

Impugnación de ordenanzas y reglamentos municipales en la jurisprudencia de 2006

Rafael Fernández Montalvo
Magistrado del Tribunal Supremo

1. Planteamiento.

1.1. El reglamento y el acto administrativo. 1.2. Límites de la potestad reglamentaria. 1.3. El control jurisdiccional de la potestad reglamentaria.

2. Impugnación directa.

2.1. Antecedentes. 2.2. Competencia municipal para dictar la ordenanza sobre instalaciones de telecomunicaciones y telefonía móvil (STS de 4 de julio de 2006, recurso de casación 417/2004). 2.3. La capacidad económica como criterio o parámetro en una ordenanza reguladora de precio público o tasa por derechos de entrada de vehículos a través de aceras (STS de 28 de febrero de 2006, recurso de casación 1866/2000).

2.4. Competencia municipal en una ordenanza de regulación de liberación de olores a la atmósfera. Competencia municipal en materia de medio ambiente (STS 26 de julio de 2006, recurso de casación 1346/2004).

3. Impugnación indirecta de disposiciones generales: impugnación de liquidaciones giradas en concepto de precios públicos, por ilegalidad de la ordenanza reguladora de los precios por aprovechamientos privativos y especiales del vuelo, suelo y subsuelo de la vía pública (STS de 20 de febrero de 2006, recurso de casación 4032/2000).

3.1. Principales cuestiones suscitadas en el régimen jurídico del recurso indirecto contra reglamentos. 3.2. Impugnación de liquidaciones giradas en concepto de precios públicos, por ilegalidad de la ordenanza reguladora de los precios por aprovechamientos privativos y especiales del vuelo, suelo y subsuelo de la vía pública (STS de 20 de febrero de 2006, recurso de casación 4032/2000).

4. Cuestión de ilegalidad.

4.1. Consideraciones generales. 4.2. Inadmisión del recurso de casación al referirse la sentencia de instancia a Derecho autonómico (STS 5 de abril de 2006, recurso de casación 2069/2003).

1. Planteamiento

1.1. El reglamento y el acto administrativo

Las administraciones públicas no son sólo objeto de regulación del Derecho Administrativo, como exige la configuración de un Estado de derecho, sino que también son sujetos creadores del mismo, en cuanto que, por expresa habilitación

constitucional y legal, tienen una función normativa o potestad reglamentaria, consistente en la facultad o poder de dictar disposiciones de carácter general con rango inferior a la ley, que son los reglamentos, y que constituyen una parte cuantitativamente importante del Derecho Administrativo [artículo 41.a) de la Ley reguladora de las bases de régimen local, Ley 7/1985, de 2 de abril –LRBRL–]. La distinción más obvia entre reglamento y acto administrativo es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico, se integra dentro del mismo y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos, mientras que el acto es algo ordenado producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto como simple aplicación del mismo, de tal manera que se agota, consume o extingue con su cumplimiento o realización. Este es el criterio que se ha aceptado por la jurisprudencia (STS de 12 de marzo de 1989; STS de 7 de febrero de 1990; STS de 27 de junio de 1991; STS de 10 de marzo de 1993; y STS de 15 septiembre de 1995, entre otras muchas).

Partiendo de este planteamiento teórico, la doctrina extrae diversas consecuencias prácticas.

La potestad reglamentaria corresponde sólo a aquellos órganos de las administraciones públicas que la tienen expresamente atribuida, mientras que la potestad de dictar actos corresponde a todo órgano de la Administración.

El Reglamento vincula a la propia Administración, siéndole de aplicación el principio de inderogabilidad singular, mientras que los actos llegan sólo a constituir, en su caso, precedentes (artículo 52.2 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre –LRJ y PAC).

Las disposiciones generales son, en principio, libremente revocables mediante su derogación o modificación, mientras que los actos declarativos de derecho lo son sólo dentro de ciertos límites que impone el ordenamiento (artículos 102 y 103 de la LRJ y PAC).

El reglamento ilegal es nulo de pleno derecho, mientras que el acto ilegal es, por regla general, anulable, con arreglo a los artículos 62 y 63 de la LRJ y PAC.

1.2. Límites de la potestad reglamentaria

El ejercicio de la potestad reglamentaria, para ser legítimo, debe realizarse dentro de unos límites cuyo control corresponde a los tribunales.

Dichos límites pueden agruparse distinguiendo los formales, relativos al aspecto externo del reglamento, y los sustanciales que afectan al contenido mismo de la norma reglamentaria.

La competencia de la Administración y del órgano que dicta el reglamento es el primero de los límites formales. En las entidades locales, la potestad reglamentaria corresponde al Pleno de las entidades locales territoriales [artículos 22.2.d) y 33.2. b) de la LRBRL].

En los ayuntamientos, los alcaldes tienen potestad para dictar bandos. La naturaleza de esta tradicional potestad de los alcaldes a que hacen referencia los artículos 21.1.e) y 84.1.a) de la LRBRL y el artículo 41.13 del Real decreto 2586/1986, por el

que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de las corporaciones locales, ha sido una cuestión controvertida. La jurisprudencia, en ocasiones, ha negado la naturaleza reglamentaria. Pero cabe distinguir diversas clases de bandos: unos que se limitan a dar a conocer al vecindario determinadas situaciones o circunstancias, otros que recuerdan o interpretan obligaciones derivadas de leyes o reglamentos, y otros con pretensión de innovar e imponer determinadas conductas. Es a éstos a los que se refiere el artículo 84.1.a) de la LRBRL.

La segunda exigencia formal es la del procedimiento. La ausencia de una regulación común del procedimiento de elaboración de los reglamentos para todas las administraciones públicas es una de las características de la LRJ y PAC, a pesar de que desde la propia Constitución se establecen, por ejemplo, normas de participación ciudadana [artículo 105.a) de la CE].

La elaboración de ordenanzas y reglamentos locales se regula por el artículo 49 de la LRBRL, que distingue en el procedimiento: la aprobación inicial por el Pleno, la información pública y audiencia de los interesados para la presentación de reclamaciones y sugerencias, y la resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas y aprobación definitiva por el Pleno.

En todo caso, los reglamentos deben ser publicados en el diario oficial correspondiente (artículo 52 de la LRJ y PAC).

Además de la subordinación de los reglamentos a la Constitución y a las normas con rango de ley, los reglamentos –en cada ordenamiento jurídico del que forman parte– están jerárquicamente ordenados conforme a un principio de jerarquía normativa que refleja la del órgano o autoridad que los aprueba. En este sentido, el artículo 51.3 de la LRJ y PAC establece que “las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes”.

La consecuencia de la jerarquía de los reglamentos es que “ninguna disposición administrativa puede vulnerar los preceptos de otra de rango superior” (artículos 51.2 de la LRJ y PAC y 23.3 de la LG), con el efecto de incurrir, en otro caso, en nulidad de pleno derecho (artículo 23.4 de la LG).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta el principio, a que se ha hecho ya referencia, de inderogabilidad singular de los reglamentos recogido en el artículo 52.2 de la LRJ y PAC, según el cual “las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan igual o superior rango a éstas”.

El ejercicio de la potestad reglamentaria está sujeto también a límites materiales o sustantivos.

Entre ellos el de reserva de ley. La ley puede regular cualquier contenido o materia, al no existir en nuestro ordenamiento una reserva material reglamentaria. El reglamento, por el contrario tiene un ámbito limitado, aunque puede ser ampliado ocasionalmente por la ley.

Con carácter general, los reglamentos no pueden regular una materia objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no pueden tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como

tributos cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público (artículo 23.2 de la LG).

El reglamento, aunque respete los límites formales a que se ha hecho referencia, no puede considerarse válido si se opone a los principios generales del Derecho. La Constitución ha supuesto en nuestro ordenamiento la definitiva consagración de esta exigencia. El artículo 9.1 impone la vinculación de la Administración a todo el contenido material de la Constitución, comenzando por los derechos fundamentales (artículo 53.1) y continuando con todos los principios consagrados en su texto, cuya observancia pasa a ser condición de eficacia de toda norma reglamentaria. El artículo 103.1 proclama explícitamente para la Administración “el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Un Derecho distinto del meramente expresado en la Ley vincula plenamente a los reglamentos que la administración pueda dictar, y ese Derecho se expresa en los “principios generales del Derecho” como principios técnicos y objetivos.

La interdicción de la arbitrariedad está recogida de forma expresa en el artículo 9.3 de la CE, y es de particular relevancia en relación con la potestad reglamentaria por ser la que mayor margen de discrecionalidad incorpora.

Los reglamentos deben tener su justificación –no sólo lícita sino también racional y proporcionada– “en la adecuación de las medidas que establecen a los fines que persiguen”.

La irretroactividad de los reglamentos es una cuestión polémica. Para un sector de la doctrina (López Menudo), los reglamentos no tienen ningún límite específico para poder establecer efectos retroactivos a sus disposiciones. Pueden hacerlo como cualquier otra norma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.3 del CC; con el único límite de que las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales no pueden tener, en ningún caso, efecto retroactivo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la CE.

Para otro sector de la doctrina (García de Enterría), los reglamentos, a diferencia de las leyes, no pueden establecer efectos retroactivos a sus disposiciones en ningún caso, ni siquiera si son de efectos favorables. En apoyo de esta tesis se cita el artículo 83.b) de la CE, que prohíbe que incluso los decretos legislativos puedan incluir normas con carácter retroactivo, pese a su valor de ley, por la circunstancia de que estas normas las aprueba en definitiva el Gobierno. Y también se menciona en apoyo de esta postura el artículo 57.3 de la LRJ y PAC, que enumera los únicos supuestos en los que cabe la retroactividad de los actos de la Administración.

La jurisprudencia, por su parte, parece inclinarse por la primera de las tesis expuestas (STS de 18 de mayo de 1983 y 29 de julio de 1986), aunque también cabe citar sentencias del Tribunal Supremo que consagran la irretroactividad de los reglamentos (STS de 21 de julio de 1989).

El artículo 62.2 de la LRJ y PAC establece la nulidad de pleno derecho de los reglamentos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, en línea con lo que determina el artículo 9.3 de la CE.

La sanción que se establece para los reglamentos ilegales es la nulidad de pleno derecho, absoluta y radical. Así resulta en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 2.3 del CC: “carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior.” Y, claramente, del artículo 62.2 de la LRJ y PAC: “También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o retroactivas de derechos individuales.”

La jurisprudencia, durante cierto tiempo, ha venido considerando que contra los reglamentos ilegales, además de los recursos directo e indirecto, existía la acción de nulidad. Ésta consistía en la admisión de una impugnación jurisdiccional sin sujeción a plazo contra los reglamentos, siempre que con carácter previo se hubiera ejercitado ante la Administración la acción de nulidad prevista, antes, en el artículo 109 en relación con el 47 de la Ley de procedimiento administrativo, y, ahora, en el artículo 102 en relación con el artículo 62 de la LRJ y PAC.

Ahora bien, el mencionado artículo 102 de la LRJ y PAC sólo remite al artículo 62.1, en el que se contienen los actos nulos pero no los reglamentos. Parece, por ello, que se pretende excluir no la revisión de oficio de los reglamentos, pero sí la acción de nulidad de los particulares respecto de los reglamentos. Así se dice en la exposición de motivos de la Ley y así parece desprenderse de dicho artículo 102.2, donde desaparece la referencia a la “instancia de parte”. Algunas sentencias de tribunales inferiores han admitido acciones de nulidad frente a reglamentos, y la doctrina pone de manifiesto que cabe discutir la pretendida exclusión de dichas acciones habida cuenta de la gravedad que supone un reglamento nulo. En todo caso, debe tenerse en cuenta la posibilidad de hacer valer dicha nulidad por vía del recurso indirecto contra reglamentos y el establecimiento por la LJCA de la cuestión de ilegalidad.

1.3. El control jurisdiccional de la potestad reglamentaria

Con independencia de los controles administrativos, como control jurisdiccional o judicial cabe citar, en primer lugar, la inaplicación del reglamento ilegal: cuando un tribunal o juzgado considere que un reglamento vulnera lo dispuesto en la Constitución, la ley o el principio de jerarquía normativa debe inaplicarlo, conforme dispone el artículo 6 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Sin embargo, el verdadero control jurisdiccional de los reglamentos constituye una de las competencias propias de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 106 de la CE, artículo 8 y 9 de la LOPJ y artículos 1, 25 y 26 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, LJCA).

