ante los incumplimientos reiterados y reincidentes de las obligaciones esenciales en la prestación del servicio de recogida de basuras, por él asumidas [y contenidas en el pliego de cláusulas de explotación, técnicas y administrativas particulares de la concesión, que conllevaron la imposición de siete sanciones económicas por siete infracciones muy graves de la cláusula 22.2.c) del referido pliego] se acuerda la rescisión contractual como sanción prevista en el tan aludido pliego”, ya que confunde la comisión de un ilícito administrativo (incardinable en la potestad sancionadora de la Administración conforme al artículo 25 de la Constitución) con el incumplimiento de una obligación contractual bilateral (incardinable en las prerrogativas de la Administración por razón del interés público, que informa y preside las relaciones contractuales, contemplada en el artículo 113.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, que ostenta la naturaleza de *ius cogens*, como se deduce de la disposición final primera de la citada Ley, y constituye legislación básica aplicable a todas las administraciones públicas comprendidas en el artículo 1 de dicha Ley, por lo que no cabe admitir que los pliegos de condiciones puedan apartarse de lo dispuesto en el indicado precepto, lo que equivaldría a otorgar a éstos un carácter de norma dispositiva incompatible con el carácter básico que el artículo 113.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, ostenta.

Concluye el Tribunal que concurre la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la resolución de los contratos, incluida la falta del preceptivo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña.

#### **4.14. Posibilidad de acordar la resolución del contrato una vez producida la finalización de las obras**

La sentencia 375/2005, de 4 de mayo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), afirma que es posible acordar la resolución del contrato una vez se ha producido la



finalización de las obras que son objeto de aquél. Por una parte, resulta de lo actuado que dichos trabajos no se concluyeron a plena satisfacción de la entidad local, lo que dio lugar a que no se formalizase el acta de recepción, por lo que no puede aceptarse la afirmación de que la ejecución del contrato había concluido.

Además de ello, resulta de plena aplicación lo dispuesto en el artículo 147.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, el cual dispone que, cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, como es el caso, se señalarán los defectos observados y se fijará un plazo para remediarlos, transcurrido el cual sin que el contratista lo hubiese efectuado, se podrá concederle un nuevo plazo improrrogable o se declarará resuelto el contrato. En consecuencia, resulta claro que la Administración se halla facultada para proceder a la resolución ante el incumplimiento de las instrucciones relativas a la subsanación de los defectos observados.

## 5. Mercados

### 5.1. Traslado de actividad

La sentencia 1188/2005, de 21 de octubre (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), considera que el acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sabadell, por el que se dispuso el traslado de la actividad objeto del contrato de gestión de servicios públicos mediante concesión administrativa, para uso y explotación de la parada número 225 y 269 del Mercado Central de dicha localidad, a la parada número 153-156 del mismo mercado, obedece a razones de interés público que determinan la necesidad de alterar la ubicación de los puestos de venta que venía ocupando el interesado. Así se deduce de la existencia de un proyecto de remodelación que tiene por finalidad la mejora en la prestación del servicio, y que afecta de modo directo a dichas paradas, de modo que resulta necesario trasladar la situación de éstas. Dicho traslado se ha realizado a los puestos de venta vacantes más próximos al lugar en donde aquéllas se encontraban, con amparo en el artículo 248 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, sin que se haya acreditado que dicho traslado origine al recurrente perjuicio económico alguno, habida cuenta que se trata de paradas de dimensiones similares y se hallan situadas en lugares próximos.

No cabe apreciar la existencia de rescate de la concesión, o de privación del puesto de venta, ya que lo que se ha producido es un simple traslado de la ubicación del mismo, que no resulta equiparable en absoluto a un rescate, desde el momento en que el interesado puede seguir desarrollando su actividad en el nuevo puesto que le ha sido adjudicado, en ejercicio del *ius variandi* que corresponde a la Administración.

## 6. Suministro de agua

### 6.1. Actuación de la Administración ante la prestación del servicio por vía de hecho

La situación existente en un sector del municipio de Cànoves i Samalús en orden a la prestación del servicio de suministro de agua potable que se realiza por la vía

de hecho por dos compañías sin título que las habilite para ello, motiva una actuación de la Administración tendente a hacerse cargo de la prestación directa del mismo, por lo que dicta una resolución requiriendo a la compañía suministradora para que en el plazo de un mes deje de prestar ese servicio público del que se hará cargo directamente el Ayuntamiento, respetando los derechos que pudieran corresponder a aquélla respecto de las inversiones realizadas en la red del agua.

La sentencia 165/2005, de 22 de febrero (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), confirma la corrección jurídica del Decreto del alcalde, afirmando la competencia del alcalde para acordar el acto impugnado, al no estarse en presencia de la aprobación de la forma de gestión del servicio, a tenor de lo contemplado en el artículo 22.2.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, sino ante un requerimiento para el cese de una actividad de suministro de agua sin alguna habilitación para ello, acto de dirección del gobierno y la administración municipal correspondiente al alcalde, a tenor del artículo 21.1, puntos a) y m), de la Ley 7/1985, en el ejercicio de una competencia municipal, el suministro de agua, contemplada tanto en el artículo 25.2.l) de la Ley 7/1985 como en el artículo 63.2.l) de la Ley 8/1987, municipal y de régimen local de Cataluña.