Contra los reglamentos ilegales caben dos tipos de recursos contencioso-administrativos: directo e indirecto.

El artículo 26 LJCA establece:

“1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

“2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirá la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.”

En el primer supuesto el objeto directo e inmediato del recurso es el reglamento mismo (recurso directo contra reglamentos). En el segundo, lo que se impugna es un acto administrativo de aplicación del reglamento ilegal y no el reglamento mismo, cuya validez se pone en cuestión de forma indirecta, en la medida en que la impugnación del acto se funda, precisamente, en la ilegalidad del reglamento de que el acto trae causa (recurso indirecto contra reglamentos).

Ambas posibilidades, recurso directo y recurso indirecto, son independientes una de otra, de modo que pueden utilizarse indistintamente.¹

Las disposiciones administrativas generales se impugnan directamente en vía contencioso-administrativa, sin interponer recurso previo administrativo. El artículo 107.3 de la LRJ y PAC establece que “contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”.

Es posible la presentación directa de la demanda para supuestos en que se aleguen vicios sustanciales del reglamento, que puedan ser considerados sin necesidad de tener presente el expediente administrativo en el que se refleja el procedimiento de elaboración de la norma (artículo 45.5 de la LJCA). No obstante, el tribunal de oficio o instancia del demandante puede recabar de la Administración dicho expediente conforme al artículo 48.5 de la LJCA.

En la adopción de medidas cautelares (artículos 129 a 136 de la LJCA) frente a disposiciones generales, la suspensión de éstas exige la coincidencia de una tutela al recurrente y la no-lesión de los intereses generales. La prudencia y proporcionalidad preside la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que reconoce la presencia de un interés público más acentuado en las disposiciones generales que en las resoluciones o actos administrativos, lo que condiciona notablemente la adopción de la medida cautelar de suspensión.

1. El artículo 161.2 de la CE prevé la impugnación por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional de disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas, supuesto que se desarrolla en los artículos 76 y 77 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

Pero la propia LOTC incluye también entre los supuestos de conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o de éstas entre sí los casos en que se dicten reglamentos.

El Tribunal Constitucional, en un primer momento, trató de deslindar el ámbito de la jurisdicción constitucional y el de la jurisdicción contencioso-administrativa, diferenciando los supuestos en que se cuestionase la titularidad de la competencia, que corresponderían a la primera de dichas jurisdicciones, de aquellos otros en que se tratase de un mero ejercicio de competencia incuestionada, que estarían atribuidos a los tribunales contencioso-administrativos. Sin embargo, esta doctrina de reserva de un ámbito propio a la jurisdicción constitucional fue rectificada por el propio Tribunal Constitucional.

En realidad, se trata de una competencia compartida del Tribunal Constitucional con los tribunales contencioso-administrativos, de modo que las mismas entidades pueden efectuar un planteamiento de la cuestión ante uno u otros tribunales. Ahora bien, el Tribunal Constitucional no efectúa un enjuiciamiento del Reglamento desde todas sus condiciones de legalidad, sino desde el parámetro del bloque de constitucionalidad.

Por otra parte, se distinguen, a efectos de la medida cautelar, diversas clases de reglamentos. El criterio es más restrictivo con respecto a los reglamentos ejecutivos que en relación con los reglamentos independientes, en cuanto que la suspensión del reglamento puede condicionar la vigencia de la ley.

En cuanto a la adopción de medidas cautelares positivas frente a reglamentos –esto es, una medida que consista en una regulación provisional y con eficacia limitada– la doctrina sostiene posturas encontradas. Un sector se muestra favorable con ciertas reservas a dicha adopción, mientras que otro entiende que lo sumo cabría pensar en la posibilidad de tutelar cautelarmente el derecho de los interesados a que el Ejecutivo ejerza su discrecionalidad normativa de manera conforme a Derecho.

Sin embargo, la imposibilidad de adoptar este tipo de cautelas en los recursos directos contra reglamentos es coherente con los poderes de los tribunales en las sentencias frente a los reglamentos que pueden declarar su validez o anularlos, pero no sustituir su contenido, pues no pueden señalar el modo en que han de quedar redactados los preceptos que se declaran inválidos.

El recurso directo contra reglamentos cumple una finalidad purgativa del ordenamiento, de la que puede decirse que es primariamente relevante el interés de la ley, como norma superior del ordenamiento jurídico, que el interés particular de los recurrentes. Atendiendo a este interés prevalente, los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de estos recursos (desde el día de la publicación del fallo y de los preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada: artículo 72.2 de la LJCA) producen una evidente economía procesal al evitar el planteamiento de múltiples litigios con ocasión de los actos de aplicación del reglamento ilegal, facilitando al propio tiempo la unidad de calificación de dicha ilegalidad.

El referido precepto, a través del control de los reglamentos, pretende establecer con carácter definitivo y general las normas reglamentarias válidas y las que no son, contribuyendo a la certeza del Derecho y a la estabilidad de las relaciones jurídicas.

El artículo 73 de la LJCA regula los efectos de la anulación de los reglamentos: “las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.”

La LJ de 1956 no contenía una previsión similar a la del actual artículo 73 de la LJCA, pero el criterio que éste incorpora no era, ni es, desconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, el artículo 120 de la Ley de procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958, disponía que “la estimación de un recurso [administrativo] interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”; de esta manera, razones de seguridad jurídica y de garantía

de las relaciones establecidas diluían las diferencias teóricas existentes entre la derogación y la declaración de nulidad, ya que, en puridad de principios, mientras aquélla tiene efectos *ex nunc*, es decir a partir del momento en que se produce, la nulidad los tiene *ex tunc* (*quod ab initio nullum est nullum effectum producit*) retrotrayendo sus efectos al momento en que se dictó la disposición general o reglamento declarado nulo, y entendiéndose que tal reglamento no ha sido dictado. No obstante, debía tenerse en cuenta que los actos dictados al amparo de una disposición que se declaraba nula y que todavía no fuesen firmes, por no haber transcurrido los plazos de impugnación o por estar pendientes de resolución los recursos eventualmente interpuestos contra los mismos, no quedaban cubiertos por la garantía del citado artículo 120 de la anterior Ley de procedimiento administrativo, que se refería sólo a actos firmes.

Igualmente, el artículo 40.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional dispone que “las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencias con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

El Consejo de Estado, en el Informe de 15 de junio de 1995, emitido con ocasión del inicial anteproyecto, insistía en la idea expuesta de que la previsión suponía “un injustificado acercamiento –¿homologación?– entre la derogación y la anulación difícilmente aceptable en cuanto parece desconocer la eficacia *ex tunc* de la anulación que, por razones de ilegitimidad, elimina una disposición del ordenamiento, lo que (sin perjuicio del principio de conservación de actos) supone tanto como declarar que la disposición anulada ‘no ha podido estar’ –y, por tanto, no ha estado jurídicamente– inserta en el ordenamiento”.

En este mismo sentido, la doctrina señala que, desde un punto de vista teórico, la declaración de nulidad de un reglamento posee, en principio, efectos generales y retroactivos, sienta la presunción *iuris et de iure* de que la norma anulada no ha podido surtir jamás efectos, lo que priva de soporte habilitante a los actos dictados en aplicación de aquélla. Si bien reconoce que esta eficacia se ha visto tradicionalmente limitada en España por la regla restrictiva contenida en el artículo 120 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958, que excluía a los actos firmes de toda incidencia de la nulidad del reglamento al decir que “la estimación de un recurso contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados a su amparo”; una fórmula que, en la práctica, venía a consagrar la regla del efecto meramente *ex nunc* de la anulación rechazando implícitamente el principio de eficacia *ex tunc* de la misma.

La práctica y la jurisprudencia del habían seguido un criterio similar al del actual artículo 73 de la LJCA, cuando este alto órgano jurisdiccional ha decidido la cues-

ción abordada en el precepto.

El artículo 73 se refiere a la anulación “de un precepto” de una disposición general, pero no existe ninguna razón para no aplicar el criterio que incorpora a los supuestos en que la anulación por sentencia firme se refiera a una disposición general en su integridad. No se advierte, desde la perspectiva del artículo, diferencia entre la anulación parcial o total de la norma.

De acuerdo con la previsión del artículo 73 de la LJCA, para que se produzca la intangibilidad de la eficacia de sentencias o de los actos administrativos, su no afectación por la anulación en sentencia firme de la disposición general, es necesario que aquéllas o éstos hayan adquirido, a su vez, firmeza por no ser *ab initio* susceptibles de recursos o impugnación o por haber transcurrido los plazos establecidos al efecto. En otro caso, la anulación de la disposición general trasciende y puede hacerse valer en el recurso que se interponga frente a la sentencia que declare la validez de los actos administrativos que hayan aplicado o que tengan la cobertura de aquella norma o en la impugnación de estos mismos actos.

El límite a partir del cual no puede invocarse la firmeza de la sentencia o de los actos administrativos aplicativos de la norma anulada es la publicación del fallo anulatorio y de los preceptos anulados en el periódico oficial en que se publicó dicha norma.

No obstante, frente a la seguridad jurídica a que responde la regla general del artículo prima la eficacia retroactiva de la anulación, en sentencia firme, de la disposición general cuando ello suponga la exclusión o la reducción de las sanciones impuestas, con el único límite de que las sanciones se hayan ejecutado completamente.

La excepción contemplada constituye una manifestación singular más del principio de retroactividad en lo favorable que rige en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador y que impide que se cumpla (o se siga cumpliendo) una sanción en los términos que derivaban de una norma que, por ilegítima, ha sido expulsada del ordenamiento jurídico y no debió servir nunca de cobertura al acto sancionador.²

2. La aplicación de esta excepción requiere, en primer lugar, determinar qué se entiende por sanción administrativa, pues como señala una sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Octava) de 3 de abril de 1990, los actos administrativos y, en concreto, las sanciones administrativas no dependen de la denominación que se les dé en la norma, sino de su auténtica naturaleza y características, y de las consecuencias que derivan de su contenido. Se trata, en definitiva, de adoptar un concepto material de la sanción administrativa, porque si se atiende a un criterio meramente formal, al nomen con que aparezca en la Ley, el legislador podría eludir, incluso, las exigencias constitucionales establecidas para las sanciones administrativas con el simple mecanismo de una inadecuada calificación.

La sanción administrativa puede definirse como la privación de un derecho (sanción interdictiva) o la imposición de una obligación (sanción pecuniaria) acordada por la Administración como consecuencia de una conducta ilegal. Pero a estos elementos definitorios debe añadirse, para distinguir las sanciones administrativas de otras figuras afines, el elemento teleológico: la finalidad represora del acto sancionador.

Así, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son actos distintos de las sanciones administrativas, respecto de los que no es aplicable el último inciso del artículo 73 de la LJCA:

2. Impugnación directa

2.1. Antecedentes

Durante más de un siglo, desde 1845 –fecha inicial del contencioso- administrativo en España– hasta 1956, nuestro ordenamiento mantuvo la exención del control jurisdiccional a la potestad reglamentaria.

Dicha exclusión se fundamentaba, en primer lugar, en que se trataba de una potestad de imperio, de carácter discrecional y de naturaleza política.

La Administración podía actuar de dos formas, como poder público o como persona jurídica sometida al Derecho común propio de los particulares, en cuyo caso los conflictos que surgieran se sustanciaban ante los tribunales ordinarios o civiles. Cuando obraba bajo la primera forma podía hacerlo dictando actos reglados o actos llamados de imperio, entre los que se distinguen los actos constitucionales o políticos, que son actos singulares de carácter discrecional, y las disposiciones generales o reglamentos. Dichos actos de imperio se excluyen, en cuanto tales, de la vía contencioso-administrativa, no podían ser objeto directo de una pretensión procesal.

La segunda razón que justificaba dicha exclusión era que la jurisdicción contencioso-administrativa sólo tutelaba derechos subjetivos, derechos administrativos perfectos, y no resultaba posible que un reglamento ocasionase una lesión actual a dichos derechos.

–La multa coercitiva prevista como medio de ejecución forzosa de los actos administrativos por los artículos 96.c) y 99 de la LRJ y PAC, “no se inscriben en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración”.

–El ejercicio de facultades de autotutela administrativa de ejecución forzosa o de medidas reparatorias, en general, no constituyen sanción administrativa. En este sentido, se han pronunciado el respecto del cierre y clausura de establecimiento como medio para obligar al administrado a cumplir obligaciones por él asumidas (STS de 7 de diciembre de 1990), y en relación con la demolición de un edificio (STS de 7 de noviembre de 1987).

–La caducidad de concesiones o de autorizaciones administrativas no es una sanción administrativa, sino la consecuencia del incumplimiento de las condiciones de la concesión o autorización otorgada.

La aplicación práctica de la salvedad establecida en el último inciso del artículo 73 de la LJCA puede presentar algunos problemas. Así, si la sanción es de multa resulta que la sentencia firme anulatoria del precepto de la disposición general no determinará la revisión retroactiva favorable si la multa ha sido ya satisfecha cuando aquella resolución adquiere firmeza, mientras que sí procederá para el sancionado moroso que todavía no ha satisfecho la sanción pecuniaria. No ofrece duda la aplicación de dicha revisión a las sanciones de cumplimiento indefinido o de pérdida de capacidad para realizar determinadas actividades.

Por último, para la aplicación de la revisión de que se trata ha de tenerse en cuenta el principio, establecido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina del Tribunal Constitucional, consistente en que la reducción resultante de la sanción ha de resultar de la consideración global de la norma aplicable en sustitución del precepto anulado por la sentencia.

Dicho principio supone la aplicación íntegra de la norma más beneficiosa, incluidos aquellos de sus preceptos que puedan resultar perjudiciales en relación con el precepto que fue anulado, que ha de dejar de tener eficacia a través del acto administrativo firme siempre que el resultado final suponga un beneficio para el sancionado (ATC de 24 de julio de 1984, STC 131/1986, de 29 de octubre y STS de 28 de mayo de 1990).

La Ley de Santamaría de Paredes, de 13 de septiembre de 1888, admitió el recurso indirecto contra reglamentos. Establecía un mecanismo procesal que evitaba que un reglamento pudiera producir efectos perniciosos en las situaciones jurídicas de los particulares.

La siguiente etapa es el establecimiento del recurso directo en el ámbito local. En el Estatuto de 1924, el recurso directo contra ordenanzas es reconocido en relación con las de naturaleza fiscal. Con posterioridad, la Ley municipal de 1935 confirmó esta tendencia del progresivo sometimiento a derecho de la potestad normativa local. El artículo 220 de dicha Ley previó el llamado **recurso de extralimitación contra las ordenanzas locales**, que podía interponer cualquier interesado ante el Consejo de Ministros, frente a cuya resolución, expresa o tácita, se podía interponer un recurso contencioso-administrativo ante él.

La definitiva consagración del recurso directo contra reglamentos locales se produce en la Ley de régimen local de 1950, cuyo artículo 386 permitió la posibilidad de un recurso contencioso-administrativo contra reglamentos y ordenanzas a todos aquellos sujetos que invocasen un interés directo.

La Constitución de la Segunda República de 1931 es la primera Constitución que consagra, en nuestro Derecho, un recurso directo contra disposiciones generales en su artículo 101. No obstante, por los avatares históricos, la previsión constitucional no llegó a materializarse, pese a ser regulado en el Reglamento del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1935.

Es, pues, con la Ley de 27 de diciembre de 1956, y en su sede natural –la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa–, cuando la posibilidad de impugnar directamente los reglamentos ilegales se convierte en una realidad y, por tanto, en un medio enérgico y efectivo de control de la potestad reglamentaria. Con posterioridad, la Constitución española de 1978 ha garantizado la plenitud de fiscalización jurisdiccional de los reglamentos diciendo que “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Ahora bien, pese al indudable avance propiciado por la Ley de 1956, lo cierto es que su artículo 28 introdujo en esta materia –el recurso directo– una notable limitación al restringir considerablemente la legitimación que permitía su planteamiento. En efecto, para la impugnación de los reglamentos de la Administración central, exigió la llamada legislación corporativa, limitada a las entidades, corporaciones e instituciones de Derecho público y cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos, salvo en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo 3, en que bastaba la legitimación a que se refería el apartado a). (Esto es, en el supuesto de disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas directamente por los administrados, sin necesidad de acto individual de sujeción, en que la legitimación correspondía a todos aquéllos que tuvieran un interés directo en la anulación.)

La promulgación de la Constitución y, particularmente, la asunción de los postulados constitucionales del artículo 24 –tutela judicial efectiva– produjo una notable

o radical modificación en la materia. Él aceptó la gran influencia que en este ámbito debía tener el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos entendiendo, fundamentalmente, con base en las STC 93/1984 y 160/1985, que la limitación de la legitimación activa para impugnar disposiciones generales a las entidades representativas de intereses generales o corporativos no se conciliaba con el referido derecho, por lo que, tras la promulgación de la Constitución, cualquier persona, física o jurídica, que dispusiera de un interés legítimo en la anulación de un reglamento (gozar de un beneficio o dejara de soportar alguna carga o perjuicio) era titular de esa legitimación. (En este sentido, las STS de 18 abril y 21 de octubre de 1986; 15 y 18 de abril de 1988; 25 y 27 de enero y 24 de marzo de 1992; 10 de marzo y 15 de diciembre de 1993; 16 de abril de 1994; 4 de febrero de 1997, y 28 de enero de 1998.) Lógicamente, ese “interés legítimo” no podía confundirse con un interés genérico por la legalidad de las normas reglamentarias (por todas, ATS de 20 de enero de 1995).

Y, por otro lado, también como consecuencia del artículo 24, se declaró que no era necesaria una perfecta adecuación entre el ámbito territorial de la entidad recurrente y la norma impugnada (STS de 9 de marzo de 1983; 21 de marzo de 1985; 3 de marzo y 2 de diciembre de 1986 y 27 de octubre de 1992), que el recurso de reposición tampoco era exigible cuando un particular impugnaba una disposición de carácter general (STS de 12 de noviembre de 1983 –RJ 1983, 6005–; ATS de 20 de enero de 1988 y STS de 2 de octubre de 1989), y, finalmente, que el reconocimiento o la admisión de la legitimación del particular en la vía administrativa al impugnar una disposición de carácter general en el recurso de reposición impedía posteriormente, en la vía jurisdiccional, su cuestionamiento (STS de 25 y 27 de enero de 1992).

2.2. Competencia municipal para dictar la ordenanza sobre instalaciones de telecomunicaciones y telefonía móvil (STS de 4 de julio de 2006, recurso de casación 417/2004)

Coherentemente con el planteamiento constitucional, la nueva LJCA “asegura las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones generales, preservando los que se han dado en llamar recursos directo e indirecto y eliminando todo rastro de las limitaciones para recurrir que estableció la legislación anterior” (exposición de motivos). Y de ahí que el artículo 19 de la Ley reconozca la legitimación genéricamente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, e independientemente de que se impugnen actos o disposiciones a todas “las personas físicas o jurídicas que atenten un derecho o interés legítimo” y a “las corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos y entidades que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos” (y ello bien entendido sin perjuicio de la legitimación de que gozan las administraciones públicas para impugnar las disposiciones dictadas por las otras y que les puedan afectar como se reconoce en los restantes apartados del mismo precepto).

En el ejercicio de la referida legitimación se ha planteado una vez más la legalidad de una ordenanza municipal relativa a instalaciones de telecomunicaciones y telefonía móvil. Y en la STS de 4 de julio de 2006 reitera lo que puede considerarse ya como jurisprudencia consolidada, susceptible de ser sistematizada en los siguientes términos.

1º) Sin perjuicio de la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones, se admiten competencias de los ayuntamientos en la materia, recordando lo declarado en la sentencia de 15 de diciembre de 2003, relativa a una ordenanza de instalación de antenas aprobada por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. Como se dijo en la STS 24 de enero de 2000, el artículo 149.1.21 de la CE delimita las competencias estatales en materia de telecomunicaciones respecto de las comunidades autónomas, mientras que las competencias municipales derivan de la Ley, sin perjuicio de que la autonomía local represente una garantía institucional reconocida por la CE para la “gestión de los intereses locales” (artículos 137 y 140 de la CE). En definitiva, como se señaló en la STS de 18 de junio de 2001, la existencia de un reconocimiento de la competencia en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales.

“El sistema de fijación o de determinación de competencias del Estado y de las comunidades autónomas que se verifica en el título VIII de la Constitución tiene como finalidad el establecer los principios con arreglo a los cuales deben distribuirse las competencias básicas, normativas y de ejecución entre el Estado y las comunidades autónomas, como entes territoriales investidos de autonomía legislativa. Sin embargo, no impide que la ley, dictada con arreglo al esquema competencial citado, reconozca competencias a los entes locales ni anule la exigencia constitucional de reconocer a cada ente local aquellas competencias que deban considerarse necesarias para la protección de sus intereses en forma tal que permita el carácter reconocible de la institución.”2º) La autonomía municipal es una garantía institucional reconocida por la Constitución para la “gestión de sus intereses” (artículos 137 y 140 de la Constitución) y hoy asumida en sus compromisos internacionales por el Reino de España (artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por el Instrumento de 20 de enero de 1988).

“Los ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 de la LOT/87 y 43 y siguientes de la LGT/98).”

3º) La corporación está obligada a salvaguardar los intereses municipales en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus reper-

cusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las instalaciones de telecomunicaciones y telefonía móvil por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente.

4º) El ejercicio de la competencia municipal 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.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

5º) No se trata de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derecho, en el sentido estricto en que acoge este concepto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Persigue, en efecto, la implantación de una nueva regulación que por su carácter uniforme requiere el establecimiento de un régimen general.

En segundo término, aun desde la perspectiva del principio de irretroactividad de los reglamentos recogido hoy en el artículo 62.2 de la LRJ y PAC, el motivo alegado en el recurso tampoco es acogido por él.

Resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (cfr. sentencia de 26 de febrero de 1999).

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la sentencia 6/1983, de 4 de febrero, y se recoge en la jurisprudencia de esta sala (sentencias del de 14 de junio de 1994, 22 de junio de 1994, 5 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1997), ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo "cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no", una retroactividad de grado medio "cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados" y una retroactividad de grado mínimo "cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior".

Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras, y sentencias de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas).

Él considera que las normas de la ordenanza cuestionada proyectan su eficacia al futuro tratando de que las antenas instaladas cumplan las exigencias por ella esta-

blecidas para el otorgamiento de las correspondientes licencias, concediendo el plazo de un año para la obtención de aquéllas y para la modificación de las condiciones de las ya instaladas con sujeción a los nuevos requisitos. Esto supone, a lo sumo, una retroactividad de grado mínimo (aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con posterioridad a su entrada en vigor), puesto que debe interpretarse que en ningún momento se contempla la supresión de las antenas que no sean susceptibles de adaptación a las nuevas condiciones exigidas por la ordenanza, sino sólo su traslado o adaptación.

2.3. La capacidad económica como criterio o parámetro en una ordenanza reguladora de precio público o tasa por derechos de entrada de vehículos a través de aceras (STS de 28 de febrero de 2006, recurso de casación 1866/2000)

El principio de capacidad económica se encuentra entre los que, con carácter constitucional, aparecen en el artículo 31.1 de la norma fundamental. Y ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional, señalando que queda a salvo si el impuesto contempla una riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos a que se refiere el presupuesto del tributo, siempre que no haya desaparecido en el momento de su exigencia (STC 37/1987 y 126/1987).

El legislador debe respetar los límites que derivan del principio de capacidad económica, que sería vulnerado en los casos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea inexistente o ficticia (STC 221/1992).

La STS de 28 de febrero de 2006 resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 3 de diciembre de 1999, que había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una ordenanza del Ayuntamiento de Alicante, aprobada por acuerdo del día 13 de mayo de 1996, reguladora del precio público por los derechos de entrada de los vehículos a través de las aceras y vías públicas.

Dicha sentencia del Tribunal Superior de Justicia fundamentaba su fallo en el siguiente razonamiento:

“Otra cuestión, distinta de la anterior, pero que podría afectar a la legalidad de la ordenanza que se examina, y que en el fondo late en la demanda que se articula, es si la uniformidad del Ayuntamiento en el tratamiento de la cuestión, al tomar como elemento básico para la fijación del precio, valor unitario de suelo según la Ponencia de Valores Catastrales, afecta a la capacidad económica, ya que merecen el mismo tratamiento según la ordenanza, propietarios de inmuebles de muy diversa naturaleza, y asombrosamente distintos valores catastrales.

“A juicio de la sala, el precio público que aquí se examina por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, es una prestación patrimonial impuesta de carácter público, dado que, es un ingreso de Derecho público, de carácter ex lege, recaudado por un ente público, que tienen por objeto cubrir gastos públicos, establecidos en función de intereses colectivos, cuya regulación legal se caracteriza especialmente por una particular vinculación entre el ciudadano y la Administración, en la medida en que su uso está condicionado a

licencia, y en consecuencia la Administración ejerce un monopolio absoluto sobre el mismo. Esto es, aunque formalmente se llamen precisos, son materialmente tributos, y desde esta perspectiva debemos examinarlos. Así las cosas, y teniendo en cuenta que la Constitución, utiliza un concepto material de tributo, debe predicarse del mismo el principio de capacidad.

“En el supuesto de autos, la Administración utiliza como base para calcular el importe de los precios públicos que se examinan, lo que denomina valor promedio de los valores unitarios de la ciudad. En definitiva, lo que hace la Ordenanza es partir de un valor catastral medio para su aplicación a todas las zonas de la ciudad en las que estuvieren situados los vados, con lo que uniformiza a todos los sujetos pasivos al margen de sus rentas catastrales. De esta forma paga lo mismo, el vado situado en una calle comercial y céntrica, de alta renta catastral, que el emplazado en un extraradio, no comercial y deprimido económicamente. Así las cosas la Ordenanza debe ser anulada por no atender al principio de capacidad antes expuesto.”

El Ayuntamiento recurrente, en uno de sus motivos de casación, aduce la vulneración del artículos 31.3, 31.1 y 133 de la Constitución, “pues al exigir que la Ordenanza se adecue al principio de capacidad económica se importe un criterio delimitado de la Ordenanza impugnada que carece de cobertura legal”.

El motivo es rechazado por él señalando:

“La tesis central del segundo de los motivos es la de que el establecimiento del precio público no ha de venir determinado por la capacidad económica del sujeto pasivo sino por la utilidad que éste obtiene, que, en todos los casos, es la misma.

“Las modificaciones habidas sobre la materia, y con incidencia sobre lo discutido en el recurso son notables.

“Para empezar, estamos hablando de precios públicos, cuando tal concepto, establecido en el artículo 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, modificado por la Ley 25/1998, de 13 de julio, es inaplicable al supuesto contemplado ‘utilización privativa del dominio público’, que ha pasado a ser hoy una tasa.

“Cuando de ‘la utilización privativa del dominio público’ se trata, y esto es lo que sucede en la Ordenanza de carruajes enjuiciada, se está en presencia de una tasa en el modo en que es concebida en el artículo sexto del texto enjuiciado.

“Fijado que se está en presencia de una tasa es indudable la necesidad de observar el ‘principio de capacidad económica’, al menos cuando lo permitan las características del tributo a tenor del artículo 8 del texto citado.

“La conclusión estimatoria del recurso, desde el punto de vista del Derecho vigente, dictado para adecuar el ordenamiento en materia de precios públicos a las sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1995 y 15 de julio de 1998 se impone.

“Si se argumentase que de modo explícito no han sido declarados inconstitucionales los artículos 41 y siguientes de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, cuyos textos sirven de cobertura a la Ordenanza impugnada y que eran las vigentes cuando la Ordenanza recurrida se dictó, también se impondría la solución desestimatoria del recurso.

“Efectivamente, el artículo 45.2 del texto legal citado establecía: ‘El importe de los precios públicos por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público se fijará tomando como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de aquéllos’.

“Resulta patente que cuando, conforme a la legislación entonces vigente, se toma como base de cálculo del precio público el valor promedio de valores unitarios de suelo en la ciudad se está desconociendo el contenido del precepto invocado que exige que lo tomado en consideración sea el valor de mercado ‘correspondiente’ al bien público objeto de utilización. Es decir, que la consideración del valor de mercado de las diferentes zonas de un municipio no puede dejar de tomarse como ‘referencia’, y esto es lo que la Ordenanza impugnada desconoce cuando fija el precio público controvertido en atención al valor promedio de los valores unitarios del suelo en el municipio.”

En todo caso, debe recordarse la prohibición para los tribunales de determinar la redacción de los preceptos anulados. El artículo 71.2 de la LJCA establece dicha prohibición, poniendo término a la “sustitución normativa” por la jurisdicción que permitía la Ley de 1956, en su artículo 85, en relación con las ordenanzas fiscales. Entre los pronunciamientos del Tribunal en orden al control de los reglamentos no cabe el que ordene o proponga a la Administración la redacción de todos o algunos de los preceptos impugnados.

El artículo 85 de la Ley de la jurisdicción de 1956 establecía que los fallos que dictasen las salas de lo contencioso-administrativo en materia de ordenanzas fiscales, si anulaban el acto objeto del recurso, debían expresar concretamente la forma en que habían de quedar redactados los preceptos impugnados. La justificación del precepto, según la doctrina, era evitar la posible demora en la vigencia de las ordenanzas fiscales, con el consiguiente perjuicio de las haciendas locales. Pero su interpretación mayoritaria fue la de ver en la norma una excepción a la regla general de que cuando se trata de disposiciones generales las sentencias estimatorias no podían integrar la redacción del precepto que anulaban.

La potestad reglamentaria es una de las manifestaciones típicas de la discrecionalidad administrativa, incluso aunque, también a estos efectos, puedan distinguirse entre reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes. Pero, en cualquier caso, no es misión del orden jurisdiccional contencioso-administrativo dar nueva redacción a los preceptos de las disposiciones generales anuladas al estimar un recurso contencioso-administrativo, sino tan sólo declarar su disconformidad al ordenamiento jurídico anulando los preceptos impugnados (STS de 29 de septiembre de 1995).

2.4. Competencia municipal en una ordenanza de regulación de liberación de olores a la atmósfera. Competencia municipal en materia de medio ambiente (STS 26 de julio de 2006, recurso de casación 1346/2004)

El ayuntamiento, que recurre en casación, formula un único motivo al amparo del apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la jurisdicción por “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplica-

bles para resolver las cuestiones objeto de debate” por vulneración del artículo 28 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, de la Carta Europea de la Autonomía Local y de la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de dichas normas.

Concreta el recurso extraordinario de casación que interpone a la impugnación de la sentencia en tanto que la misma declaró la nulidad de pleno Derecho de los artículos 4, 6, 7, 8, 10, 12 y 14 y anexo 1 de la Ordenanza municipal reguladora de la emisión de olores a la atmósfera aprobada por el ayuntamiento de Lliçà de Vall, aprobada el 29 de septiembre de 2000.

Comienza el motivo haciendo referencia a la tesis de la sentencia recurrida de que es suficiente la reserva competencial a favor del poder reglamentario autonómico, mediante norma con valor de ley en blanco, en este caso los artículos 12.b), 12.c) y 21.1 de la Ley catalana de Protección del medio ambiente atmosférico, para impedir la regulación de una determinada materia por parte de la potestad reglamentaria municipal aun sin que se halla producido el desarrollo reglamentario por la legislación sectorial.

Por el contrario, anuncia el motivo de que la tesis que defiende es que esa interpretación vulnera la cláusula de atribución genérica por complementariedad reconocida por el artículo 28 de la Ley 7/1985 en la interpretación acorde con la Carta Europea de la Autonomía Local, que confiere en materia de medio ambiente al municipio la posibilidad de reglamentar complementariamente y para el ámbito municipal todos aquellos aspectos que no estén reglamentados por las administraciones de rango superior que se refieran a aspiraciones y necesidades de la comunidad vecinal.

En apoyo de esa posición, invoca el artículo 137 de la Constitución, que reconoce al municipio autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, así como la Ley reguladora de las bases del régimen local, que en el artículo 2 confiere a los mismos que “para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las comunidades autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”.

Añade que esas materias que el legislador sectorial ha de reservar a favor de los municipios se enumeran en el artículo 25, y entre ellas figura la relativa al medio ambiente, y así el número 2 de ese precepto dispone que “el municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias: f) Protección del medio ambiente”. Complementa ese mandato el número 3 del artículo al disponer que “sólo la Ley determina las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2”.

Junto con lo anterior, agrega que la Ley efectúa una atribución competencial genérica a los municipios, utilizando el principio de complementariedad del artículo 28, al señalar que “los municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas y, en particular, [...] las relativas a la protección del medio ambiente”, precepto que relaciona con la disposición transitoria segunda 2 de la propia Ley cuando manifiesta que “los municipios ostentarán, además, en las materias a que se refiere el artículo 28 de esta Ley, cuantas competencias de ejecución no se encuentren conferidas por dicha legislación sectorial a otras administraciones públicas”.

Seguidamente, menciona la sentencia del Tribunal Constitucional número 214/1989, de 21 de diciembre, que en su duodécimo fundamento de Derecho afirma que “este artículo 28 se configura como una cláusula competencial genérica que, más allá de las competencias que, por imperativo de los artículos 2.1 y 25 de la Ley, el legislador sectorial debe reconocer a las entidades municipales, habilita a los municipios para que puedan desarrollar actividades complementarias de las propias de otras administraciones”.

Cita el artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, que define ese concepto y afirma que “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

Invoca también la sentencia de esta sala y sección de 29 de septiembre de 2003 en la que él expuso: “las ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por ley estatal o autonómica. En cualquier caso al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las leyes. Por lo demás la tipificación de que se habla no podrá hacerse por ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas (el primero es el caso de la policía de dominio público referido a las vías urbanas que ahora nos ocupa) o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o comunidad autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad.”

Dando un paso más en su planteamiento, el motivo se centra ahora en la legislación sectorial catalana, que viene constituida por la Ley autonómica 22/1983, de 21 de noviembre, de protección del medio ambiente atmosférico, modificada por la Ley 6/1996, de 18 de junio, que en su artículo 12 contiene un listado de competencias de desarrollo reglamentario de la Ley que se atribuyen a la Administración catalana, y que concretan en los apartados b) y c) del artículo mencionado y el 21.1 de la misma Ley.

Partiendo de la existencia de esos preceptos legales en los que se contiene una atribución competencial específica a favor de la Administración autonómica, que califica de meras normas de remisión reglamentaria en blanco, concluye que la

interpretación de la sentencia de instancia lesiona el principio de autonomía local al impedir a la corporación local regular aquello que la Administración autonómica no ha desarrollado a pesar de estar facultada para ello.

El señala que el artículo 45.1 de la Constitución dispone que “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. Y añade en el número 2 que “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

Ese mandato constitucional se incardina entre los principios rectores de la política social y económica, capítulo III del título I, y como señala el artículo 53.3 han de informar “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. En consecuencia, esos principios rectores han de ser desarrollados por el legislador ordinario. Ello supone que estemos en presencia de una previsión constitucional que posee indudable valor normativo, y que, como tiene declarado este en la sentencia de 25 de abril de 1989, teniendo en cuenta los artículos 18 y 26 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, Ley 7/1985, conlleva la obligación municipal “correlativa con el derecho del recurrente” de proteger el medio ambiente.

Esa llamada constitucional relativa al medio ambiente en sus distintas manifestaciones, y entre ellas la de la contaminación atmosférica, en este supuesto mediante olores, no es la única; y así la Constitución en el preámbulo se refiere a la necesidad de promover “la calidad de vida”, y en el artículo 43, y directamente relacionado con lo anterior, se refiere a “la protección de la salud y el deber de respetarla” en sus párrafos 1 y 2.

Estas previsiones constitucionales tienen su reflejo en las competencias que las distintas administraciones públicas poseen en materia de medio ambiente y en el posterior reparto competencial entre ellas. En un primer momento, y a partir de la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, ha de tenerse en cuenta la normativa comunitaria que se recoge en la Directiva 96/61/CE y cuya trasposición al Derecho nacional se ha llevado a cabo mediante la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, y cuya novedad principal, según señala su exposición de motivos, la constituye:

“la incorporación al ordenamiento interno español de la mencionada Directiva 96/61/CE [que] se lleva a cabo, con carácter básico, mediante esta Ley, que tiene, por tanto, una inequívoca vocación preventiva y de protección del medio ambiente en su conjunto, con la finalidad de evitar, o, al menos, reducir, la contaminación de la atmósfera, el agua y el suelo.

“A estos efectos, el control integrado de la contaminación descansa fundamentalmente en la autorización ambiental integrada, una nueva figura de intervención administrativa que sustituye y aglutina al conjunto disperso de autorizaciones de carácter ambiental exigibles hasta el momento, con el alcance y contenido que se determina en el título III.”

Ahora bien, el ingreso de España en la Unión y la trasposición de las normas comunitarias al Derecho interno no altera las reglas constitucionales de distribución de competencias, correspondiendo la ejecución, en sentido amplio, del Derecho comunitario "a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario" (sentencia del Tribunal Constitucional 236/1991, de 12 de diciembre), y ello "sin perjuicio del limitado poder de sustitución del Estado cuando de la inactividad de las administraciones de las comunidades autónomas pudiera derivarse la responsabilidad en la esfera internacional del Estado" (sentencia del mismo Tribunal 79/1992, de 28 de mayo).

Siguiendo este hilo argumental y en cuanto a la distribución de competencias entre las distintas administraciones públicas, según el artículo 149.1.23, "el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección", de modo que corresponde al Estado la definición de las bases de su protección, mientras que las comunidades autónomas asumen, de forma generalizada, las competencias de desarrollo de lo básico y de ejecución, o como expone el artículo 148.1.9, "la gestión en materia de protección del medio ambiente".

De este modo, la doctrina constitucional emanada de las diversas sentencias y autos del Tribunal Constitucional pronunciadas sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente puede resumirse señalando que al Estado corresponde una ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las comunidades autónomas con competencia en la materia establezcan niveles de protección más elevados, si bien el Estado no puede agotar el contenido de la regulación llegando a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno a las comunidades autónomas con competencia en materia de medio ambiente, vaciándola de contenido, y que la calificación de lo básico que corresponde al Estado, se realiza en función de la suficiencia y homogeneidad que reconduce a la posibilidad de que las comunidades autónomas adapten el nivel de protección establecido por la política nacional de medio ambiente a las circunstancias de su propio territorio.

En consecuencia, las comunidades autónomas tienen competencias normativas para desarrollar lo básico y para dictar normas adicionales de protección, y les corresponde también la gestión y la función ejecutiva en materia de medio ambiente tanto del contenido de las normas básicas, como de aquellas que se dictan para su desarrollo, legislativas y reglamentarias.

Se completa la delimitación del ámbito competencial con las competencias que en la materia poseen las entidades locales, cuestión que por otra parte es esencial en el supuesto que resuelve la sentencia.

El Tribunal Constitucional ya en la sentencia 32/1981, de 28 de junio, dedujo del artículo 137.1 de la Constitución, que expresa que "los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses", la cláusula de la garantía institucional de la autonomía local. A diferencia de lo que sucede con el sistema de atri-

bución de competencias que resulta para las comunidades autónomas de los artículos 148 y 149 de la Constitución, la atribución de competencias de los entes locales se realiza por el legislador ordinario con el límite que supone la garantía institucional de la autonomía local.

La sentencia de 23 de mayo de 1997 sentó los criterios que en relación con el sistema de atribución de competencias a los entes locales se desprenden de las normas vigentes, y así señaló que:

“El sistema sobre la atribución de competencias a los entes locales puede sintetizarse en los siguientes criterios: a) La Ley reguladora de las bases del régimen local establece las ‘directrices para llevar a cabo la asignación de competencia’ que no puede ignorar el legislador autonómico (STC 214/1989): ‘Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, reguladora de los distintos sectores de la acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y máxima proximidad de gestión administrativa a los ciudadanos’ (artículo 2.1).

“b) La propia Ley reguladora de las bases del régimen local efectúa una declaración de capacidad o de legitimación para actuar en lo que se refiere al fomento y administración de los intereses peculiares de cada ente local. No se trata, en este caso, propiamente de una atribución de competencia sino del reconocimiento de la capacidad o de la legitimación de los entes locales para actuar válidamente o promover actividades y servicios en el ámbito de las necesidades y aspiraciones de sus respectivas comunidades.

“c) La Ley reguladora de las bases del régimen local establece un núcleo competencial mínimo. Esta atribución representa el reconocimiento de un ‘círculo de protección’ competencial, como consecuencia de la atribución que efectúen las leyes sectoriales del Estado y de la comunidad autónoma.

“d) De acuerdo con el artículo 7 de la Ley reguladora de las bases del régimen local las competencias de las entidades locales pueden ser no sólo propias sino también delegadas. Las primeras se determinan por la ley, estatal o autonómica, y se ejercen en régimen de autonomía y autorresponsabilidad, aunque en coordinación con las competencias de las demás administraciones públicas. Las segundas se ejercen bajo la dirección y control que establezca la Administración que delega sus competencias.”

Por tanto, la autonomía local no está constituida por un catálogo de competencias objetivamente determinado o que pueda determinarse sobre la base de unas características invariables, sino más bien mediante la facultad de asumir, sin título competencial especial, todas aquellas tareas que afecten a la comunidad vecinal que integra el municipio y que no hayan puesto en funcionamiento otras administraciones públicas.

De este modo, el legislador autonómico no puede desconocer los criterios generales de los artículos 2.1, 25.2 y 26 de la Ley, y así el Tribunal Constitucional en la sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, citada por la corporación recurrente, expuso que:

“ahora bien, el artículo 2 va más lejos y, en esa función garantista de las competencias mínimas de las autonomías locales, añade en su párrafo 2 que ‘las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los Entes locales en la materia que regulen’.

“Pues bien, la norma impugnada, que es una norma incompleta o de remisión, no avala o garantiza, por sí misma, la constitucionalidad de las leyes básicas sectoriales, pero no por ello es inconstitucional ya que tiene en su fundamento las mismas razones que se dan en el párrafo 1 de este artículo 2, resultando una consecuencia del reconocimiento de la autonomía de los entes locales que proclama el artículo 137 de la CE y de su garantía institucional, según el artículo 140 de la misma. Todo lo cual nos lleva a un fallo interpretativo del precepto contenido en el artículo 2, párrafo 2, en el sentido de que las leyes básicas deberán decir qué competencias corresponden en una materia compartida a las Entidades locales por ser ello necesario para garantizarles su autonomía (artículos 137 y 141 de la CE). Ello no asegura que la ley básica estatal y sectorial (montes, sanidad, etc.) que tal cosa disponga sea, sin más, constitucional, porque si excede de lo necesario para garantizar la institución de la autonomía local habrá invadido competencias comunitarias y será por ello, inconstitucional, correspondiendo en último término a este Tribunal Constitucional ponderar, en cada caso, si las competencias de ejecución atribuidas a los entes locales son o no necesarias para asegurar su autonomía.”

Además de lo expuesto, en esta cuestión es trascendente el artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local, que la define como “el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, y bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

Si nos aproximamos ahora a las competencias de las entidades locales en materia de medio ambiente, no ofrece duda la trascendencia que la misma posee para los vecinos que conviven en cada uno de los municipios, ya que, como es sabido, si algo caracteriza a la Administración local es su cercanía a los ciudadanos y la inmediatez con los problemas. Ello sin duda la cualifica de modo especial para ejecutar y gestionar con eficacia la normativa ambiental. De ahí la importancia del principio de subsidiariedad que se introduce en el artículo 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, según el cual “el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos”. Lo expuesto lleva consigo el reconocimiento de competencias locales en el ámbito del medio ambiente si bien corresponde al legislador estatal y autonómico determinar el concreto alcance que corresponde a los entes locales en la materia.

Descendiendo ya al modo en que se concretan esas competencias, la Ley reguladora de las bases del régimen local en el artículo 25.2.f) incluye como competencias propias de los municipios la “protección del medio ambiente” y en el h), “la protección de la salubridad pública”. De este modo, el legislador ordinario debe reconocer a los entes locales competencias propias en estas materias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 y en el número 3 del artículo 25, ambos de la Ley reguladora de las bases del régimen local. Y por otra parte, el grado de intervención del ente local concreto estará en función de la materia de que se trate y la capacidad de gestión que aquél posea, y de acuerdo con los principios de descentralización de la función y el acercamiento de la gestión administrativa a los ciudadanos.

De modo que la atribución de competencias que de manera obligada parece establecer el artículo 26 de la Ley reguladora de las bases del régimen local en función del número de habitantes del municipio, y que reserva en el apartado 1.d) la protección del medio ambiente para aquellos que tengan una población superior a 50.000 habitantes, queda relativizada por el hecho de que en los apartados anteriores se encomienda a municipios de menor población actividades que también poseen transcendencia medioambiental, y porque al ser ésta una materia sobre la que se reconocen competencias concurrentes sin que exista separación de responsabilidades también han de tenerse en cuenta la capacidad de gestión de cada municipio, y, sobre todo, el acercamiento de la gestión administrativa a los ciudadanos y la afectación de los intereses concretos de los vecinos que el municipio debe asegurar y defender en cada caso.

Esas responsabilidades municipales se establecen además de en las normas básicas en otras sectoriales, y algunas de ellas de tanta trascendencia como la Ley general de sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), en cuyo artículo 42.3 se atribuye a “los ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás administraciones públicas, las siguientes responsabilidades mínimas en relación con el obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: a) control sanitario del medio ambiente: contaminación atmosférica, y b) el control sanitario de industrias”.

Para el ejercicio de esas competencias, la Ley reguladora de las bases del régimen local afirma en el artículo 4.1.a) que “en su calidad de administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios: a) La potestad reglamentaria”, que ha de ser ejercida inexcusablemente dentro de sus competencias y, por tanto, en relación con la protección del medio ambiente, en la medida en que se dote a esta materia de contenido por la legislación sectorial y dentro del límite que representan las leyes del Estado y de las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

Esa potestad reglamentaria se expresa por medio de ordenanzas y cumpliendo con los límites referidos las corporaciones locales una vez otorgada la autorización de funcionamiento de la instalación de que se trate establecen una relación duradera con la misma que legitima su intervención para la comprobación del cumplimiento de las condiciones ambientales y su adecuación a las circunstancias concurrentes y la imposición, en su caso, de medidas correctoras a la actividad desarrollada.

Y esta no es una nueva situación sino que constituye algo consustancial al desenvolvimiento de la protección del medio ambiente si bien corregido de manera reciente con los desarrollos por las comunidades autónomas de las legislaciones sectoriales correspondientes. De modo que desde antiguo las ordenanzas municipales a tenor de lo previsto en el Decreto 2107/1968, de 16 de agosto, constituyeron el único soporte normativo aplicable en la regulación de la contaminación atmosférica en sus distintas manifestaciones.

Por último, y para concluir el análisis de las competencias locales desde el punto de vista de la legislación básica del Estado y el respeto de la garantía institucional de la autonomía local constitucionalmente reconocida, artículos 137.1 y 140 de la Constitución y de la Carta Europea de la Autonomía Local, hemos de referirnos al artículo 28 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, que dispone que “los municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas y, en particular, las relativas a [...] la sanidad y la protección del medio ambiente”.

Ese precepto, que se refiere a los ámbitos de competencias de actuación complementaria, no puede entenderse si no se relaciona con lo dispuesto por la disposición transitoria segunda 2 de la Ley de bases y el principio de subsidiariedad que introduce el artículo 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local. Así, el segundo de los párrafos de la disposición transitoria segunda señala que “los municipios ostentarán, además, en las materias a que se refiere el artículo 28 de esta Ley, cuantas competencias de ejecución no se encuentren conferidas por dicha legislación sectorial a otras administraciones públicas”.

Conjugando la expresión de ese precepto con el principio de subsidiariedad mencionado, en este caso sí se están atribuyendo a los municipios auténticas funciones de ejecución residuales en todas aquellas materias incluidas en este artículo, respecto de las que la legislación sectorial no haya atribuido su ejercicio a otras administraciones, o, habiéndoselo conferido éstas no hayan desarrollado esa normativa sectorial, de modo que corresponde a los entes locales concernidos por el problema la regulación correspondiente, respetando los límites en aquélla establecidos de forma que no podrán contradecir ni ir más allá de lo en ella dispuesto, pero sí complementar la actividad de aquéllas.

El insiste en que hay que tener en cuenta que el artículo 2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local impone un límite al legislador sectorial a la hora de determinar las competencias municipales, al establecer que se han de atribuir competencias a los municipios en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a su capacidad de gestión, pero, sobre todo, de conformidad con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos, introduciéndose así, en el ámbito local, el principio de subsidiariedad originario del Derecho comunitario, especialmente a partir del proceso de aprobación del Tratado de la Unión Europea, mediante el aseguramiento a los municipios de un derecho a intervenir en todos aquellos asuntos que afecten directamente al círculo de sus intereses. Y es que es preciso que los entes locales cumplan su función constitucional de protección de los intereses de sus

vecinos ocupando el lugar que no alcancen a cubrir las demás administraciones y hasta tanto aquéllas no lo hagan, con respeto a esa legislación sectorial ya existente a la que complementan.

En este sentido, conviene traer a colación lo expuesto por la sentencia de esta sala y sección citada por la corporación recurrente de 29 de septiembre de 2003, en la que en un asunto similar en el que se había impugnado una ordenanza que establecía infracciones y sanciones para determinadas conductas relacionadas con el medio ambiente, como era la ocupación de las vías públicas con contenedores de residuos, se anularon aquellas infracciones y sanciones, al carecer la ordenanza de la indispensable cobertura legal, con vulneración del artículo 25.1 de la Constitución. Nuestra sentencia estimó el recurso e hizo una interpretación integradora de la ordenanza y de la autonomía de la corporación que la promulgó, y expuso con carácter general la doctrina que ya trascibimos en el fundamento de derecho cuarto que entendemos de aplicación a este supuesto.

Allí se dijo: “Pero parece claro que si se otorga la potestad reglamentaria a las entidades locales, sin duda para ordenar los asuntos públicos de su competencia, y no se deduce ninguna consecuencia jurídica del incumplimiento de aquella ordenación, los supuestos titulares de la potestad reglamentaria, en este caso los entes locales, no tienen una capacidad efectiva de llevar a cabo la ordenación. Es palmario que una norma que puede incumplirse sin consecuencia alguna puede carecer por completo de efectividad. Por ello, si es ésta la situación se está ante una disminución de la autonomía local contraria al precepto de la Carta.

“Es de entender que la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, que debemos aplicar pues nos obliga como elemento que es de nuestro ordenamiento jurídico, constituye un importante instrumento de interpretación del principio de autonomía local que consagra la Constitución.

“Una interpretación de este tipo no hace sino cumplir la finalidad que atribuye a la jurisprudencia de este el título preliminar del Código civil cuando en su artículo 1.6 dispone que completará el ordenamiento jurídico y en el artículo 3.1 que la interpretación a realizar se llevará a cabo de acuerdo con los antecedentes legislativos y la realidad social de los tiempos en que las normas deban aplicarse.

Ello significa que, para resolver el supuesto planteado hemos de considerar que las ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por ley estatal o autonómica. En cualquier caso, al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las leyes. Por lo demás, la tipificación de que se habla no podrá hacerse por ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas (el primero es el caso de la policía de dominio público referido a las vías urbanas que ahora nos ocupa) o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o comunidad autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad.”

Consecuentemente, él estima el motivo y con él el recurso. Casa la sentencia de instancia y examina, a la luz de la doctrina expuesta, el contenido de cada uno de los preceptos de la ordenanza impugnados que son confrontados con el artículo 12 de la Ley del Parlamento de Cataluña 22/1983.

3. Impugnación indirecta de disposiciones generales: impugnación de liquidaciones giradas en concepto de precios públicos, por ilegalidad de la ordenanza reguladora de los precios por aprovechamientos privativos y especiales del vuelo, suelo y subsuelo de la vía pública (STS de 20 de febrero de 2006, recurso de casación 4032/2000)

3.1. Principales cuestiones suscitadas en el régimen jurídico del recurso indirecto contra reglamentos

El recurso indirecto contra las normas reglamentarias o las disposiciones administrativas tiene una mecánica distinta del recurso directo, pues lo que se impugna no es el reglamento mismo sino un acto de aplicación suyo fundándose en la ilegalidad de la disposición. Es decir, en este caso se solicita la anulación de un acto porque el reglamento (o uno de sus preceptos) del que es aplicación es nulo de pleno derecho al violar la ley, bien entendido que, como se ha señalado, la utilización de esta posibilidad no se encuentra condicionada a que previamente se haya intentado o interpuesto el recurso directo contra el reglamento, pues el apartado 2 del artículo 26 de la LJCA, reproduciendo el antiguo artículo 39.4 de la Ley de 1956, señala que: "La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación."

Es indudable que, para que proceda el recurso indirecto, debe existir un acto previo, expreso o presunto, de aplicación al reglamento (STS de 19 de junio de 1991 –RJ 1991–, y ATS de 6 de abril de 1998).

Puesto que lo que se recurre en este caso es el acto aplicativo, es necesario, como presupuesto de admisibilidad del recurso contencioso, que dicho acto haya puesto fin a la vía administrativa (artículo 25.1) por lo que habrá que tener en cuenta la posibilidad que establece el artículo 107.3, párrafo segundo, de la LRJ y PAC que dice:

"Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la ilegalidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición."

Durante la vigencia de la anterior Ley, una de las cuestiones más espinosas que se suscitó fue la facultad que tenía el Tribunal sentenciador, que estaba conociendo de un recurso indirecto, de declarar la nulidad –y consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico– del reglamento que servía de cobertura al acto aplicativo.

Favorables a la solución afirmativa se mostró un sector importante de la doctrina que, en su favor esgrimió cuatro razones.

Una primera razón residía en la analogía existente entre el control de constitucionalidad de las leyes y los procesos contra normas reglamentarias, puesto que si

en aquél cabía la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la Ley (por ejemplo: vía autocuestión del artículo 55.2 de la LOTC para los conflictos de competencia), tal posibilidad no debía negarse en el recurso indirecto contra reglamentos.

La segunda razón que aducía era el carácter de “vicio de orden público” que se predicaba de la ilegalidad de las disposiciones administrativas; vicio de orden público que imponía o que obligaba a la jurisdicción contencioso-administrativa a su subsanación.

La tercera razón se fundamentaba en el principio de economía procesal, pues carecía de sentido que, sabiendo que esa ilegalidad existía, se permitiera la multiplicación de procesos individuales para anular uno a uno la indefinida serie de actos aplicativos.

Y, finalmente, la cuarta razón residía en que, a su juicio, no era asumible la posición contraria, pues, teniendo en cuenta la importante restricción a la legitimación en los recursos directos que se consagraba en el artículo 28.1.b) de la LJ, la posibilidad de “controlar” la potestad reglamentaria más que una realidad se convertiría en una ficción. Sin embargo, esta última razón perdió fuerza ante la necesidad de considerar derogada por el artículo 24.1 de la Constitución la restricción a la legitimación mencionada.

Este criterio doctrinal no fue seguido por él.

En efecto, el alto tribunal, en jurisprudencia reiterada y constante, declaró la improcedencia de decretar la nulidad y consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico, de los reglamentos viciados de ilegalidad cuando se estuviera conociendo de un recurso indirecto (por todas, STS de 22 de junio de 1996, y 30 de octubre y 30 de noviembre del mismo año; 12 de marzo y 28 de mayo de 1997, fundamento 2 de la sentencia apelada, y de 19 y 26 de febrero y 13 de junio de 1998), pues tal expulsión, propiamente, sólo podía realizarse mediante la utilización de la técnica del recurso directo (STS de 26 de febrero de 1998), único mecanismo apto para conseguir el fin pretendido, máxime si se tenía en cuenta que la competencia jurisdiccional para declarar la nulidad del reglamento y la del acto en sí mismos considerados no se residenciaba generalmente en los mismos órganos jurisdiccionales (Tribunal Supremo o Audiencia Nacional en el caso de los reglamentos y tribunal superior de justicia para los actos individuales), por lo que tal pronunciamiento no era posible so pena de incurrir en vicio de incompetencia (STS de 13 de junio de 1998). Ante tal objeción, la única solución posible durante la vigencia de la anterior de la LJCA era inaplicar el reglamento ilegal (STS de 26 de septiembre de 1998) y aplicar en su lugar la norma superior infringida (Constitución, ley...) para, de esta manera, proceder a la anulación del acto si se estimaba procedente el recurso indirecto.

Ahora bien, lo cierto es que esta situación no era la más satisfactoria, pues la estimación de un recurso indirecto, al conllevar un pronunciamiento implícito de la nulidad del reglamento en cuestión pero no poder expulsar explícitamente a éste del ordenamiento jurídico, suponía, en cierto modo, un riesgo al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9 de la Constitución en tanto que, por un lado, existía una norma jurídica –el reglamento– enmascarada dentro de nuestro ordenamiento y con una apariencia de legalidad, puesto que era imposible

hacerla desaparecer, y, por otro, el control difuso característico del recurso indirecto posibilitaba que determinados órganos judiciales estimaran conforme a Derecho la norma reglamentaria y otros, en cambio, no, con lo que, a falta de una instancia unificadora que no siempre existía, se generaban notables situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta entre los administrados.

El artículo 62.2 de la LRJ y PAC y, correlativamente, el artículo 70.2 de la LJCA declaran que el reglamento que incurra en infracción del ordenamiento jurídico por contradecir la Constitución, las leyes, otras normas de rango superior o, aunque no se mencione expresamente, los principios generales del Derecho es radicalmente nulo. De ahí que no falten pronunciamientos judiciales que insistieron en la nulidad radical del reglamento que incurría en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (STS de 1 de octubre de 1997 y de 17 de junio de 2003). Consecuentemente, parece imprescindible que el orden contencioso-administrativo dispusiera de técnicas de reacción frente a los reglamentos ilegales cuya virtualidad superase la genérica regla de la inaplicación para lograr su definitiva expulsión del ordenamiento jurídico.

Precisamente, advertido este problema por la nueva de la LJCA, en su exposición de motivos se dice que “La solución pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esa decisión de efectos *erga omnes*. De ahí que cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad”, a la que se refieren los artículos 27 y 123 y siguientes de la LJCA.

Otra cuestión debatida es si después del establecimiento de la cuestión de ilegalidad es posible seguir manteniendo la jurisprudencia constante y uniforme que declaraba la improcedencia de enjuiciar en el recurso indirecto los defectos formales en el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias (por todas, STS de 16 de junio de 1997, y ATS de 15 de junio de 1988). En principio, parece que la misma solución puede seguir manteniéndose tras la nueva de la LJCA pues, aunque la tesis contraria parecería a simple vista la adecuada al examinarse en la cuestión de ilegalidad el reglamento mismo (igual que en el recurso directo), no podemos olvidar que tal cuestión “habrá de ceñirse exclusivamente a aquél o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda” (artículo 123.1 de la LJCA) de lo que se puede concluir que los vicios que afectan a la totalidad de la norma, como sucede con los producidos en el procedimiento de su elaboración, no serán fiscalizables en este caso. Pero junto a este argumento también podría aducirse otro, complementario del anterior: Si la intención del legislador hubiera sido que en el recurso indirecto pudieran fiscalizarse vicios formales del reglamento, lo lógico es que se hubiera dispuesto la obligatoriedad de que el expediente de elaboración se remitiera al Tribunal que conoce de la cuestión de ilegalidad, pero eso no es lo que ha

sucedido sino que el artículo 125.3 de la LJCA ha establecido tal remisión no como una obligación sino como una posibilidad, para mejor proveer y antes de dictar sentencia (creemos que únicamente con la finalidad de ilustrarse sobre los concretos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad ha servido de base para la estimación de la demanda).

No obstante, es una cuestión controvertida que debe tener solución jurisprudencial.

3.2. Impugnación de liquidaciones giradas en concepto de precios públicos, por ilegalidad de la ordenanza reguladora de los precios por aprovechamientos privativos y especiales del vuelo, suelo y subsuelo de la vía pública (STS de 20 de febrero de 2006, recurso de casación 4032/2000)

En la STS de 20 de febrero de 2006 (recurso de casación 4032/2000) se impugnaba sentencia dictada, en fecha 22 de abril de 1998, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Cuarta, en el recurso número 1191/96, sobre liquidaciones giradas, por el Ayuntamiento de Madrid, en concepto de precios públicos por la instalación de quioscos en la vía pública, correspondientes al ejercicio de 1996.

El tribunal de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo, y la demandante, ONCE, interpuso un recurso de casación.

La sala de instancia denegó la preparación de la casación, por entender que la sentencia no era susceptible de recurso, por no exceder de seis millones de pesetas la cuantía del asunto, pero la sala del estimó, por auto de 31 de marzo de 2000, el recurso de queja interpuesto, dado que la pretensión formulada ante el Tribunal a quo llevaba consigo la impugnación indirecta de la Ordenanza reguladora de los precios públicos por aprovechamientos privativos y especiales del vuelo, suelo y subsuelo de la vía pública, vigente en el ejercicio 1996, considerando abierta la vía casacional, a tenor de lo establecido en el apartado 3 del artículo 93 de la Ley jurisdiccional anterior, en la redacción de 1992, en relación con el artículo 39.2 y 4 del mismo texto legal, aunque limitada al examen de la legalidad de la disposición indirectamente impugnada.

Una de las peculiaridades de los procesos contra reglamentos es, precisamente, el régimen de sus recursos.

Conforme al artículo 42.2 de la LJCA, se reputan de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales. Pero, a los efectos de la interposición de los correspondientes recursos de apelación y casación, se equiparan a las de cuantía indeterminada las sentencias recaídas en los recursos indirectos contra reglamentos.

El artículo 81.2.d) de la LJCA considera siempre susceptibles de recurso de apelación las sentencias que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales. Debe entenderse que cabe apelación tanto en el caso de que la sentencia se haya pronunciado plenamente sobre el reglamento como en el caso de que se deba plantear cuestión de ilegalidad.

El artículo 86.3 de la LJCA establece que “cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y los tribunales superiores de justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general”. También en este caso la casación se admite tanto en el supuesto de recurso directo como indirecto, pero siempre que en este último caso se contenga un pronunciamiento acerca de la validez o invalidez del reglamento, no, en cambio, cuando los órganos mencionados deban plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo, en cuyo supuesto la casación será posible en función de la cuantía del recurso resuelto por la sentencia. Así lo ha señalado el ATS de 4 de diciembre de 2000, que desestimó un recurso de queja presentado por el representante procesal de la Seguridad Social contra un auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por el que se acordó tener por no preparado el recurso de casación interpuesto contra su sentencia dictada en un recurso indirecto con efecto inaplicatorio, dado que la disposición general procedía del Consejo de Ministros (en el mismo sentido, ATS de 26 de junio, 10 de julio y 2 de octubre de 2000, 19 de febrero, 26 de marzo y 2 de julio de 2001).

Una reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha efectuado, sin embargo, una interpretación restrictiva del artículo 86.3 de la LCJA, entendido que no cabe recurso de casación cuando la Audiencia Nacional o los tribunales superiores de justicia se pronuncien sobre validez o invalidez de una disposición general en segunda instancia (ATS de 13 de noviembre de 2000 y 2 de julio de 2001).

Las cuestiones suscitadas en el recurso jurisdiccional fueron, expuestas de modo sintético, las siguientes: 1ª) nulidad de los precios públicos por la falta de ordenanza, al no constar en el expediente; 2ª) nulidad de los precios públicos por la falta de Memoria Económico-Administrativa; 3ª) ilegalidad de los criterios de fijación del precio público distintos del valor de los bienes ocupados; 4ª) improcedencia de la liquidación de dos metros cuadrados cuando los quioscos ocupaban 1,44 metros cuadrados, y 5ª) inconstitucionalidad de los precios públicos aprobados.

La sentencia de instancia rechaza la falta de la existencia de la Ordenanza y de la Memoria Económica Financiera, al haberse aportado, durante el período probatorio, recordando que cuestiones semejantes a las planteadas habían sido resueltas en reiterados pronunciamientos.

Con respecto al criterio de fijación del precio público razona “que los valores de mercado para cuantificar el precio público no son apropiados, ya que el régimen de uso y explotación de bienes de dominio público no es homologable con el de los bienes privados, no suponiendo ello tachar de inconstitucional el precepto que así lo establezca, ni quiere decir tampoco que sea arbitrario o simplemente desafortunado, si se tiene en cuenta que el criterio está conjugado con el de la utilidad que soporta el usuario”, negando que estos ingresos tengan carácter tributario y deban someterse al principio de reserva de ley.

También rechaza la alegación de inconstitucionalidad de los criterios legales previstos en el artículo 45.2 de la Ley de haciendas locales para la fijación del precio público, al ser la propia Ley la que establece en su artículo 41 la autorización para crear precios públicos en los supuestos que menciona.

Por otra parte, alude a que el ayuntamiento de Madrid elaboró un documento circunstanciado indicando los posibles criterios a seguir, explicitando claramente que la vía pública es un bien que se encuentra fuera de mercado, por lo que carece de verdadero valor, pese a lo cual se trata de referenciarlo con el valor de las parcelas circundantes, considerando como valor el determinado por el Centro de Gestión Catastral que sirvió de base a la Ponencia de Valores en función de diversos parámetros, atendiendo a las calles, uso general como vivienda o comercial y, finalmente, un coeficiente único para todas las categorías que mida los valores del suelo, con referencia a lo que un momento determinado el mercado obtiene para una suma monetaria determinada.

Finalmente, se refiere a la improcedencia de la reducción del precio público que no fue planteada.

La parte recurrente articula dos motivos de casación.

En el primero, al amparo del núm. 3 del artículo 95.1 de la Ley de la jurisdicción en la redacción de 1992, invoca que la sentencia es reproducción de otras anteriores sobre asuntos similares, lo que demuestra que no se han tenido en cuenta los hechos y fundamentos alegados por las partes y el resultado de las pruebas, con vulneración del artículo 359 de la Ley de enjuiciamiento civil/1881 y el 24.1 de la Constitución, achacando carencia de congruencia y motivación de la sentencia recurrida, al ser obvio que se han ignorado totalmente las alegaciones efectuadas tanto en la demanda como en las conclusiones, así como los resultados de las pruebas periciales, especialmente la documental referente a las dimensiones de los quioscos y la pericial consistente en el dictamen emitido por el perito arquitecto, añadiendo, respecto a esta última, que si bien el Tribunal, a tenor de lo establecido en el artículo 632 de la LECiv/1881, tiene libertad de apreciación de la misma según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a someterse al dictamen de los peritos, esto no le faculta para prescindir del resultado de aquél sin un razonamiento que lo justifique, y que es lo que ha sucedido en este caso. Finalmente, critica que en la sentencia se incluyan pronunciamientos sobre cuestiones que no fueron planteadas en la demanda, como ocurre con el contenido del fundamento de derecho cuarto, ya que no solicitó en ningún momento el reconocimiento de una reducción del importe de los precios exigidos por el ayuntamiento.

En el segundo motivo, al amparo del número 4 del citado artículo 95.1 de la antigua Ley de la jurisdicción, aduce que la sentencia incurre en infracción del ordenamiento jurídico.

a) En primer lugar, por los motivos alegados en relación con el apartado 3, ya que la fundamentación jurídica relacionada en el apartado primero también puede ser invocada como normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia infringidas.

b) En segundo lugar, en relación con el artículo 120.3 de la Constitución, por entender que la sentencia, al carecer de las razones por las que no se valora la prueba, infringe dicho precepto que obliga a que las sentencias siempre sean motivadas.

c) En tercer lugar, en relación con el artículo 45.2 de la Ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales, 25.1 de la Ley 1989, de tasas y precios públicos, y el 9.3 y 106 de la Constitución. Alega que la sentencia recurrida considera que el Ayuntamiento de

Madrid ha respetado la normativa vigente al determinar los criterios que han de servir de referencia para la fijación de las tarifas de precios públicos y los declara ajustados a derecho; entendiendo que este pronunciamiento es claramente contradictorio con lo establecido en los artículos citados, ya que, según se desprende del informe pericial ignorado, el ayuntamiento ha actuado alejado de los criterios de mercado legalmente impuestos, porque en el estudio que le sirve de base para la fijación de las tarifas de precios públicos establece unos porcentajes de incremento que no responden a razones objetivas, pues carecen de justificación.

El primer motivo alude a defectos formales de la sentencia, como la falta de congruencia y motivación.

Sin embargo, entre las razones aducidas, figuran temas que no afectan propiamente a la adecuación a derecho del contenido de la Ordenanza indirectamente impugnada, como es el pronunciamiento sobre la reducción del importe del precio.

Este defecto, al no tener relación alguna con los fundamentos impugnatorios propios del recurso indirecto, que marcan el ámbito objetivo del recurso de casación, no puede ser examinado, dadas las restricciones que juegan en estos casos.

En cambio, el motivo, en cuanto afecta a la legalidad de la disposición general controvertida, es estimado, toda vez que la controversia se ha resuelto prescindiendo de la prueba practicada, sin que el Tribunal explique cuales son las razones que le llevan a actuar de esa forma.

No cabe olvidar, dice la sala del, que, en el caso de autos, la parte recurrente estimaba que los criterios empleados por el ayuntamiento de Madrid para cuantificar el precio público eran erróneos, y para combatir este extremo propuso una prueba pericial que fue practicada en debida forma.

Entrando en el fondo, recuerda las sentencias en que la sala viene señalando (sentencias, entre otras, de 15 de abril de 2000 y 10 de abril de 2001), que el artículo 45.2 de la LHL permite que se fijen los precios públicos atendiendo al valor del mercado o de la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento especial del dominio público; siendo posible elegir uno u otro módulo o incluso ponderar ambos, como reconoció la sentencia de 15 de enero de 1998, pero sin que sea admisible aplicar otros criterios distintos de los previstos en la Ley, ni olvidar que el precio, aunque se adjetiva de "público", es siempre la contraprestación pecuniaria de la adquisición de un bien o del arrendamiento de un bien o de un servicio y, por lo tanto, aunque sea posible la obtención de un beneficio, éste no puede concebirse ilimitado y sujeto sólo a la voluntad del vendedor o arrendador que, precisamente, porque actúa en el ejercicio de la potestad administrativa, ha de hacerlo no sólo sometido al derecho, sino de forma razonablemente ponderada y siempre bajo el control de los tribunales.

Al no establecer la Ley fórmula concreta para la determinación de la cuantía del precio público, el contenido exacto de los módulos de referencia depende de variables a menudo inciertas, y de ahí que el artículo 26.2 de la Ley 8/1989, de aplicación supletoria al ámbito local en virtud de la disposición adicional séptima de la citada Ley, señale que "toda propuesta de fijación o modificación de precios públicos deberá ir acompañada de una memoria económico-financiera que justificará

[...] en su caso, las utilidades derivadas de la realización de actividades y la prestación de los servicios o los valores de mercado –o de utilidad– que se hayan tomado como referencia”.

En el presente caso, la Memoria Económico-Financiera toma como referencia los dos criterios a que se refiere el artículo 45.2 de la Ley para concretar el importe del precio público objeto de controversia.

La sentencia añade:

“En efecto, por un lado, parte del valor del mercado referido, ante la naturaleza intransmisible de las vías públicas, a las parcelas limítrofes, y calculado en base al valor de repercusión catastral fijado para el ejercicio de 1992 incrementado en un 17,63%, para llegar a unos valores medios del m² del suelo de uso comercial, para cada una de las categorías de las calles, aplicando sobre dichos valores medios un coeficiente tipo del 11%. Por otro lado, incrementa las cantidades resultantes con unos porcentajes, atendiendo a las características de cada aprovechamiento, para hallar la utilidad derivada que, por lo que respecta a la actividad desarrollada en puestos permanentes no desmontables, que es en donde se encuadran los quioscos de la ONCE, supone un incremento de un 40%; el 20% de incremento general y el 20% adicional que se aplica a todos los puestos, excepto a los quioscos de prensa.”

En la vía judicial, la ONCE propuso la práctica de prueba pericial para acreditar que, conforme a los valores y precios comparables y criterios de general aceptación, el precio exigido por el ayuntamiento era desorbitado. El informe emitido, y sobre el que no se pronuncia la sala de instancia, parte de unos valores de repercusión incluso superiores a los de la Memoria, en cada una de las categorías de las calles, pero luego llega a unos módulos inferiores, por considerar la rentabilidad actual de arrendamiento por metro cuadrado entre un cuatro y un cinco por ciento del valor de repercusión del suelo.

Sin embargo, el coeficiente a que se refiere el dictamen pericial no puede ser aceptado, pues el perito no justifica que el mismo era el que correspondía al precio de los alquileres de los locales en las áreas limítrofes a los quioscos, por lo que sus conclusiones no pueden considerarse determinantes para contrarrestar el empleado por el ayuntamiento en la elaboración de la Memoria, esto es el 11% del valor medio de repercusión, que se basa en el siguiente razonamiento:

“Dada la variabilidad temporal de los tipos de interés del mercado es difícil establecer un tipo de rendimiento medio de aprovechamiento que no esté sujeto a cambios a muy corto plazo si se le hace depender de una determinada tasa de interés en concreto. Analizado el tipo de interés legal del dinero, el tipo de interés de demora para las deudas tributarias (definidos ambos en las leyes de Presupuestos Generales del Estado) y el tipo que tradicionalmente venía recogido en la Ordenanza de aprovechamientos privativos o especiales de la vía pública para los casos en los que no existieran tarifas con cuota determinada en algunos aprovechamientos (se les hacía depender del valor unitario establecido en el índice de valoraciones de un trienio determinado), se ha considerado, siguiendo un criterio prudente, como coeficiente tipo que mida el valor del aprovechamiento el del 11% del valor medio de repercusión.

“Por lo que respecta al porcentaje de incremento, ya hemos dicho que es jurídicamente posible combinar el criterio del valor del mercado y el de la utilidad soportada al usuario, por lo que esta circunstancia no es relevante para considerar sin más ilegal a la Ordenanza, al tener fundamento legal, y no haberse desvirtuado en el informe pericial que por su aplicación se llega a un precio que no se corresponde a la realidad.”

Con base en los anteriores razonamientos, la sala estima el recurso de casación, casa y anula la sentencia de instancia, pero desestima la demanda deducida en aquélla.

4. Cuestión de ilegalidad

4.1. Consideraciones generales

El problema que resultaba de la jurisprudencia interpretativa del artículo 39 de la LJ, en relación con la expulsión del ordenamiento jurídico de los reglamentos ilegales en los recursos indirectos, es el que aborda la LJCA en el artículo 27 y en el capítulo II del título V, dedicado a la cuestión de ilegalidad (artículos 123 a 126), dentro de los procedimientos especiales.

Conforme a la de la LJCA, deben distinguirse dos soluciones, según el supuesto de que se trate. Si el órgano jurisdiccional ante el que se impugna indirectamente una disposición general tiene competencia para pronunciarse sobre su legalidad en sede de recurso directo, dicho órgano jurisdiccional debe, en el marco del recurso indirecto del que conoce, pronunciarse sobre la validez o nulidad de la disposición en cuestión (artículo 27.2 de la LJCA). Por el contrario, si el órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir sobre la legalidad de los actos de aplicación de la disposición general carece de competencia para enjuiciar la legalidad de ésta en el marco de un recurso directo, debe, si aprecia contradicción de la disposición con el ordenamiento jurídico, inaplicarla en el recurso indirecto anulando el acto de aplicación y, una vez firme la sentencia, plantear la cuestión de ilegalidad respecto de la disposición general ante el órgano jurisdiccional competente para enjuiciarla en el marco de un recurso directo, a efectos de que se pronuncie *erga omnes* sobre la validez o invalidez de la norma general (artículo 27.1 de la LJCA). Por último, el, sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, ha de anular cualquier disposición general, cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de la norma (artículo 27.3 de la LJCA).

Esta solución de la LJCA al referido problema no era la única concebible. Podía haber unificado el criterio competencial, atribuyendo al mismo órgano jurisdiccional el conocimiento de los recursos directo e indirecto que se interpusieran contra la disposición general, o podía haber configurado la cuestión de ilegalidad como una cuestión prejudicial anterior a que se dictase la sentencia en el recurso indirecto. Así, en el anteproyecto de 1995 la cuestión de ilegalidad tenía el carácter de un auténtico incidente suspensivo del procedimiento y prejudicial respecto de la decisión del recurso indirecto. Sin embargo, esta solución podía traducirse en la

práctica en una cierta inmunidad del reglamento respecto a los órganos judiciales de un determinado nivel competencial, cuando el artículo 6 de la LOPJ dispone para todos los jueces y tribunales que no apliquen los reglamentos contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa.

El texto definitivo de la Ley ha resuelto de manera más satisfactoria la cuestión fundamental del momento y la forma en que ha de plantearse la cuestión de ilegalidad, al disponer que ello ha de hacerse una vez que la sentencia estimatoria del recurso indirecto alcance firmeza.

No obstante, puede ocurrir que el órgano jurisdiccional competente para resolver el recurso indirecto y el que lo es para conocer del recurso directo no tengan el mismo criterio sobre la ilegalidad de la norma reglamentaria; de manera que después de anularse por dicho motivo, en sentencia firme, el acto de aplicación resulte ajustado a la legalidad el reglamento, según el pronunciamiento del Tribunal que decide sobre la cuestión de ilegalidad. Por ello, para evitar este resultado, quizás hubiera sido preferible atribuir siempre la competencia para conocer del recurso indirecto al que la tiene para conocer del recurso directo frente a la disposición reglamentaria de que se trate.

En la tramitación de la cuestión de ilegalidad pueden distinguirse las siguientes actuaciones:

–Planteamiento mediante auto en el que se acuerda el emplazamiento de quienes han sido partes en el recurso indirecto para que, en el plazo de quince días, puedan comparecer y formular alegaciones ante el tribunal competente para fallar la cuestión. Transcurrido este plazo no se admitirá la personación.

El juez o tribunal que plantea la cuestión remite urgentemente, al Tribunal competente para fallarla, certificación del auto de planteamiento y copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo.

El planteamiento de la cuestión se publica en el mismo boletín oficial que lo hubiere sido la disposición cuestionada.

–Admisión. El tribunal podrá rechazar mediante auto y sin necesidad de audiencia de las partes, la cuestión de ilegalidad cuando faltaren las condiciones procesales.

–Personación y alegaciones. El escrito de personación y de alegaciones ha presentarse ante el tribunal competente para fallar la cuestión, pudiéndose acompañar la documentación que se estime oportuna para efectuar el enjuiciamiento.

–Conclusión del procedimiento, votación y fallo y sentencia. Una vez presentadas las alegaciones, o concluido el correspondiente plazo sin que se haya producido la personación y alegaciones, el tribunal declarará concluso el procedimiento señalará día para votación y fallo y se dicta sentencia en el plazo de diez días.

La sentencia declarará la inadmisibilidad cuando faltare un requisito procesal insubsanable. Y desestimará o estimará la cuestión según que la disposición general cuestionada sea conforme o no a Derecho.

La sentencia que anula la disposición general tiene efectos generales desde el día en que se publique el fallo y preceptos anulados en el periódico oficial en que lo hubiere sido la disposición anulada.

Dicha sentencia anulatoria no afecta a la eficacia de sentencias o de actos administrativos firmes que hubiere aplicado la disposición anulada. Asimismo, resulta intangible la situación derivada de la sentencia dictada en el recurso indirecto en que se suscita la cuestión de ilegalidad. Previsión que resulta coherente con la propia configuración de la cuestión de ilegalidad y con su planteamiento, después de que haya recaído sentencia estimatoria firme del recurso indirecto.

4.2. Inadmisión del recurso de casación al referirse la sentencia de instancia a Derecho autonómico (STS 5 de abril de 2006, recurso de casación 2069/2003)

La STS de fecha 5 de abril de 2006 resuelve el recurso de casación número 2069/2003, en el que se impugnaba sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2002, desestimatoria de la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5, de Barcelona, en autos del recurso contencioso administrativo número 905/2002.

Los antecedentes fácticos son, en síntesis, los siguientes. El Pleno de un ayuntamiento aprobó una ordenanza municipal de policía y buen gobierno de la vía pública, en cuyo artículo 40.7 se prohibió la publicidad vial que fuera visible desde la zona de dominio público de la carretera en una franja de cien metros. Conocida la aprobación de este precepto, por una empresa de publicidad se recurrió contra el mismo ante el juzgado de lo contencioso-administrativo competente.

Dicho juzgado estimó el recurso interpuesto y anuló el artículo impugnado de la Ordenanza municipal. La razón de decidir de la sentencia del juzgado fue que, estando subordinadas las ordenanzas municipales a las leyes del Estado y de las comunidades autónomas según el artículo 25.2 de la Ley básica 7/1985, de 2 de abril, no es conforme a derecho que el ayuntamiento prohíba o limite la publicidad en las carreteras, lo que no se prohíbe por el artículo 32.1 de la Ley autonómica 7/1993, de 30 de septiembre, de carreteras de Cataluña.

No obstante, una vez firme la sentencia, se planteó por el juzgado al Tribunal Superior de Justicia cuestión de ilegalidad del antes mencionado artículo 40.7 de la Ordenanza municipal de policía y buen gobierno de la vía pública.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia desestimó totalmente la cuestión de ilegalidad planteada. En los fundamentos de derecho de esta sentencia se hace una exposición del objeto y sentido de la cuestión para formular después las declaraciones siguientes. Ante todo se afirma en la sentencia que no puede entenderse que la Ley autonómica de Cataluña permita la publicidad solo porque no la prohíba expresamente. Por otra parte la de carreteras es una legislación sectorial que contempla la publicidad desde la perspectiva del mejor uso y protección de las vías, es decir, no está regulando materialmente la actividad de publicidad sino desde el aspecto de su instalación en las carreteras. Desde luego no son aplicables las sentencias del sobre violación por los municipios de las competencias estatales en materia de publicidad, cuestión ajena al caso de autos.

Por lo demás los ayuntamientos tienen potestades para regular esta materia, tanto por razones urbanísticas como de otra índole. Finalmente, se declara que no

guarda relación con el tema ni puede ampliarse la cuestión de ilegalidad a la posible vulneración del artículo 24.1 de la Ley 25/1998, de 29 de julio, de carreteras y caminos del Estado, pues no se cuestiona tal extremo ni en la sentencia dictada por el juzgado ni en el auto por el que se plantea la cuestión de ilegalidad.

Con estos fundamentos de derecho se desestimaba íntegramente la cuestión de ilegalidad planteada.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación la empresa de publicidad invocando hasta cuatro motivos, todos ellos de acuerdo con el artículo 88.1.d) de la Ley de la jurisdicción por infracción del ordenamiento jurídico. Comparece como recurrido el ayuntamiento autor de la Ordenanza de policía y buen gobierno de la vía pública.

No obstante, antes de entrar en el estudio de los motivos de casación, la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo se pronuncia sobre la admisibilidad del recurso. Pues el artículo 95.1 de la Ley de la jurisdicción declara que la sentencia que resuelva el recurso de casación podrá declarar su inadmisibilidad si no se cumplen los requisitos legales. Para ello no es obstáculo que en el curso de la tramitación se haya admitido ya el presente recurso. Pues así se hizo mediante una providencia de trámite que no se ha dictado por la sección competente para resolver el recurso, la cual es el juez natural del recurso de casación planteado, de modo que no puede sustraerse a los miembros de dicha sección la facultad de decidir sobre si en el proceso se han cumplido los requisitos legales.

En el caso de autos dicha Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo aprecia que no se ha tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley de la jurisdicción, toda vez que el fondo del asunto y la cuestión de ilegalidad planteada se refieren indudablemente a derecho autonómico. Pues en efecto, la cuestión de ilegalidad planteada por el juzgado al Tribunal Superior de Justicia versaba sobre ilegalidad del artículo 40.7 de la Ordenanza municipal por contravenir el artículo 32.1 de la Ley autonómica 7/1993, de 30 de septiembre, de carreteras de Cataluña. Ésta es, sin duda, la cuestión central planteada en el proceso.

Ciertamente en los cuatro motivos de casación se alega la infracción de normas de carácter general, la mayoría de ellas recogidas en la Constitución, sobre el principio de legalidad y la jerarquía normativa. Pero ello no desvirtúa el dato de que la norma supuestamente ilegal lo es por contravención de una ley autonómica. Por otra parte estas normas de aplicación general que se citan como infringidas no han sido desde luego determinantes del fallo del Tribunal Superior de Justicia, ni han sido consideradas por la sala sentenciadora, así como tampoco fueron invocadas todas ellas en el proceso en que se resolvió la cuestión de ilegalidad.

Por tanto, haciendo uso de las facultades que otorga el artículo 45.1 de la Ley de la jurisdicción, la sentencia declara la inadmisión del recurso.