Tampoco se da una arbitrariedad en la supresión del servicio, pues no nos encontramos ante una situación de prestación de un servicio público como consecuencia de una previa concesión administrativa al efecto, sino de un suministro de agua por la vía de hecho sin las condiciones derivadas de un contrato concesional, tratándose, en definitiva, de adecuar una situación de ilegalidad al ordenamiento jurídico tras constatarse una situación de hecho.

## 7. Alteración de términos municipales

### 7.1. Incumplimiento de los requisitos legales: A) Retroactividad de la Ley. Constitucionalidad de la norma. B) Política de impedir fragmentación de las estructuras municipales

La sentencia 545/2005, de 22 de junio (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), examina el Decreto 224/2002, de 27 de agosto, por el que se deniega la segregación de una parte del término municipal de Alcanar para constituir un nuevo municipio con la denominación de Les Cases de Mar.

La sentencia realiza un cuidadoso estudio sobre la aplicación al caso examinado de la nueva redacción legal en virtud de la disposición final, apartado 2, de la Ley 13/1998, de 19 de noviembre, que establece: "Los requisitos contenidos en esta Ley son de aplicación a los expedientes de constitución de nuevos municipios por segregación que se encuentren en tramitación en el momento de la entrada en vigor de esta Ley", teniendo en cuenta que la recurrente admite que no se dan los requisitos del artículo 15.1.a) y d) de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña en su nueva redacción. En la primitiva, vigente al tiempo de formularse la solicitud con que se abre el expediente, el requisito 1.a) se configuraba como "haber núcleos de población territorialmente diferenciados", mientras que no se recogía el nuevo

requisito relativo a la población mínima –2.000 habitantes el municipio nuevo y el municipio o municipios de los cuales se segrega no deben bajar de este límite poblacional.

La recurrente considera que se ha producido una aplicación retroactiva de la reforma restrictiva introducida en la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, en virtud de la prevención que se recoge en la disposición final antes transcrita. Considera que dicha disposición vulnera los artículos 9.3 y 23.1 de la Constitución y solicita de la sala que plantee la pertinente cuestión de inconstitucionalidad. Se produce la aplicación retroactiva de una disposición restrictiva de derechos individuales, en concreto, los recogidos en la Sección 1ª del capítulo II del título I de la Constitución, entre ellos, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas o por sufragio universal.

En su opinión, la facultad de pedir la segregación que tienen los vecinos de un municipio “es el mecanismo indispensable para poder acceder a su participación, directa o a través de sus representantes elegidos, en los asuntos públicos locales, en una forma distinta a como se había venido haciendo”. También sostiene que es una técnica de iniciativa popular (y, en cuanto tal, de participación popular) para proponer acuerdos o medidas de interés público que, necesariamente, han de ser tomadas en consideración por el Ayuntamiento sin perjuicio de la resolución del expediente que es competencia de éste o de una administración superior.

El Tribunal no acepta esta tesis, y ello por la primordial razón de que no se está ante ningún derecho de los vecinos a exigir la creación de un nuevo municipio. Se trata de la posibilidad de instar una segregación que incluso, aunque concurren los requisitos legales, dependerá en último término del juicio discrecional de la Administración autónoma responsable final de la ordenación territorial, pero no propiamente de ningún derecho.

Pero aunque lo fuera, no cabría reconducir este derecho al de participación que consigna el artículo 23.1 de la Constitución porque ese derecho se circunscribe a las distintas modalidades de referéndum, y excluye todo cauce participativo que, aunque previsto en las leyes, no comporte intervención directa en la toma de decisiones políticas.

Las sentencias 948/2005 y 949/2005, de 17 de mayo (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León), al desestimar sendos recursos contencioso-administrativos interpuestos contra decretos en los que se denegaba la segregación de un núcleo de población perteneciente a un municipio para su constitución como nuevo municipio y el de una entidad local menor para su constitución como nuevo municipio, ponen de manifiesto que, además de no haberse acreditado adecuada y suficientemente el presupuesto de suficiencia de recursos económicos que en su momento fue tomado en cuenta negativamente por la Administración para adoptar la decisión denegatoria de la segregación, no se demuestra que el interés de los recurrentes y el de los vecinos coincida con el interés público dimanante de la política seguida por la comunidad autónoma en materia de ordenación del territorio de impedir la fragmentación de la estructuras municipales.

## 8. Derecho sancionador

### 8.1. Ordenanza general de obras, servicios e instalaciones en las vías públicas y espacios públicos. Sanciones. Falta de cobertura legal

La sentencia 835/2005, de 21 de junio (Tribunal Superior de Justicia de Madrid), anula la sanción impuesta al amparo de la Ordenanza general de obras, servicios e instalaciones en las vías públicas y espacios públicos, que examina desde una doble perspectiva.

En primer lugar, afirmando la inexistencia de una norma con rango legal que contemple como un hecho antijurídico, merecedor de una sanción, la conducta de no proteger los cruces de calzada conforme a lo establecido en esta Ordenanza, por lo que al tipificar *ex novo* esta conducta la Ordenanza ha infringido el derecho fundamental a que la sanción esté definida en una ley, derecho reconocido en el artículo 25 de la Constitución.

En segundo lugar señalando, a pesar de no ser aplicable al caso enjuiciado por la garantía de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras y restrictivas de los derechos individuales, que tampoco tendría cobertura con la modificación operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, ya que la conducta que sanciona el artículo 47, párrafo 13.f) de la Ordenanza, de no proteger los cruces de calzada conforme a lo establecido en esta Ordenanza, ni impide el uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización, ni obstruye el normal funcionamiento de un servicio público ni supone un deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público, ni impide el uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización ni supone un deterioro de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos.