

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Derechos fundamentales (inviolabilidad del domicilio)

Audiencia Nacional. Constituye una actuación administrativa irregular, que vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el registro realizado a una asociación privada que se extendió a datos que nada tenían que ver con el sector al que venían referidos los hechos constitutivos de la infracción imputada y para cuya investigación se dieron las autorizaciones de entrada y registro

Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Recurso contencioso-administrativo núm. 3/2008 (procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales)

Fecha: Sentencia de 30 de septiembre de 2009

Ponente: Excmo. Sra. Concepción Mónica Montero Elena.

Voto particular que formula el Excmo. Magistrado Sr. Don José María Riego Valledor

Demandante: Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética

Demandado: Administración del Estado (Comisión Nacional de la Competencia)

Doctrina: El registro realizado a una asociación privada se extendió a datos que nada tenían que ver con el sector al que venían referidos los hechos constitutivos de la infracción imputada y para cuya investigación se dieron las autorizaciones de entrada y registro. Por tanto, el registro, en cuanto afectó a ámbitos no relacionados con los hechos investigados, no se encontraba amparado por las autorizaciones de entrada y registro y, por ello, constituye una actuación administrativa irregular que vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Los hechos investigados se encuentran en el fundamento mismo de la justificación de la autorización de la entrada y registro en domicilio, que supone una limitación de un derecho fundamental y que, por ello, tiene un carácter excepcional y fundado en razones con entidad suficiente para justificar tal limitación.

Precisamente la gravedad de los hechos funda el examen de la proporcionalidad al que se refiere el Tribunal Constitucional, que efectivamente se realiza por las resoluciones que autorizaron la entrada y registro en nuestro caso, lo que implica que los hechos investigados se elevan como elemento primordial en la legalidad de una entrada y registro, de suerte que la justifican, y que por ello toda la actuación de registro e incautación de elementos que posteriormente podrán constituir prueba, vienen referidos a los hechos investigados

El 18 de junio de 2008, el director de Investigación de la CNC acordó autorizar la entrada y registro en las instalaciones de la recurrente con las facultades previstas en el artículo 40.2 de la Ley 15/2007, a fin de recabar datos sobre la posible comisión de una infracción prevista en el artículo 1 de la LDC, para investigar un supuesto acuerdo de intercambio de información y fijación, de forma directa o indirecta, de precios y de condiciones comerciales o de servicio, aplicadas por las principales empresas fabricantes de productos de peluquería profesional, en todo el territorio nacional.

Como consecuencia del Acuerdo del director de Investigación de la CNC procedió el 19 de junio de 2008, al registro de la sede de la entidad en Madrid ya que, por persona debidamente apoderada, se prestó el consentimiento para la entrada a fin de ejecutar la orden de registro acordada por el director de Investigación de la CNC. También en virtud del Acuerdo citado se procedió a la inspección en la sede de Barcelona, pero en este caso, con autorización dada por el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona por Auto de 16 de junio de 2008: "(...) al objeto de practicar las diligencias de ejecución forzosa consistentes en: (...) proceder a la verificación de la existencia de un intercambio de información y fijación, de forma directa o indirecta, de precios y de condiciones comerciales o de servicios, aplicadas por las principales empresas fabricantes de productos de peluquería profesional, en todo el territorio nacional."

La actora afirma que el registro no se limitó a obtener datos sobre el sector de productos de la peluquería profesional, sino que se amplió a otros sectores de actividad que eran el Comité de Estética, el Comité de Selectividad, y, en menor medida, pero también, el Comité de Gran Consumo y el Comité de Farmacia. Que la afirmación es cierta resulta del expediente administrativo en el que los inspectores recogen las referencias al material incautado.

La Audiencia estima parcialmente el recurso.

Supuesto de hecho

Se interpone recurso contencioso-administrativo promovido (procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales) por la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética y otros contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de octubre de 2008 y las actuaciones materiales de investigación llevadas a cabo el 19 de junio de 2008 en la sede de la Asociación.

Fundamentos de Derecho

La Sala señala que lo que interesa determinar es si el registro realizado sobre datos atinentes a otros sectores distintos de la peluquería profesional, se encontraba bajo la cobertura del Acuerdo del director de Investigación y la Resolución del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona, base jurídica para la realización del registro y que operan como límite al derecho fundamental contenido en el artículo 18.2 de la Constitución.

La Sala realiza una distinción de concepto: "(...) Una cosa son las facultades de los inspectores en un concreto registro y otra muy distinta es el ámbito material en el que esas facultades han de ejercerse". Las facultades en este caso se recogen en el artículo 40 de la Ley 15/2007: "(...) Ahora bien, estas facultades han de ser ejercidas en relación a un ámbito material que viene determinado por la conducta que es objeto de investigación, porque, precisamente, para encontrar datos que acrediten la conducta investigada es para lo que se da la orden de entrada y registro que consiente el interesado, o, en su defecto, autoriza el Juez. Quiere ello decir que todo registro viene circunscrito a unos concretos hechos, y respecto de los mismos se limita el derecho contenido en el artículo 18.2 de la Constitución. Y en este punto es donde radica el conflicto de autos, porque precisamente el registro se extendió más allá de la conducta investigada, y por tanto más allá de la orden que autorizaba la entrada y registro en las sedes de la entidad actora."

Para acreditar la validez y legalidad de la anterior consideración, cita la doctrina del Tribunal Constitucional establecida por la STC 41/1998, en sus F.J. 33 y 34, y la STC 14/2001.

De la primera sentencia citada la Audiencia concluye como doctrina general: "1. Que los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados; 2. los documentos incautados no deben serlo en fraude de las garantías constitucionales, pues en tal caso la prueba obtenida en virtud de ellos es ilícita, y 3. la finalidad de la entrada y registro en domicilio viene referida a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de delito –en nuestro caso infracción administrativa–."

De la segunda sentencia del Tribunal Constitucional la Audiencia deduce que: "1. la autorización de entrada encierra un examen de proporcionalidad que considera la gravedad de los hechos investigados; 2. el registro tiene como finalidad buscar pruebas de tales hechos, y 3. la causa justificativa de la entrada y registro es la investigación del delito –en nuestro caso, infracción administrativa–."

De tal jurisprudencia constitucional se concluye según la Audiencia: "(...) que los hechos investigados se encuentran en el fundamento mismo de la justificación de la autorización de la entrada y registro en domicilio, que supone una limitación de un derecho fundamental y que, por ello, tiene un carácter excepcional y fundado en razones con entidad suficiente para justificar tal limitación. Precisamente la gravedad de los hechos funda el examen de la proporcionalidad al que se refiere el TC, que efectivamente se realiza por las resoluciones que autorizaron la entrada y registro en nuestro caso, lo que implica que los hechos investigados se elevan como elemento primordial en la legalidad de una entrada y registro, de suerte que la justifican, y que por ello toda la actuación de registro e incautación de elementos que posteriormente podrán constituir prueba, vienen referidos a los hechos investigados."

Esta doctrina que expone la Audiencia se ha elaborado por el Tribunal Constitucional en relación a actuaciones en el seno de un proceso penal, pero tales principios son, señala la Audiencia: "(...) igualmente trasladables a los expedientes administrativos sancionadores, (porque) la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio se articula frente a todos, y por ello, las formas y límites en que se permite que tal derecho ceda ante un interés superior, según la elaboración doctrinal declarada por el TC, es aplicable también al ámbito administrativo."

La Audiencia concluye que el registro, en cuanto afectó a ámbitos no relacionados con la peluquería profesional, no se encontraba amparado por las autorizaciones de entrada y registro y, por ello, constituye una actuación administrativa irregular vulneradora del derecho a la inviolabilidad del domicilio. La Administración, en el registro realizado el 19 de junio de 2008, violó el derecho reconocido a la entidad actora por el artículo 18.2 de la Constitución. Las consecuencias son:

"(...) declarar contraria a Derecho la actuación material del registro en cuanto afectó a datos no relacionados con el sector de la peluquería, no así respecto de los datos relativos a dicho sector, que es ajustada a Derecho. Por los mismos motivos hemos de anular la Resolución de la CNC de 3 de octubre de 2008 en cuanto confirma la legalidad del registro respecto de los datos ajenos al sector de peluquería, no así respecto de los datos referentes a ese sector."

La Audiencia estima parcialmente el recurso.

Voto particular del magistrado Don José María del Riego Valledor, que entiende que debió desestimarse el recurso. En lo fundamental su argumentación es como sigue:

"(...) Las facultades de investigación que el artículo 40.2 LDC reconoce al personal habilitado de la CNC, que son, entre otras,

"a) Acceder a cualquier local, incluyendo el domicilio particular de los empresarios.

"b) Verificar libros y documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material.

"c) Hacer u obtener copias, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.

"d) Retener hasta 10 días los libros y documentos mencionados en la letra b.

"e) Precintar todos los locales, libros, documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.

"Teniendo en cuenta las circunstancias antes citadas sobre las características de la documentación que se buscaba en la inspección, creo que el modo de proceder de los funcionarios fue el menos gravoso para la Asociación empresarial recurrente de entre las actuaciones que permite el artículo 40.2 LDC.

"En efecto, como se ha dicho los funcionarios de la CNC buscaron y copiaron determinados archivos digitales de los ordenadores de algunos empleados de la Asociación empresarial recurrente, de forma que al término de la inspección se llevaron las copias y quedaron en la Asociación los archivos

originales y un listado de los archivos copiados, con la advertencia de que una vez analizado por la Dirección de Investigación de la CNC el contenido de los documentos copiados, se procedería a la devolución de aquellos que no estuvieran relacionados con el objeto de la investigación.

“Tal posibilidad de actuación de copiado de documentación está expresamente prevista por la letra c) del artículo 40.2 LDC mencionado, y aunque es cierto que existen otras formas de proceder alternativas entre las autorizadas por el artículo 40.2 LDC, son más gravosas al conllevar la interrupción de la actividad empresarial por un tiempo superior al que exige el copiado de los archivos informáticos. En particular, si como parece apuntar la sentencia de la

que discrepo, los inspectores de la CNC debieron únicamente llevarse los documentos relacionados con el sector de la peluquería profesional, el examen en los locales de la asociación empresarial recurrente, siquiera somero y superficial, del ingente volumen de documentación que puede almacenar un ordenador, habría exigido a los funcionarios de la CNC el precinto de los locales y ordenadores de la asociación empresarial durante el tiempo necesario para esa comprobación ‘in situ’ (facultad reconocida por la letra e del artículo 40.2 LDC) o bien, retener hasta 10 días los libros y documentos, así como sus soportes informáticos (facultad reconocida por la letra d del artículo 40.2 LDC).”

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La entrada en el domicilio para realizar una inspección *inaudita parte*, conforme a la jurisprudencia constitucional, viene justificada atendiendo al principio de proporcionalidad, por la necesidad de acceder a la documentación empresarial interna (agendas, correos electrónicos y otros documentos internos) que pudiera resultar ocultada o destruida en el supuesto de dar audiencia a la mercantil

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de apelación núm. 418/2008

Fecha: Sentencia de 10 de diciembre de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García Pons

Partes: Administración General del Estado (Comisión Nacional de la Competencia)

Disposiciones analizadas: Artículo 18.2 CE

Doctrina: La autorización judicial de entrada en domicilio, en una interpretación extensiva del concepto jurisprudencialmente delimitada, para la ejecución de un acto administrativo requiere, en síntesis: 1. Que exista una necesidad justificada. 2. Que el acto administrativo dictado en un expediente administrativo lo sea por autoridad competente, sin que *prima facie* se aprecien vicios manifiestos de nulidad. 3. Que la ejecución produzca el mínimo de incidencias al afectado.

La entrada en el domicilio para realizar una inspección *inaudita parte*, conforme a la jurisprudencia constitucional, viene justificada atendiendo al principio de proporcionalidad, por la necesidad de acceder a la documentación empresarial interna (agendas, correos electrónicos y otros documentos internos) que pudiera resultar ocultada o destruida en el supuesto de dar audiencia a la mercantil

Supuesto de hecho

El Auto de fecha 31 de enero de 2008, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona, denegó la solicitud de la Comisión Nacional de la Competencia de autorización judicial urgente para la entrada, el día 7 de febrero de 2008, en los locales de la empresa CESP A Gestión de Residuos, S.A.

Los hechos acreditados en las actuaciones son:

1. En fecha 11 de octubre de 2007, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia recibió escrito pormenorizado de denuncia contra varias empresas, entre las que se encuentra C (...) S.A., por un supuesto acuerdo de reparto del mercado de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios, y por ejercer presión sobre sus proveedores para que no trabajasen con determinadas empresas competidoras. Los residuos sanitarios y biosanitarios son los que se producen en hospitales, clínicas y centros médicos. Las empresas de gestión de residuos son las que realizan la recogida, transporte, almacenamiento y eliminación de estos residuos.

Según los denunciantes, en la actualidad, las principales empresas de gestión de residuos sanitarios son C (...) S.A. y CO (...), teniendo cada una de ellas, aproximadamente, un 40% del mercado español. Se denuncia un reparto del mercado español de gestión de residuos sanitarios entre las empresas líderes del mercado. Los denunciantes indican que, hasta hace algunos años, C (...) S.A. y CO (...), que anteriormente competían presentando ofertas, cada una de ellas, en los concursos de todas las comunidades autónomas, llegaron a un acuerdo de reparto del mercado.

En virtud de dicho acuerdo, cada una de ellas licita en determinadas comunidades autónomas concretas en las que no licita la otra, o lo hace por lotes no pretendidos por la otra o, incluso, concurren juntas a los concursos formando una Unión Temporal de Empresas. Además, se denuncia que C (...) S.A. y CO (...) han ejercido supuestamente presión sobre ciertos proveedores con el objetivo de impedir que lo sean también de la empresa de los denunciantes, mutilando de esta forma su capacidad efectiva de competir.

2. En fecha 30 de enero de 2008, sin constar en el expediente administrativo trámite alguno desde la fecha de la denuncia, el director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia acordó la inspección del domicilio social de la mercantil C (...) S.A., el día 7 de febrero de 2008.

3. En fecha 31 de enero de 2008 la Abogacía del Estado, actuando en nombre y representación de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, presentó solicitud de autorización de entrada en el domicilio social de la mercantil C (...) S.A., que fue denegada por el Auto de dicha fecha, 31 de enero de 2008.

4. La Administración recurrente razona en su escrito de recurso la conformidad a Derecho de lo solicitado, para terminar solicitando la estimación del recurso de apelación.

El TSJ de Cataluña estima el recurso de apelación interpuesto por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia contra el Auto de 31-01-2008, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona, sobre autorización de entrada en el domicilio social de la mercantil C (...) S.A.

Fundamentos de Derecho

El TSJ señala que "(...) La autorización judicial de entrada en domicilio, en una interpretación extensiva del concepto jurisprudencialmente delimitada, para la ejecución de un acto administrativo requiere, en síntesis:

"1. Que exista una necesidad justificada.

"2. Que el acto administrativo dictado en un expediente administrativo lo sea por autoridad competente, sin que *prima facie* se aprecien vicios manifiestos de nulidad.

"3. Que la ejecución produzca el mínimo de incidencias al afectado."

Al referirse a la doctrina jurisprudencial sobre la materia establece:

– "(...) Como razona la STC 139/2004, 'En relación con los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio, (...) este Tribunal ha señalado que al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse'. Conviene advertir que esta doctrina, (...) resulta igualmente aplicable a los Jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquéllas en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública (art. 8.5 LJCA), pues, en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos Jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto."

– "(...) Como ha señalado este Tribunal (SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3), en estos supuestos la intervención judicial no tiene

como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio."

En síntesis el juez debe comprobar, "(...) el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.a; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 171/1997, de 14 de octubre, FJ 3; 69/1999, de 26 de abril; 136/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 136), FFJJ 3 y 4]."

El Tribunal Constitucional ha señalado también que "han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7)."

El TSJ establece que: "La inspección *inaudita parte*, conforme a la jurisprudencia constitucional (STC, 174/1993; y AATC 190/1990 y 85/1992), viene justificada (...), atendiendo al principio de proporcionalidad, por la necesidad de acceder a la documentación empresarial interna (agendas, correos electrónicos y otros documentos internos) que pudiera resultar ocultada o destruida en el supuesto de dar audiencia a la mercantil, pruebas que en todo caso no integran la documentación aportada a las Administraciones licitadoras, a fin de poder obtener material probatorio adicional del complejo acuerdo denunciado."

En conclusión, el TSJ procede a estimar el recurso de apelación formulado y anular el Auto apelado, declarando el derecho de la Administración recurrente a que por el Juzgado de Instancia se autorice la entrada en el domicilio social de la mercantil CESPASA, S.A., de forma que la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 CE, que las estrictamente necesarias.

2. Potestad normativa. Ordenanzas locales

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Es ajustado a Derecho el precepto de una ordenanza municipal que exige al titular de una licencia un seguro de responsabilidad civil, con una duración que comprenda tanto el período de ejecución de las obras como el de garantía de las mismas, que cubrirá los posibles daños a personas o cosas que pudieran producirse con ocasión de la ejecución de la obra objeto de licencia. La validez se sustenta en el hecho que el artículo 84 de la de la LBRL otorga potestad reglamentaria a las corporaciones locales y no existe reserva de Ley, no se limitan derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas, ni se infringe el principio de jerarquía normativa

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª. Recurso contencioso-administrativo núm. 1235/2006

Fecha: Sentencia núm. 2114/2009 de 12 de noviembre

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Demandante: La Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid

Demandado: Ayuntamiento de Madrid

Disposiciones analizadas: Los apartados a) y b) del artículo 25 apartado 2º y el artículo 84 de la LBRL

Doctrina: Es ajustado a Derecho el precepto de una ordenanza municipal que exige al titular de una licencia un seguro de responsabilidad civil, con una duración que comprenda tanto el período de ejecución de las obras como el de garantía de las mismas, que cubrirá los posibles daños a personas o cosas que pudieran producirse con ocasión de la ejecución de la obra objeto de licencia. La validez se sustenta en el hecho que el artículo 84 de la LBRL otorga potestad reglamentaria a las corporaciones locales y no existe reserva de Ley, no se limitan derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas, ni se infringe el principio de jerarquía normativa

Supuesto de hecho

La Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza de diseño y gestión de obras en la vía pública del Ayuntamiento de Madrid, aprobada por el Pleno de la Corporación, de fecha 31 de mayo de 2006.

Se impugnan los artículos 26 y 27 de la Ordenanza de diseño y gestión de obras en la vía pública del Ayuntamiento de Madrid, que establecen:

“Artículo 26. Seguro de Responsabilidad Civil

“El titular de una licencia (o la empresa que ejecuta las obras objeto de ésta) deberá justificar que dispone de un seguro de responsabilidad civil, con una duración que comprenda tanto el período de ejecución de las obras como el de garantía de las mismas, que cubrirá los posibles daños a personas o cosas que pudieran producirse con ocasión de la ejecución de la obra objeto de licencia (...)

“Artículo 27. Fianza y Acción sustitutoria

“El titular de una licencia deberá depositar en la Tesorería Municipal aval o su equivalente metálico, por un importe

igual al coste de reposición de la vía o espacio público municipal a su estado original, incluyendo la vegetación (arbolado, zona verde, etc.), para responder de las obligaciones derivadas de la ejecución de las obras correspondientes, en lo que se refiere al cumplimiento de las prescripciones contenidas en la presente ordenanza y a las condiciones y plazo de ejecución establecidos en la licencia. (...)

El TSJ de Madrid desestima el recurso.

Fundamentos de Derecho

Respecto del artículo 26 de la Ordenanza

El TSJ recuerda “(...) la existencia de sentencias que anulan preceptos de Ordenanzas Municipales relativos a la exigencia de constitución de un seguro obligatorio en materia de telefonía móvil, por estimar que la exigencia o garantía es ajena a la finalidad de la Ordenanza”. Así, en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006, dictada en el recuso de casación 5277/2004, y en sentencias de 23 de mayo de 2006 y de 11 de octubre de 2006.

El TSJ afirma que “(...) Dicha doctrina, sin embargo, parte de la premisa de la inexistencia de responsabilidad municipal en estos casos.”

Para el supuesto examinado en esta sentencia, el TSJ establece que: “(...) no puede dudarse que en este caso las corporaciones locales actúan dentro de las competencias en materia de protección de dominio público local y la competencia que los apartados a) y b) del artículo 25 apartado 2º de la LBRL, que otorga a los municipios competencia en materia de seguridad en lugares públicos, títulos estos por lo que es frecuente la exigencia de responsabilidad patrimonial a dichas administraciones públicas.”

El TSJ concluye que cuando la actividad que realicen las persona autorizadas pueda generar responsabilidad patrimonial para la Administración municipal “(...) resulta justificado que la administración establezca mecanismos para asegurar la responsabilidad de los contratistas o de aquellos que, como ocurre en el caso presente, realizan obras en los espacios públicos municipales.”

El TSJ afirma que:

– “Dentro de la tipología de los reglamentos, la doctrina y la jurisprudencia, en nuestra patria, reconoce los reglamentos independientes.”

– “El concepto de reglamento independiente y su engarce con la ley, ha sido una de las cuestiones –y sigue siéndolo– latentes, necesitada de clarificación. A veces, se adoptó una posición decidida para expresar el reconocimiento de dichos reglamentos, por la existencia de una laguna legal: Expresarse así, era tanto como verter un concepto impreciso, por lo que tal postura debía ser superada.”

– “Las Sentencias del Tribunal Supremo como las de 4 de febrero de 1982, 18 de marzo de 1985, 19 de junio de 1985, 29 de octubre de 1986 y 12 de noviembre de 1986, se adscribieron a la corriente doctrinal que señalaba la irrelevancia de la falta de habilitación legal en los reglamentos independientes (...) Admitido el reglamento independiente, la cuestión que enseguida aparece es la de en qué supuestos es admisible válidamente tal reglamento.”

– “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo así la sentencia de 28 de enero de 1997 afirma que ‘(...) Los reglamentos independientes, (...) regulan materias no comprendidas en el ámbito de la reserva de ley de ahí que la doctrina científica más cualificada enseñe que los reglamentos independientes tienen como límites los derivados de su propia naturaleza; por ello, este tipo de reglamentos no pueden modificar ni derogar el contenido de una ley, ni el contenido de otros reglamentos de mayor jerarquía. Ni tampoco los reglamentos independientes pueden limitar derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas’.”

Para concluir que el artículo 26 no vulnera el ordenamiento jurídico, sostiene que, en materia de suscripción obligatoria de seguros en actividades, las corporaciones locales actúan dentro de las competencias en materia de protección de dominio público local y de garantía de la seguridad en lugares públicos y “(...) Por tanto y en la medida que no existe reserva de Ley en esta materia no se limitan derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas y el artículo 84 de la de la LBRL, reguladora de las Bases del Régimen Lo-

cal, otorga potestad reglamentaria a las Corporaciones Locales, no infringiéndose el principio de jerarquía normativa no existe motivo para anular dicho precepto, ni siquiera en lo referido a la exigencia de que el seguro se contrate sin franquicia, pues los artículos que cita el recurrente hacen referencia a la libertad de pactos entre asegurador y asegurado, pero no afecta a las obligaciones que pueden establecer en el ejercicio de sus competencias las administraciones públicas, prueba de ello es que en los supuestos en los que la Ley exige para el ejercicio de determinadas actividades la cobertura de un seguro obligatorio, las mismas excluyen la existencia de dichas franquicias.”

Por ello debe desestimarse el recurso contencioso-administrativo respecto al citado artículo 26.

Respecto del artículo 27 de la Ordenanza

El artículo 27 de la Ordenanza de diseño y gestión de obras en la vía pública del Ayuntamiento de Madrid establece la obligación de “depositar en la Tesorería Municipal aval o su equivalente metálico, por un importe igual al coste de reposición de la vía o espacio público municipal a su estado original, incluyendo la vegetación (arbolado, zona verde, etc.), para responder de las obligaciones derivadas de la ejecución de las obras correspondientes, en lo que se refiere al cumplimiento de las prescripciones contenidas en la presente ordenanza y a las condiciones y plazo de ejecución establecidos en la licencia.”

El TSJ afirma que: “(...) recurrente no indica por qué dicho precepto resulta contrario a derecho, debiendo señalarse que el supuesto se encuadra en el ejercicio de las acciones en defensa de los bienes de dominio público. En el caso presente la fianza trata de garantizar la reposición de los bienes a su estado original siendo garantía de la indemnidad del patrimonio público municipal.”

El recurso contencioso-administrativo es desestimado.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La regla o título de imputación de una infracción para que afecte al garante (en este caso padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras de menores de edad que han cometido infracciones administrativas), derivada del artículo 130 LRJPAC, está sujeta a la reserva de norma con rango de ley, de manera que se ha de estar al régimen legal vigente, que sigue sin autorizar, por vía de ordenanza municipal, una imputación genérica a aquellos

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª. Recurso contencioso-administrativo núm. 330/2006

Fecha: Sentencia núm. 1156/2009 de 23 de noviembre

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín José Ortiz Blasco

Demandante: Associació en defensa dels drets de les dones en situació d'exclusió i marginació social (GENERA), Secretariat d'entitats de Sants, Hostafrancs i la Bordeta, Associació de veïns Clot-Camp de l'Arpa, y Grup Igja Abordaje y Prevención de las Drogodependencias

Demandado: Ayuntamiento de Barcelona

Disposiciones analizadas: 130, 139 y 140 LRJPAC

Doctrina: La Ordenanza impugnada (de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona), no infringe la reserva formal y material de ley orgánica a los efectos de poder restringir derechos fundamentales, ya que en la misma no se afronta una regulación de desarrollo directo y esencial de algunos derechos fundamentales, sino solo de aspectos accesorios de los mismos, y ello en cuanto inciden en materias de competencia municipal.

La regla o título de imputación, que afecte al garante (en este caso padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras de menores de edad que han cometido infracciones administrativas), derivada del artículo 130.3.2 LRJPAC, está sujeta a la reserva de norma con rango de ley, de manera que solo se responde por la acción u omisión de un tercero, en el ámbito sancionador administrativo, en los términos del precepto, "cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores". Los artículos 139 a 141 LBRL no incluyen la posibilidad de modificar las reglas o títulos de imputación, como materia distinta a la configuración de tipos y sanciones. Así pues, debe estarse en cuanto a la responsabilidad de los garantes, al régimen legal derivado del artículo 130.3.2 de la Ley 30/92, que sigue sin autorizar, por vía de ordenanza municipal, una imputación genérica a aquellos.

Una ordenanza solo puede prever como medida correctora que sustituya a la sanción pecuniaria a un menor, los trabajos en beneficio de la comunidad, siempre que conste el consentimiento del menor, y se motive adecuadamente por qué se aplica la medida y el plazo de duración de la misma.

El régimen legal vigente no castiga penalmente el impago de multas administrativas, y el impago en la forma establecida en la Ordenanza no puede considerarse delito de resistencia o desobediencia a la autoridad

Supuesto de hecho

El recurso contencioso-administrativo impugna la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona (OC), aprobada definitivamente por el Consejo Plenario del Ayuntamiento de Barcelona en sesión celebrada el 23 de diciembre de 2005 (Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 24 de enero de 2006).

El TSJ de Cataluña estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

Fundamentos de Derecho

El TSJ aborda primero el marco constitucional y legal en el que debe ejercer la potestad normativa local en materia de infracciones y sanciones y la legislación especial aplicable al municipio de Barcelona.

Entre los diferentes aspectos que aborda la sentencia destacaremos los que nos parecen más relevantes:

a) La presunta vulneración de la Ordenanza del principio de legalidad en materia sancionadora, proclamado en el artículo 25.1 de la Constitución

La parte actora sostiene que los artículos 139 y 140 LBRL, no brindan la cobertura legal necesaria para la tipificación de infracciones mediante ordenanzas locales o, dicho de otro modo, que los criterios de antijuridicidad que establecen esos preceptos no satisfacen la reserva de ley exigida en la Constitución, de modo que seguirá siendo necesario que la ley sectorial, estatal o autonómica, consigne los criterios mínimos de antijuridicidad. En su opinión, la LBRL por su carácter básico señala unos criterios necesariamente amplios que deben completarse.

El TSJ no acepta este razonamiento y establece que:

"De una parte, (...) la LBRL fija los aspectos nucleares de la antijuridicidad que deben respetar los reglamentos locales en la determinación de infracciones, a saber, la convivencia y el uso de servicios, bienes y espacios públicos de interés local como bienes jurídicos protegidos, y que el ataque a tales

bienes debe producirse por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones; y a ello se atiene la Ordenanza impugnada (con independencia ahora del examen pormenorizado de cada uno de los artículos impugnados).

"Por otro lado, la redacción del artículo 140 LBRL tiene la suficiente concreción, tanto en lo que se refiere a la perturbación de la convivencia como a la obstrucción o impedimento de un servicio o de un espacio público, o al deterioro de equipamientos, instalaciones o elementos de un servicio o de un espacio público. Baste su lectura para corroborar esta apreciación.

"Y, en tercer lugar, no debe olvidarse que la ordenación de las relaciones de convivencia de interés local tienen una naturaleza transversal, que abarca multitud de supuestos y que da lugar a una regulación muy compleja para determinar cuáles son las conductas que perturban, menoscaban o inciden en la convivencia ciudadana, que puede ser muy diferentes en los distintos municipios."

b) La exigencia a los organizadores de actos celebrados en los espacios públicos de que depositen una fianza o suscriban una póliza de seguro para responder de los daños y perjuicios que puedan causarse

La legalidad de este precepto desde la perspectiva del derecho fundamental de reunión, el TSJ la examinó en una sentencia anterior, de 26 de marzo de 2009, en la que se dijo "respecto del apartado primero, en el cual se impone la prestación de una fianza o contratación de una póliza de seguro por los organizadores de actos públicos, como garantía de los daños que éstos puedan producir, no se refiere al ejercicio del derecho fundamental de reunión ni manifestación, ya que permite el ejercicio de los mismos, sino que permite al Ayuntamiento de Barcelona que, cuando lo considere pertinente, acuerde la necesidad de afianzar o asegurar los menoscabos que se puedan producir" y "(...) en todo caso, podrán ser objeto de impugnación los actos concretos en los que se considere que se producen extralimitaciones en el ejercicio de esta potestad discrecional municipal."

En consecuencia, y por las mismas razones entonces expresadas, procede desestimar la impugnación en cuanto se refiere a los citados artículos 4.3 y 14.1 de la Ordenanza.

c) Alegación relativa a la vulneración del principio de tipicidad por no haberse determinado las conductas previstas en diversos preceptos de la Ordenanza con el necesario grado de certeza, abusándose de la figura de los conceptos jurídicos indeterminados y aplicándose una analogía *in peius*

El TSJ, con cita de su sentencia de 26 de marzo de 2009, señala que: "(...) en el ejercicio de la potestad normativa sancionadora se permite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no convierten a la potestad sancionadora en discrecional, sino que ésta conserva su carácter reglado y se encuentra sujeta al pleno control jurisdiccional. Los límites de su empleo son la realización de la 'máxima precisión posible' y la posibilidad de concreción mediante 'criterios lógicos, técnicos o de experiencia' (SSTC 219/1989, de 21 de diciembre, 69/1989, de 20 de abril y 137/1997, de 21 de junio)."

Por ello en la Ordenanza impugnada "(...) no se aprecia la invocada vulneración del principio de tipicidad, habida cuenta que en los mismos se describen las conductas a que aquéllos se refieren con el suficiente grado de concreción, de modo que podrán ser individualizados en cada caso concreto mediante la aplicación de máximas de experiencia, o de criterios lógicos o técnicos, como es lo propio cuando se utiliza la figura de los conceptos jurídicos indeterminados. Como se ha expuesto, la utilización de estos conceptos no es incompatible con el respeto al principio de tipicidad. En todo caso, de producirse una aplicación desviada, ello podrá ser objeto de los recursos procedentes en cada supuesto concreto, sin que pueda presumirse, como hace la actora, que vaya necesariamente a tener lugar una interpretación y aplicación incoherente o ilógica de la norma cuestionada."

d) Alegación de la vulneración del principio de proporcionalidad por considerarse excesivas las sanciones impuestas por la comisión de determinadas infracciones, en alguno de los preceptos de la Ordenanza

El TSJ recuerda que: "(...) el ejercicio de la potestad reglamentaria es discrecional, ello como correlato a la finalidad organizativa *ad extra* que suponen las disposiciones generales de la Administración, respondiendo a la elección de una determinada finalidad de interés general."

Reproduce la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000 cuando argumenta que "una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta, pero aun así la motivación, por la que se hace explícita las razones de la ordenación, es garantía de

la propia legalidad, ya que, incluso, la razonabilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria."

En el caso concreto el motivo de la desestimación de la pretensión se fundamenta en que la parte actora se limita a manifestar su discrepancia con el importe de las sanciones que se prevén en la Ordenanza respecto de determinadas infracciones, sin aportar una mayor justificación, para entender acreditada la vulneración del principio de proporcionalidad que se invoca. Por ello el TSJ concluye que: "(...), no cabe sustituir la decisión de la Corporación demandada por el mero criterio subjetivo de los recurrentes."

e) La nulidad del artículo 17.2 de la Ordenanza, por vulneración del principio de culpabilidad, en cuanto se imputa la comisión de infracciones, definidas como comportamientos de menosprecio o discriminatorios, a todos los miembros de grupos que se encontraran en el lugar de los hechos aunque participaran pasivamente

El artículo 17.2 de la Ordenanza dispone que:

"Sin perjuicio de la legislación penal, tendrán la consideración de infracciones muy graves, que se sancionarán con multa de 1.500,01 a 3.000 euros, las conductas descritas en los apartados 2 y 3 del artículo precedente. Si dichas conductas fueran realizadas por grupos de personas, se imputará la comisión de la infracción a todos los miembros de estos grupos que se encontraran en el lugar de los hechos y participaran, activa o pasivamente, en la realización de las conductas antijurídicas previstas en el artículo anterior."

A su vez los apartados 1 a 3 del artículo 16 establecen que:

"Artículo 16. Normas de conducta

"1. Queda prohibida en el espacio público toda conducta de menosprecio a la dignidad de las personas, así como cualquier comportamiento discriminatorio, sea de contenido xenófobo, racista, sexista u homófobo, o de cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de hecho, por escrito o de palabra, mediante insultos, burlas, molestias intencionadas, coacción psíquica o física, agresiones u otras conductas vejatorias.

"2. Quedan especialmente prohibidas las conductas anteriormente descritas cuando tengan como objeto o se dirijan contra personas mayores, menores y personas con discapacidades.

"3. En concreto, se prohíben las actitudes de acoso entre menores en el espacio público. Serán especialmente perseguidas las conductas de agresión o asedio a menores realizadas por grupos de personas que actúen en el espacio urbano."

El TSJ reitera su doctrina de la sentencia de 26 de marzo de 2009, y concluye que:

"Respecto al artículo 17.2, en el mismo se regula el régimen de sanciones correspondientes a los 'Atentados contra la dignidad de las personas' (Capítulo Primero del Título I),

y en su segundo inciso se refiere a las conductas realizadas por 'grupos de personas', imputando la realización del comportamiento prohibido a aquellos que se encontrasen en el lugar de los hechos y participasen activa o pasivamente en alguno de los comportamientos antijurídicos discriminatorios y vejatorios descritos en el artículo 16.

"La inclusión del comportamiento discriminatorio pasivo colisiona con el principio de culpabilidad que rige en materia sancionadora, previsto en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al exigirse que el responsable de las infracciones administrativas sea autor.

"El comportamiento pasivo respecto de las conductas previstas en el artículo 16 no puede subsumirse en la noción de autor, como aquél que realiza la conducta prohibida por la norma, por sí mismo o utilizando a otros sujetos, sino que entraría en un título de responsabilidad de comisión por omisión que sin embargo carece de anclaje en una previa tipificación como comportamiento humano prohibido la omisión por el garante del específico deber de cuidado para evitar que se produzcan comportamientos discriminatorios."

Por ello el TSJ afirma que se debe anular la expresión "pasivamente" contenida en el segundo inciso del artículo 17.2 de la Ordenanza.

f) La ilegalidad de la advertencia de que el ciudadano que no resida habitualmente en territorio español puede incurrir en responsabilidad penal, en el supuesto de que no se proceda al ingreso de la cantidad correspondiente a la multa por la infracción cometida penal

El artículo 83 de la Ordenanza, en lo que queremos destacar, establece:

"1. (...) 3. Cuando la persona infractora no acredite su residencia habitual en territorio español, el agente que formule la denuncia le ofrecerá la posibilidad de hacer inmediatamente efectiva la sanción, en los términos previstos en el apartado 1. Si la sanción no fuera satisfecha, el órgano competente, mediante acuerdo motivado, adoptará inmediatamente como medida cautelar el ingreso de una cantidad económica que represente el mínimo de la sanción económica prevista y, cuando la Ordenanza no fije el importe mínimo de la misma, el importe mínimo que se aplicará en estos casos será del setenta y cinco por ciento de su máximo. Esta medida provisional será notificada con carácter urgente a la dirección en la que aquella persona esté alojada en la ciudad o en la localidad correspondiente. En el supuesto de que no se proceda al ingreso de esta cantidad, se le advertirá, si procede, que podría incurrir en responsabilidad penal.

"4. En el caso de que las personas denunciadas no residentes en el término municipal de Barcelona sean extranjeras y no satisfagan la sanción en los términos descritos en el apartado anterior, una vez que haya finalizado el procedimiento mediante resolución, se comunicará a la embajada o consulado correspondiente y a la Delegación del Gobierno la infracción, la identidad de la persona infractora y la sanción que recaiga, a los efectos oportunos.

"5. (...)"

El TSJ afirma que en cuanto al alegato de que la Ordenanza puede inducir a los servidores públicos a incurrir en un delito de amenazas por el hecho de disponer el precepto que en el supuesto de que no se proceda al ingreso de la cantidad correspondiente a la multa por la infracción cometida se advertirá al ciudadano que no resida habitualmente en territorio español, si procede, que puede incurrir en responsabilidad penal, si bien: "(...) no parece que esa advertencia pueda ser considerada como amenaza alguna, sí resulta manifiesta su ilicitud toda vez que el régimen legal vigente no castiga penalmente el impago de multas administrativas, y no parece que el impago en la forma establecida en la Ordenanza pueda considerarse delito de resistencia o desobediencia a la autoridad (artículo 556 Código Penal)."

El TSJ afirma que: "no puede conceptuarse como amenaza alguna el hecho de que, cuando las personas denunciadas no residentes en el término municipal de Barcelona sean extranjeras y no satisfagan las sanciones, se dé cuenta, una vez finalizado el procedimiento mediante resolución, a la embajada o consulado correspondiente y a la Delegación del Gobierno de la infracción, la identidad de la persona infractora y la sanción que recaiga a los efectos oportunos, que pueden ser de muy variada índole de acuerdo con la infracción cometida (así, por ejemplo, a efectos del otorgamiento o no de la autorización de residencia)."

g) Alegación relativa a que determinados preceptos de la Ordenanza afectan o limitan libertades individuales sin la necesaria cobertura de una norma con rango de ley formal

Los actores invocan la falta de cobertura legal, en sus vertientes formal y material, para que la Ordenanza, en términos globales, pueda restringir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de acuerdo con la jurisprudencia recaída acerca del principio constitucional de reserva de ley y de conformidad con la reserva de ley orgánica.

El Tribunal razona la desestimación de la pretensión, tomando como punto de partida la jurisprudencia constitucional que delimita el alcance objetivo de las leyes orgánicas y la posibilidad de desarrollo reglamentario:

"Como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1991, de 13 mayo, (...) el art. 81.1 de la Constitución (...) (excluye de su ámbito objetivo) aquellas otras (normas) que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites [SSTC 160/1987, 161/1987, 57/1989 (...)] (y es) constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico remita al Reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas al mismo."

Por el TSJ se afirma que "(...) más allá de su carácter reglamentario, una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias

de esos derechos fundamentales, y sobre todo los concernientes a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a las que se dirige, donde la esfera protectora del derecho fundamental no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales.

“(…) no puede compartirse la tesis alegada por la actora acerca de que la ordenanza impugnada infringe la reserva formal y material de ley orgánica a los efectos de poder restringir derechos fundamentales, ya que en la misma no se afronta una regulación de desarrollo directo y esencial de algunos derechos fundamentales, sino sólo de aspectos accesorios de los mismos, y ello en cuanto inciden en materias de competencia municipal.

“Cabe añadir a lo entonces expuesto que los preceptos a que se refiere este apartado regulan claramente supuestos incardinables dentro del concepto de relaciones de vecindad y convivencia en el ámbito municipal, o bien se refieren al uso de equipamientos, instalaciones y espacios públicos, de modo que aquéllos encuentran indudablemente cobertura en los artículos 139 y 140 de la LBRL.”

h) Alegación relativa a que la Ordenanza vulnera los criterios de antijuridicidad del artículo 140 de la LBRL. Más concretamente, se alega que esta última Ley solo admite que las ordenanzas municipales tipifiquen infracciones de resultado, en tanto que las disposiciones impugnadas reflejan conductas de mero riesgo que, por ello, carecen de la necesaria cobertura legal. También se sostiene que la Ordenanza protege no solo los bienes e instalaciones públicos, sino también los privados, para lo que carecería de la necesaria habilitación normativa

El TSJ recuerda que los criterios de antijuridicidad que deben ser observados por las entidades locales se encuentran recogidos específicamente en el artículo 139 de la LBRL, y no en el artículo 140, que contiene los criterios de clasificación de las infracciones a las ordenanzas locales. Asimismo señala que, en efecto, no cabe olvidar que el artículo 139 de la LBRL permite a las entidades locales tipificar infracciones y establecer sanciones “para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local”, en la línea de las tradicionales ordenanzas municipales de policía y buen gobierno.

El TSJ señala que “(…) las conductas tipificadas como infracción afectan de algún modo a las relaciones de convivencia en el ámbito local, o bien se refieren al uso de los servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos”, y “(…) los supuestos de hecho que contemplan los preceptos discutidos comportan sin duda una perturbación de la tranquilidad o del ejercicio de los derechos legítimos de otras personas o actividades, o bien en el uso de los servicios o espacios públicos, la cual podrá ser calificada de muy grave, grave o leve, en función de la intensidad de la referida perturbación.” El TSJ las considera incardinables en el artículo 139 LBRL.

A título de ejemplo referimos a algunas de las conductas tipificadas: la práctica de juegos en el espacio público con

instrumentos que pongan en peligro la integridad física de terceros o la integridad de bienes, servicios o instalaciones (artículo 31.2), el ofrecimiento de bienes y servicios a quienes se hallen en el interior de los vehículos, como la limpieza de parabrisas, así como, en general, las actividades que obstruyan el tráfico rodado mediante las conductas previstas en el artículo 35 o el ofrecimiento o aceptación de servicios sexuales retribuidos en el espacio público (artículo 39).

En cuanto a los preceptos de la Ordenanza que se refieren a los bienes privados, el TSJ señala que “(…) el artículo 139 de la LBRL permite a las Entidades locales tipificar infracciones y establecer sanciones ‘para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local’, en la línea de las tradicionales Ordenanzas municipales de Policía y Buen Gobierno” y que desde esta perspectiva “(…) no puede negarse la competencia de las Corporaciones locales para regular aquellas actividades realizadas en el espacio público que incidan negativamente respecto de otros usuarios del mismo, y ello no sólo respecto de las personas sino también de sus bienes. En consecuencia, lo relevante no es la titularidad pública o privada de dichos bienes, sino la conducta realizada en el espacio público que compromete ‘las relaciones de convivencia de interés local’, en los términos previstos en el artículo 139 de la LBRL. Igual ocurre con la realización de pintadas visibles desde el espacio público, aunque se realicen sobre las paredes de inmuebles privados (artículo 20 de la Ordenanza), puesto que el bien jurídico protegido no es en este caso la propiedad privada, sino el mantenimiento de los espacios públicos en las debidas condiciones de ornato.”

i) La legalidad de la tipificación como infracción del ejercicio de la mendicidad con menores o personas discapacitadas

El artículo 35.3 de la Ordenanza prohíbe la mendicidad ejercida por menores o aquella que se realice, directa o indirectamente, con menores o personas con discapacidades. Este precepto deja a salvo lo dispuesto en el artículo 232 del Código Penal y según el TSJ “(…) encuentra su amparo en el artículo 139 de la LBRL desde la perspectiva que no puede negarse la competencia de las Corporaciones locales para regular aquellas actividades realizadas en el espacio público que incidan negativamente respecto de otros usuarios del mismo. El bien jurídico protegido no resulta coincidente en el caso de la norma penal antes citada y en el del precepto reglamentario cuestionado, de modo que no cabe apreciar la nulidad denunciada respecto de éste último.”

j) La legalidad de contemplar la posibilidad de sustitución de las sanciones pecuniarias, de acuerdo con la legislación, por sesiones de atención individualizada con los servicios sociales o por cursos de información y ayuda

El artículo 36.2 de la Ordenanza contempla la posibilidad de sustitución de las sanciones pecuniarias procedentes, de acuerdo con la legislación, por sesiones de atención individualizada

con los servicios sociales o por cursos en los que se informará a las personas afectadas de las posibilidades de que las instituciones públicas y privadas les ofrezcan apoyo y asistencia social, así como que se les prestará la ayuda que sea necesaria.

El TSJ valida el precepto porque "(...) A diferencia de lo que ocurre en otros apartados de la Ordenanza, en este caso existe una remisión expresa a lo que disponga la legislación aplicable, a la que habrá que estar en cada caso, por lo que no cabe apreciar infracción del ordenamiento jurídico en este punto."

k) La prohibición de venta ambulante

El artículo 50 de la Ordenanza establece que:

"1. Está prohibida la venta ambulante en el espacio público de cualquier tipo de alimentos, bebidas y otros productos, salvo autorizaciones específicas. En todo caso, la licencia o autorización deberá ser perfectamente visible.

"2. Queda prohibido colaborar en el espacio público con los vendedores ambulantes no autorizados, con acciones como facilitar el género o vigilar y alertar sobre la presencia de los agentes de la autoridad.

"3. Se prohíbe la compra o adquisición en el espacio público de alimentos, bebidas y otros productos procedentes de la venta ambulante no autorizada."

La defensa de las entidades recurrentes invoca el artículo 140 LBRL, ya que al amparo del apartado c) solo podrán tipificarse como infracción las conductas que perturben el uso de un espacio público, de modo que la infracción tipificada habría debido requerir que se ocasiona una efectiva perturbación en el uso de un espacio público, y trae a colación como ejemplo que el simple hecho de vender en la calle "kleenex" u otros productos similares no perturba el uso del espacio público, ni tampoco el hecho de comprarlos, ni facilitar el género.

El TSJ argumenta lo contrario y establece que:

"No se puede compartir esta argumentación. Es evidente que las conductas que se describen afectan al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable [artículo 140.1.a) LBRL], siendo uno de los objetivos de la Ordenanza, como ya se ha señalado, el uso racional y ordenado de la vía pública. (...) Resulta atinada la observación de la defensa de la Administración demandada cuando alude al objetivo del precepto que resulta muy preciso: garantizar que los ciudadanos puedan deambular por las vías públicas sin que estas se conviertan en una suerte de 'zoco' ilícito en el que de forma desordenada y sin ningún tipo de autorización municipal se venden toda serie de bienes o, en su caso, prolifera la implantación del fenómeno del 'top-manta'. No puede concebirse una ciudad en la que cualquier persona, sin haber obtenido la autorización correspondiente, se dedica a la venta ambulante de productos que en algunos casos pueden suponer un riesgo para la salud por falta de los pertinentes controles sanitarios o de homologación con incidencia en los derechos de los consumidores y usuarios, y que, en todo caso,

perjudica a los comerciantes que ejercen la actividad propia de la profesión de manera lícita. No cabe hablar de una analogía prohibida por la utilización de la expresión 'otros productos' porque la misma está referida a cualquier producto que es objeto de la venta ambulante, debiendo entenderse que cuando la Ordenanza menciona expresamente los alimentos y las bebidas lo hace a título de ejemplo por la trascendencia que tales productos pueden tener para la salud. Resulta ilusorio pretender que la Ordenanza enumere todos los objetos que pueden ser objeto de la venta ambulante y de ahí la utilización de la expresión 'otros productos'."

Por consiguiente, debe mantenerse en su integridad el resto de preceptos incluidos en el Capítulo VIII, dedicado al "comercio ambulante no autorizado de alimentos, bebidas y otros productos", que se refieren al régimen de sanciones (artículo 51) y a intervenciones específicas (artículo 52).

l) La responsabilidad de los padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras como responsables directos y solidarios de las infracciones cometidas por los menores de edad, siempre que, por su parte, conste dolo, culpa o negligencia, incluida la simple observancia

Se trata, indica el TSJ, de una cuestión ciertamente controvertida. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hace referencia a su propia doctrina establecida en la sentencia 883/2006, al resolver la cuestión de ilegalidad 1/2005, y reproduce sus fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto, de los que procedemos a transcribir la parte que nos parece de mayor interés:

"TERCERO. Con arreglo al art. 130.3, LRJPAC: 'Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.'

"El precepto (...), establece pues la posibilidad de responder, por quien ostente la condición de garante de un tercero, de las acciones y omisiones de este último, constitutivas de una infracción administrativa, y ello, entiende parte de la doctrina, sin quiebra del principio de culpabilidad, por cuanto 'no se exige responsabilidad al garante por la infracción cometida por el autor material, a quien debía vigilar, sino por su propia participación en los hechos (de modo que) la infracción ha sido posible porque él ha incumplido la obligación legal de prevenirla (y por tanto) su conducta omisiva le hace cooperador necesario' (A. de Palma del Teso); si bien, otra doctrina sostiene en definitiva que 'se es infractor por haber realizado el tipo y se es responsable porque así lo declara la ley', que 'la autoría o imputación de la infracción exige culpabilidad, pero no así la imputación de responsabilidad realizada ex lege', y que 'los responsables por imperativo legal que no son jurídicamente autores de la infracción no se encuentran protegidos por el principio de la exigencia de culpabilidad' (A. Nieto).

“En cualquier caso, sí resulta pacífico que la regla o título de imputación, afectante al garante, derivada del art. 130.3.2 LRJPAC, está sujeta a la reserva de norma con rango de ley, de manera que sólo se responde por la acción u omisión de un tercero, en el ámbito sancionador administrativo, en los términos del precepto, ‘cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores’ (al respecto, S. de esta Sala y Sección nº 52/2006, de 12 de enero, rec. 1229/2002, FJ 3º; S. de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla-La Mancha de 30-12-2004, rec. 219/2001, FJ 6º).

“QUINTO. (...) (respecto de la) la ilegalidad del precepto cuestionado (de una ordenanza municipal de Gavà) el resultado sería el mismo si la Ordenanza hubiera sido aprobada, no en 1998, sino una vez modificados, por Ley 57/2003, de 16 de diciembre, los artículos 139 a 141 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (...)

“La nueva redacción de dichos preceptos constituye el trasunto legislativo de la doctrina jurisprudencial (STC 132/2001, de 8 de junio); STS, Sala 3ª, de 29 de septiembre de 2003, rec. 5167/98), (...) Sin embargo, salta a la vista que la nueva regulación, limitada a los ámbitos en que no exista normativa sectorial específica, (...), no incluye la posibilidad de modificar las reglas o títulos de imputación, como materia distinta a la configuración de tipos y sanciones.

“Así pues, debe estarse en cuanto a la responsabilidad de los garantes, al régimen legal derivado del art. 130.3.2 de la Ley 30/92, que sigue sin autorizar, por vía de Ordenanza municipal, una imputación genérica a aquéllos (...)

“En el mismo sentido se han pronunciado las SSTSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 5 y 15 de diciembre de 2006, al examinar la conformidad o no a derecho de la Ordenanza Municipal sobre Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actuaciones Antisociales, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid el 13 de abril del 2004 (...)

El TSJ reitera la validez de los argumentos explicados y señala que no existen nuevos datos que alteren la doctrina sentada, procediendo, en consecuencia, la anulación de los artículos de la OC en que se establece la responsabilidad directa y solidaria de los padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras de las infracciones cometidas por los menores de edad, siempre que, por su parte, conste dolo, culpa o negligencia, incluida la simple observancia.

m) Un Ayuntamiento no puede imponer a un ciudadano la sanción de realizar un trabajo que no desea o asistir a un curso al que no quiere asistir y que, de forma indirecta, afecta a su derecho a la libertad (la Ordenanza establece una serie de medidas correctoras sustitutivas de las sanciones pecuniarias, no tan solo los trabajos en beneficio de la comunidad aceptados por este, cuando las personas infractoras sean menores)

El TSJ recuerda la regulación del Código Penal, que entre las penas “menos graves” contempla “los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días” (artículo 33.3 k), y como

pena leve, prevé “los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días” (artículo 33.4 h). En el artículo 39 i) se califica a esta pena como “privativa de derechos”. Y en el artículo 49 se regulan los límites y condiciones para el cumplimiento de la misma, al decir que “los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas...”

El TSJ establece que solo pueden admitirse como medida correctora que sustituya a la sanción pecuniaria los trabajos en beneficio de la comunidad, siempre que conste el consentimiento del menor, y se motive adecuadamente por qué se aplica, la medida y el plazo de duración de la misma. Lo razona del siguiente modo:

“Ciertamente, la Ordenanza, con un espíritu plausible, establece una serie de medidas correctoras sustitutivas de las sanciones pecuniarias cuando las personas infractoras sean menores, pero es evidente que de las medidas correctoras tan solo los trabajos en beneficio de la comunidad está prevista para imponerse a los menores en una norma con rango de Ley Orgánica como es la que regula la responsabilidad penal de los menores –Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero– que la denomina prestaciones en beneficio de la comunidad y cuyo contenido resulta ser que la persona sometida a ella, previo su consentimiento, debe realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad (artículo 7.1.k).

“Por consiguiente, tan sólo los trabajos en beneficio de la comunidad, previstos en el Código Penal como una pena privativa de derechos, y en la Ley que regula la responsabilidad de los menores como una de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores, puede admitirse como medida correctora que sustituya a la sanción pecuniaria, siempre que conste el consentimiento del menor, y se motive adecuadamente por qué se aplica, la medida y el plazo de duración de la misma que no podrá exceder, en ningún caso, de los límites previstos en las leyes citadas, y no el elenco que se menciona en el artículo 84.2 de la Ordenanza, que carece de cobertura legal.

“También carece de la necesaria cobertura legal la previsión, contenida en el artículo 93.3 de la Ordenanza, de imponer con carácter obligatorio las medidas alternativas a la sanción, con excepción de los trabajos en beneficio de la comunidad.”

Por todo ello el TSJ decide “Estimar en parte el presente recurso contencioso-administrativo, y, en consecuencia, declarar la nulidad del artículo 4.2, la expresión ‘pasivamente’ del artículo 17.2, los artículos 20.4, 46.5, 62.4, el inciso ‘en el supuesto de que no se proceda al ingreso de esta cantidad, se le advertirá, si procede, que podría incurrir en responsabilidad penal’ del artículo 83.3, los artículos 84.2 salvo la referencia a

trabajos para la comunidad, 84.4, 84.9, 93.1 salvo la referencia a trabajos para la comunidad, 93.2, y 93.3 salvo la referencia a trabajos en beneficio de la comunidad, de la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana

en el espacio público de Barcelona, aprobada definitivamente por el Consejo Plenario del Ayuntamiento de Barcelona en sesión celebrada el 23 de diciembre de 2005 (Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 24 de enero de 2006)."

3. Contratación administrativa

Tribunal Supremo. Los pliegos de condiciones son *lex inter partes* y ha de estarse siempre a lo que se consigne en ellos respecto del cumplimiento de los mismos, teniendo en cuenta, en todo caso, la aplicación supletoria de las normas del Código Civil.

La interpretación de las cláusulas del contrato debe ser literal si los términos del contrato son claros y, en caso de duda, interpretación en favor del contratante, ya que la oscuridad de las cláusulas no puede favorecer a quien la ha ocasionado

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Recurso de casación núm. 5947/2007

Fecha: Sentencia de 29 de septiembre de 2009

Ponente: Excm. Sra. Celsa Pico Lorenzo

Demandante: Empresa adjudicataria de un contrato de obra pública

Demandado: Comunidad Autónoma de La Rioja

Disposiciones analizadas: 1.281 y 1.288 del Código Civil

Doctrina: Los pliegos de condiciones son *lex inter partes* y ha de estarse siempre a lo que se consigne en ellos respecto del cumplimiento de los mismos, teniendo en cuenta, en todo caso, la aplicación supletoria de las normas del Código Civil.

La interpretación de las cláusulas del contrato debe ser literal si los términos del contrato son claros y, en caso de duda, interpretación en favor del contratante, ya que la oscuridad de las cláusulas no puede favorecer a quien la ha ocasionado.

Si el pliego no establece criterios en caso de modificación de proyecto original debe entenderse que no obstante la omisión procede el cobro del modificado de proyecto y de los nuevos trabajos de dirección de obra inicialmente no planificados como consecuencia del nuevo proyecto modificado

La Administración considera que, de acuerdo con esta cláusula, todos los honorarios de la dirección facultativa deben establecerse respecto del precio final que resulta por la aplicación al presupuesto de ejecución material y la superficie construida real del proyecto aprobado por el INSALUD; de los coeficientes señalados en el Anexo I del Pliego ["Los honorarios H se obtendrán en función del presupuesto de ejecución material (PEM) y de la superficie construida, con arreglo a la siguiente fórmula: $H = C \times PEM (100) + IVA$ "], y de la baja de licitación resultante entre el presupuesto total y la oferta económica del adjudicatario (Anexo II).

El problema se centra en: a) que el artículo 6.3 del Pliego de cláusulas administrativas no prevé el precio de eventuales modificados futuros, ya que se refiere al proyecto aprobado (el inicial); b) no prevé esta cláusula, ni tampoco las otras, cómo deben cobrarse las modificaciones del proyecto, y por consiguiente tampoco prevén los nuevos trabajos de la dirección facultativa inicialmente no planificados y por tanto no proyectados (que son el objeto de la discusión).

La sentencia recurrida concluye que cuando un proyecto es modificado, como sucede en este caso, la dirección facultativa realiza un nuevo trabajo, y a tenor de ello debe hacerse el cálculo de los honorarios.

El TS desestima el recurso de casación.

Supuesto de hecho

La Comunidad Autónoma de La Rioja interpuso recurso de casación contra la sentencia de 26 de octubre de 2007, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Esta sentencia estimó el recurso interpuesto por la Unión Temporal de Empresas adjudicataria de un contrato de obras, contra la resolución dictada por la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja de 23 de marzo de 2006, en virtud de la cual se desestimó la petición para el pago de una factura, correspondiente al modificado número 2 del proyecto de obras del Hospital San Pedro de Logroño.

La Administración demandada y, en su día, el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja núm. 9/06, consideran que la resolución impugnada debe fundamentarse en la aplicación del artículo 6.3 del Pliego de condiciones.

Fundamentos de Derecho

El único motivo de recurso se apoya en el artículo 88.1.d) LJCA para atribuir a la sentencia lesión de los artículos 49 y 54 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, TRLCAP.

Señala la recurrente en casación el carácter vinculante del pliego y su primacía respecto al resto de documentos, incluyendo el de formalización del contrato. Invoca asimismo quebranto de la jurisprudencia en cuanto que los pliegos constituyen la ley del contrato, SSTS de 25 de julio de 1989, 13 de marzo de 1982, 12 de marzo de 1999. Tras ello critica la sentencia que no aplica el contenido de los pliegos de

cláusulas administrativas particulares para el cálculo de los honorarios.

El TS deniega el recurso de casación por los motivos siguientes:

– De acuerdo con “(...) la Sentencia de 27 de mayo de 2009, recurso de casación 4580/2006, en que recordábamos otra anterior de 4 de abril de 2007, recurso de casación 923/2004, respecto a que constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la función hermenéutica corresponde a los órganos de instancia, sin que sea posible corregir sus resultados, en sede casacional, salvo que se haya alcanzado una interpretación que sea manifiestamente ilógica, arbitraria e ilegal, en coherencia con reiterada jurisprudencia de este Tribunal.”

– “(...) las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado” (Sentencia de 15 de febrero de 2000 de la Sala Tercera, recurso de casación 1073/94).

– “(...) el Pliego de Condiciones es la ley del contrato (...)” y “(...) el artículo 3.1 del Título Preliminar Código Civil prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el

sentido propio de las palabras y el artículo 1.281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas.”

– “(...) En el caso de autos procedió la Sala a interpretar analógicamente el art. 6.3 del Pliego de cláusulas administrativas particulares al no establecer criterios respecto al cambio en el proyecto inicial y, tampoco la previsión de nuevos trabajos de dirección facultativa inicialmente no planificados como consecuencia de un nuevo proyecto modificado. Concluyó el Tribunal de La Rioja que cuando un proyecto es modificado la dirección facultativa realiza un nuevo trabajo. Y con arreglo a la jurisprudencia precedente, no resulta que la interpretación llevada a cabo por la Sala de instancia, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en un juicio de estricto razonamiento jurídico, sea irrazonable y permita a esta Sala en sede casacional, anular o casar la sentencia recurrida.

“Por un lado, atiende a una interpretación analógica de la cláusula contenida en los Pliegos lo que resulta lógico y coherente con arreglo a las normas de interpretación. Y, por otro, su hermenéutica atiende a favorecer, dada la omisión, a la parte que no redactó el contrato, lo que respeta la jurisprudencia de esta Sala.”

El TS desestima el recurso de casación.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La manifestación de la voluntad de los licitadores de constituirse en Sociedad Civil Privada, y no en UTE, impide que tengan la capacidad de obrar para contratar y conlleva la nulidad del acuerdo de la adjudicación de un contrato de asesoramiento, representación y defensa jurídica de un Ayuntamiento, por vulnerar el artículo 24.2 del Reglamento general de la Ley de contratos y el pliego, que exige que los licitadores que deseen concurrir unidos, no tan solo deben asumir el compromiso formal de constituirse en Unión Temporal de Empresas, sino también hacer constar la voluntad de participación en ella, por parte de cada uno de sus integrantes

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de apelación núm. 1683/2007

Fecha: Sentencia núm. 1177/2009 de 26 de noviembre

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García Pons

Demandante: Pricewaterhousecoopers Jurídico y Fiscal, S.L., (LANDWELL)

Demandado: Ayuntamiento de Badalona

Disposiciones analizadas: Artículo 24.2 del Reglamento general de la Ley de contratos

Doctrina: La manifestación de la voluntad de los licitadores de constituirse en Sociedad Civil Privada, y no en UTE, impide que tengan la capacidad de obrar para contratar y conlleva la nulidad del acuerdo de la adjudicación de un contrato de asesoramiento, representación y defensa jurídica de un Ayuntamiento, por vulnerar el artículo 24.2 del Reglamento general de la Ley de contratos y el pliego, que exige que los licitadores que deseen concurrir unidos, no tan solo deben asumir el compromiso formal de constituirse en Unión Temporal de Empresas, sino también hacer constar la voluntad de participación en ella, por parte de cada uno de sus integrantes

Supuesto de hecho

El objeto del presente recurso de apelación es la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Barcelona, que decidió desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil Pricewaterhousecoopers Jurídico y Fiscal, S.L.,

(LANDWELL), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Badalona, de fecha 13 de septiembre de 2005, por el que se decidió adjudicar solidariamente a Cecilia, Luz, Valentina con, y Milagrosa 3, mediante concurso, procedimiento abierto y tramitación ordinaria, el contrato de consultoría y asistencia para el asesoramiento, representación y

defensa jurídica del Ayuntamiento y sus organismos autónomos en los pleitos de naturaleza contencioso-administrativa y penal, por un precio de adjudicación de seiscientos cuarenta mil euros (640.000 €) IVA incluido, por el período de dos años.

La representación de la mercantil LANDWELL que participó en el concurso argumenta la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de adjudicación del contrato ex artículo 62, letra b) del TRLCAP, porque la oferta que resultó adjudicataria no reunía ni la capacidad de obrar ni la solvencia exigida para contratar con la Administración.

El TSJ estima parcialmente el recurso y anula el Acuerdo de adjudicación del contrato.

Fundamentos de Derecho

La Sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Tercero afirma que:

“Sostiene la demandante que el acto es nulo de pleno derecho, porque la oferta que resultó adjudicataria del concurso no reunía ni la capacidad de obrar ni la solvencia exigida para contratar con la Administración, pues no se había presentado válidamente la oferta, con infracción de lo previsto en el artículo 24.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos, porque no se incorporó en la oferta una declaración en la que asuman el compromiso de constituirse en UTE caso de resultar adjudicatarios del contrato.

“Al respecto, llama la atención que los defectos de forma que denuncia la actora no guardan consonancia con la documentación que ella misma presentó a la Administración en la que se refiere unas veces a ‘Landwell’, otras a ‘PricewaterhouseCoopers, Jurídico y Fiscal S.L.’, y en ocasiones a ‘Landwell-PricewaterhouseCoopers, Jurídico y Fiscal S.L.’; tampoco aportó dato alguno dirigido a precisar la relación entre ambas compañías; máxime cuando reconoce en conclusiones que no existe ninguna compañía registrada bajo la denominación ‘Landwell-PricewaterhouseCoopers, Jurídico y Fiscal S.L.’

“De otro lado, no debe perderse de vista que la nulidad debe aplicarse con criterio restrictivo y con especial moderación y cautela, tal como ha recogido con reiteración la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuando de irregularidades

puramente formales pretendiase una consecuencia de nulidad absoluta e incluso la simple anulabilidad.

“Al respecto, en consonancia con el artículo 24 citado como infringido, el Pliego de condiciones señala que los licitadores podrán presentar sus ofertas de forma conjunta, y en este último caso, mediante el compromiso de constituir una UTE en caso de que resulten adjudicatarias. Y, precisa, que ‘A tal efecto, las empresas que tengan la intención de constituir una UTE, deberán presentar una sola oferta, en la que indiquen los nombres, circunstancias y participación de sus miembros’. Y estos requisitos se cumplen en la oferta de las que resultaron adjudicatarias, lo que impide que la alegada nulidad pueda prosperar.”

El artículo 24.2 del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, preceptúa que “Para que en la fase previa a la adjudicación sea eficaz la unión temporal frente a la Administración será necesario que los empresarios que deseen concurrir integrados en ella indiquen los nombres y circunstancias de los que la constituyan, la participación de cada uno de ellos y que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal, caso de resultar adjudicatarios.”

El TSJ estima el recurso y revoca la sentencia con el argumento siguiente: “Así, pues, de lo dispuesto en el artículo 24.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos y en la cláusula 1.h) del Pliego del concurso dimana la exigencia para los licitadores que deseen concurrir unidos, no tan sólo de asumir el compromiso formal de constituirse en Unión Temporal de Empresas, sino también la exigencia de hacer constar la participación en ella de cada uno de sus integrantes, circunstancias que no concurren en el presente caso en las adjudicatarias, según es de constatar en el expediente administrativo, en el sólo consta la manifestación de las adjudicatarias de constituirse en Sociedad Civil Privada, no en UTE, por lo que este Tribunal interpreta que no se da cumplimiento al contenido mínimo de lo normativamente establecido, y no resulta por ello a posteriori subsanable.”

El TSJ estima parcialmente el recurso y anula el Acuerdo de adjudicación del contrato.

4. Administración local (régimen jurídico y organización)

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. No puede considerarse un error que pueda ser rectificado, la votación nominal de una regidora, en relación con una moción de censura, con la palabra No, que es corregida por indicación del portavoz de su grupo, y luego rectificadora por la regidora con un Sí posterior a esa corrección. No cabe calificarlo de lapsus linguae. Otra cosa hubiera sido si, emitido el No y sin solución de continuidad ni intervención externa de clase alguna, hubiera rectificado inmediatamente

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª). Recurso de apelación núm. 991/2009

Fecha: Sentencia núm. 1936/2009 de 28 de octubre

Ponente: Ilma. Sra. Inés Huerta Garicano

Demandante: Grupo municipal

Demandado: Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares

Disposiciones analizadas: Artículos 23 CE y 98 y 101 ROF

Doctrina: No puede considerarse un error que pueda ser rectificado, la votación nominal de una regidora, en relación con una moción de censura, con la palabra No, que es corregida por indicación del portavoz de su grupo, y luego rectificada por la regidora con un Sí posterior a esa corrección. No cabe calificarlo de *lapsus linguae*. Otra cosa hubiera sido sí, emitido el No y sin solución de continuidad ni intervención externa de clase alguna, hubiera rectificado inmediatamente.

Son nominales aquellas votaciones que se realizan mediante llamamiento por orden alfabético de apellidos, y siempre en último lugar el presidente de la corporación, y en las que cada miembro de la corporación, al ser llamado, responde en voz alta "sí", "no" o "me abstengo".

Supuesto de hecho

El recurso contencioso-administrativo especial de protección de los derechos fundamentales –por vulneración del artículo 23.1 CE– tiene por objeto el resultado proclamado en el Pleno del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares, en el que se deliberó y votó la moción de censura presentada por los concejales del PIPH, PSOE e IU contra el alcalde.

En el Acta de la sesión y en el CD con la grabación de la votación, consta que el presidente de la Mesa, al iniciar la votación, dijo clara y textualmente: "Votan a favor de la Moción de censura...", y fue nombrando por orden alfabético a los concejales, siendo la sexta que votaba Dña. Guadalupe, que contestó NO, distinguiéndose perfectamente en la grabación aportada una voz (que, al parecer, era del presidente y portavoz de su partido) que decía "ha dicho Sí", e inmediatamente, con audible nerviosismo, la Sra. Susana dijo "perdón, sí, sí, sí, sí, sí, perdón."

Ese voto negativo impide que prospere la moción de censura. Contra ese acuerdo el portavoz del grupo municipal del PSOE interpuso recurso en vía administrativa y jurisdiccional. El recurso jurisdiccional se estima en primera instancia.

El TSJ en apelación revoca la sentencia y confirma que el voto negativo de Dña. Guadalupe impide que prospere la moción de censura.

Fundamentos de Derecho

El TSJ establece que "(...) el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE es un derecho de configuración legal, por lo que para apreciar si hubo o no lesión de tal derecho habrá que examinar las normas jurídicas de aplicación y éstas son, como bien se recoge en el recurso de apelación, los arts. 98 y 101 del ROF. Su art. 98 dispone: '2. Antes de comenzar la votación el Alcalde o Presidente planteará clara y concisamente los términos de la misma y la forma de emitir el voto. 3. Una vez iniciada la votación no puede interrumpirse por ningún motivo...' y el art. 101 recoge: '...Son nominales aquellas votaciones que se realizan mediante llamamiento por orden alfabético de

apellidos y siempre en último lugar el Presidente y en la que cada miembro de la Corporación, al ser llamado, responde en voz alta 'sí', 'no' o 'me abstengo'..."

El TSJ señala que consta claramente en el CD con la grabación de la votación que: "(...) hubo una intromisión, una vez votó No, Doña Susana, en la que se dice claramente 'ha dicho Sí' (extremo, importante a nuestro juicio, que se silencia en la Sentencia apelada) y, luego, deviene la nerviosa rectificación. Esa irrupción, indebida, es la que, a juicio de esta Sala y Sección, invalida la rectificación e impide calificarlo, como hace la Sentencia apelada, de 'lapsus linguae'. Otra cosa hubiera sido, si emitido el No y sin solución de continuidad, ni intervención externa de clase alguna, hubiera rectificado inmediatamente, circunstancia esencial que, a nuestro juicio, aquí no concurre.

"Errores –o no– como el de autos, no es el primero, ni será el último, que en las votaciones se producen y que han de ser asumidos en aras, precisamente, de la seguridad jurídica en las votaciones. Algunos de éstos son conocidos –como los expuestos en el escrito de apelación–, en ocasiones, como la de autos, con efectos trascendentes en el resultado y otros no, pero es deber y responsabilidad de los votantes mantener la suficiente atención (tampoco es pedir mucho) para expresar el sentido del voto, sentido que, en este caso, se cambió una vez el Presidente y Portavoz de su Partido, de forma absolutamente audible, dijo 'ha dicho Sí'."

El TSJ estima el recurso.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. No pueden excluirse del Orden del día del Pleno extraordinario aquellos puntos relativos a materias cuya competencia corresponde al Pleno de la Corporación Local, pero sí aquellos que no reúnen tal característica

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª).
Recurso contencioso-administrativo núm. 339/2009

Fecha: Sentencia núm. 292/2009 de 25 de septiembre

Ponente: Ilmo. Sr. D. José de Belmont y Mora

Demandante: Concejales municipales

Demandado: Ayuntamiento de Sanet y Negral

Disposiciones analizadas: Artículo 46.2 LBRL

Doctrina: No pueden excluirse del Orden del día del Pleno extraordinario aquellos puntos relativos a materias cuya competencia corresponde al Pleno de la Corporación Local, pero sí aquellos que no reúnen tal característica

Supuesto de hecho

El objeto del recurso es el acuerdo adoptado por el alcalde del Ayuntamiento de Sanet y Negral por el que convocó Pleno extraordinario en virtud de la solicitud formulada por dos concejales de la Corporación Local y se fijó el Orden del día del mismo, suprimiendo determinados puntos y modificando el contenido de los otros.

La sentencia de instancia estima en parte el recurso planteado y considera adecuada la exclusión de uno de los puntos del Orden del día, por considerar que no se puede exigir al alcalde que delegue en el Pleno materias de su competencia, así como la redacción de los restantes puntos incluidos en la convocatoria, en tanto que se permite el debate sobre los mismos y, en su caso, la petición de votación sobre los mismos.

Recurrida la sentencia en apelación, el TSJ desestima el recurso.

Fundamentos de Derecho

El TSJ indica que la cuestión a resolver "es determinar cuáles son las facultades del Alcalde respecto del orden del día en Plenos extraordinarios solicitados por concejales de la Corporación."

El apartado a) del artículo 46.2 LBRL, según redacción dada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, establece que "... el Pleno celebra sesión extraordinaria cuando así lo decida el Presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación, sin que ningún concejal pueda solicitar más de tres anualmente. En este último caso, la celebración del mismo no podrá demorarse por más de quince días hábiles desde que fuera solicitada, no pudiendo incorporarse el asunto al orden del día de un Pleno ordinario o de otro extraordinario con más asuntos si no lo autorizan expresamente los solicitantes de la convocatoria."

El TSJ considera que: "(...) de dicho precepto no se desprende la imposibilidad de excluir puntos del Orden del Día solicitado para un Pleno Extraordinario por el adecuado

número de miembros de la Corporación, al hacer referencia el mismo tan solo a la inclusión de otros asuntos."

Esa posibilidad, señala el Tribunal, es una interpretación más acorde con las facultades que al alcalde confiere el artículo 78.2 del Reglamento de organización y funcionamiento de las entidades locales, a tenor del cual "Son sesiones extraordinarias aquellas que convoque el Alcalde o Presidente con tal carácter, por iniciativa propia o a solicitud de la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación. Tal solicitud habrá de hacerse por escrito en el que se razone el asunto o asuntos que la motiven, firmado personalmente por todos los que la suscriben."

El TSJ para sustentar que la relación de asuntos incluidos en el escrito de petición de la convocatoria de pleno en sesión extraordinaria, no enerva la facultad del alcalde o presidente para determinar los puntos del Orden del día, cita la jurisprudencia siguiente:

"(...) Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de diciembre de 2002 tiene declarado que el Alcalde está facultado para rechazar los asuntos que se propongan por los miembros de la Corporación en virtud de causas debidamente razonadas y ajustadas al ordenamiento jurídico. Ello nos lleva asimismo a rechazar la postura del Ayuntamiento apelante de que la potestad de redactar el orden del día corresponde al Alcalde, de tal manera que en ningún caso puede un Juez declarar la procedencia o improcedencia de la exclusión de un determinado punto del orden del día; la obligación de motivar dicha exclusión no implica tan solo la argumentación de la exclusión, sino que como acabamos de indicar, exige la adecuación a derecho de tal decisión.

"(...) Como declara la sentencia de la Sala del Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 13 de marzo de 2003, 'Lleva razón la Corporación Local demandada cuando dispone que es el Alcalde el órgano encargado para determinar los puntos del orden del día, pudiendo dictar resolución motivada para excluir un asunto, pero, esta facultad no puede servir para evitar la convocatoria de un Pleno a instancia de los Concejales legitimados o para excluir del orden del día un asunto cuya exclusión está motivada por la competencia de control del Pleno, dejando vacío de contenido el artículo 46-2 de la Ley 7/85 y artículo 23 de la Constitución Española, no siendo entonces una decisión conforme al ordenamiento jurídico'."

El TSJ concluye "(...) que no son excluíbles del orden del día del Pleno extraordinario aquellos puntos relativos a materias cuya competencia corresponde al Pleno de la Corporación Local, pero sí aquellos que no reúnen tal característica, cual ocurre con el punto 2º de la solicitud del actor, al venir referido a una decisión —el de la delegación de competencias del Alcalde— que queda obviamente reservada al mismo."

Por todo ello se desestima el recurso de apelación.

5. Urbanismo y medio ambiente

Tribunal Supremo. No puede denegarse la aprobación definitiva de un plan urbanístico, concluida la fase procedimental municipal y encontrándose en la fase de aprobación definitiva del planeamiento, por el solo hecho de un cambio de composición política en la entidad local que solicita la no aprobación del plan, sin un respaldo técnico

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 4606/2005

Fecha: Sentencia de 15 de diciembre de 2009

Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

Demandante: Particular

Demandado: Diputación Foral de Guipúzcoa

Doctrina: No puede denegarse la aprobación definitiva de un plan urbanístico, concluida la fase procedimental municipal y encontrándose en la fase de aprobación definitiva del planeamiento, por el solo hecho de un cambio de composición política en la entidad local que solicita la no aprobación del plan, sin un respaldo técnico

Supuesto de hecho

Se impugna en el recurso de casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que desestimó el recurso formulado por D. Desiderio contra los acuerdos adoptados por el Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Guipúzcoa, en su sesión de 2 de diciembre de 2003, por los que se deniega la aprobación definitiva de tres instrumentos de planeamiento. Estos instrumentos de planeamiento tienen por objeto la reclasificación de una superficie de 34.406 m², clasificada como suelo no urbanizable de uso rural común y uso rural de protección de recursos naturales y del paisaje, desconectados del área urbana de Mendaro, posibilitando la construcción de 178 nuevas viviendas, la Modificación puntual de las NNSS y el Plan Parcial, y la reclasificación como suelo urbanizable de todos los suelos intermedios, posibilitando la nueva construcción de 840 viviendas sobre las 759 existentes en dicho momento en el municipio de Mendaro con una población de 1.600 habitantes.

En el momento en que tales instrumentos de planeamiento se hallaban en fase de aprobación definitiva ante la Diputación Foral de Guipúzcoa, tras las elecciones municipales de mayo de 2003, se produce un cambio de la corporación municipal, resultando que la nueva corporación disiente de los objetivos y soluciones propuestas por la anterior, solicitando de la Diputación Foral de Guipúzcoa que no otorgue la aprobación definitiva, a lo cual accede la Diputación Foral en los acuerdos recurridos.

El TS revoca la sentencia y anula los acuerdos de denegación de la aprobación definitiva.

Fundamentos de Derecho

La sentencia recurrida establece que:

“(…) La potestad de ordenación urbanística es concurrente o compartida entre la Administración municipal y, en el ámbito del País Vasco, las Diputaciones Forales, correspondiendo al municipio la competencia de ordenación con las más amplias facultades discrecionales, o de configuración de la ciudad, que caracterizan la potestad de planeamiento en defensa de los intereses municipales, intereses que por su carácter local sólo a él le corresponde encarnar en virtud de la garantía institucional de la autonomía local y de la legitimidad democrática que le asiste. La Administración Foral ostenta competencia para efectuar un control jurídico sobre el instrumento de planeamiento, sin que le esté dado fiscalizar los aspectos discrecionales, como no sea en defensa de intereses supramunicipales que a ella le compete defender.

“Si en el seno del procedimiento administrativo ordinario los interesados tienen la facultad de ponerle fin mediante un acto de contrario imperio mediante el desistimiento de la solicitud o la renuncia de derechos, no se ve razón alguna para no aceptar que en el seno del procedimiento especial de elaboración de las disposiciones de planeamiento, quien tiene la competencia para su dictado no pueda, en virtud de un acto de contrario imperio fundado en un cambio de criterio acerca de la oportunidad y acierto de la solución técnica planteada en los instrumentos en fase de elaboración, abortar su nacimiento al mundo del derecho evitando así adversas consecuencias de su entrada en vigor y la necesidad de su revisión en virtud del *ius variandi*, (...)”

“A juicio de la Sala es contrario a la autonomía local, a la potestad de ordenación urbanística del municipio y al *ius variandi* inherente a su ejercicio, y carece por ello de sentido, defender que, desde que recae la aprobación provisional, opera un desapoderamiento del municipio, de forma y manera que la aprobación definitiva devenga en acto debido y el Ente Foral haya de resolver en el marco de sus propias competencias, ciñéndose al control jurídico y al control de los elementos discrecionales relativos a intereses supramunicipales, ignorando un hecho de tanta relevancia cual es la voluntad de desistimiento del ente municipal o su disentimiento con la ordenación sometida a aprobación definitiva. Puesto que incumbe al ente municipal la ordenación urbanística necesaria en defensa del interés general de ámbito local, toda aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento tiene que tener como premisa necesaria una ordenación que responda al interés general de acuerdo con la comprensión que del mismo tenga la corporación municipal llamada constitucionalmente a encarnarlo.

“Ciertamente un supuesto como el de autos en el que se produce un cambio radical en la composición del Ayuntamiento como consecuencia de un nuevo proceso electoral, justifica sobradamente la adopción de un nuevo modelo de ciudad y el desistimiento del procedimiento de elaboración de los correspondientes instrumentos de planeamiento, y aun cuando en el caso de autos no se haya formalizado como tal desistimiento sino interesando de la Diputación Foral de Gipuzkoa la denegación de la aprobación definitiva, es manifiesto que la resolución que así lo acuerda es conforme a derecho y no incide en los vicios denunciados por la parte actora, lo que conduce a la desestimación del recurso.”

Contra esa sentencia interpuso la recurrente recurso de casación en el que esgrime tres motivos de impugnación articulados, todos ellos, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

El TSJ procede a la estimación del recurso contencioso-administrativo en base a lo siguiente:

“(…) 1º. El respaldo democrático que los Acuerdos municipales de solicitud de desaprobación, y de la propia Administración Foral acogiendo tales solicitudes, supone, sin duda, un importante argumento en defensa de los mismos Acuerdos, pues, en suma, tal sistema de elección de los integrantes o componentes de las Entidades locales resulta un mecanismo adecuado para la determinación de cuáles sean, en cada momento, los intereses generales de la población; sin embargo, también en un sistema democrático, el respeto al principio de legalidad es un elemento determinante y esencial para el propio funcionamiento del mismo (...). Nadie discute que es el municipio el ámbito del que debe partir la idea o el diseño de la propia ciudad, mas ello ha de canalizarse a través el procedimiento establecido al efecto; procedimiento en el que, desde una perspectiva de legalidad sectorial, han intervenido los diferentes organismos –de las diversas Administraciones– que gestionan otros intereses generales que pudieran no coincidir con los del propio municipio.

“(…) En el ejercicio de la potestad de planeamiento estamos, pues, en presencia de una competencia compartida entre los Ayuntamientos y la Diputación Foral, pues, si bien corresponde a los primeros la formulación de los planes y su aprobación provisional e inicial, a la segunda –a la que se remite el expediente– le corresponde la aprobación definitiva. Sin embargo, tal competencia bifásica no implica que exista una separación radical y que las competencias que se ejercitan en el momento de la aprobación definitiva sean exclusivamente de control de la legalidad de la previa actuación aprobatoria municipal, de simple revisión o fiscalización. Por el contrario, cuenta la Diputación Foral con competencias propias (sistemas generales supramunicipales) y con capacidad normativa para la ordenación de las materias de su competencia que, en muchas ocasiones, vienen determinadas por un planeamiento de índole superior cual es el integrado, en el País Vasco, por las Directrices de Ordenación del Territorio (DOT) y los Planes Territoriales tanto Parciales (PTP) como Sectoriales (PTS), y al que, obviamente, debe adaptarse el planeamiento municipal.

“3º. (...) no es cierto que toda la actuación municipal en el ámbito del planeamiento sea discrecional, ni tampoco que la Administración Foral –en este caso actuante– carezca de potestades para el control, desde una perspectiva de legalidad ordinaria, de los expresados elementos discrecionales; e, igualmente es cierto que, en el ámbito de la autonomía local que le es propio, las Entidades locales pueden iniciar procesos de modificación del planeamiento sin limitación alguna; pero lo que aquí se discute –y se niega– es que, concluida la fase procedimental municipal, y encontrándose en la fase de aprobación definitiva del planeamiento, que se sitúa en otro orden competencial y cuenta con una dimensión distinta de la inicial, pueda incidirse, extemporáneamente, en este ámbito de decisión, y además, sin un respaldo técnico y por el solo hecho –respetable, por supuesto– de un cambio de composición política en la Entidad local.

“4º. Tampoco nos sirve el argumento de la viabilidad del desistimiento, pues no nos encontramos ante el ejercicio de un auténtico desistimiento por parte del Ayuntamiento, pues lo que en el Acuerdo municipal se solicita es que los expediente de aprobación de la Modificación y Revisión de las Normas Subsidiarias, así como del Plan Parcial de referencia, concluyan con la denegación de su aprobación, no obstante lo inicialmente y provisionalmente propuesto y aprobado.

“Pero es que, incluso, aunque se entendiera –como parece hacer la Sala de instancia– que nos encontramos en presencia de un desistimiento tácito o implícito, debemos, igualmente, afirmar que el Ayuntamiento carece –como hemos expresado ya– de competencia para ello al no encontrarnos en un procedimiento en el que quien formula el desistimiento es titular de un interés particular, ya que, por el contrario, lo que el Ayuntamiento gestiona en el ejercicio de la potestad de planeamiento son intereses públicos cuya disponibilidad se encuentra restringida. El Ayuntamiento no es, pues, procedimentalmente libre desde el momento de la aprobación provisional del expediente y de su coetánea remisión a la Administración Foral, careciendo, por ello –desde tal momento– de la potestad de desistir en relación con la tramitación concluida. Esto es, carece de la potestad de renunciar a sus supuestos derechos que, en realidad, son intereses públicos, y, mucho menos, carece de la potestad de hacerlo sin la previa notificación de tal posibilidad a los terceros interesados que, por su parte, como dispone el artículo 91.2 de la LRJPA, se encuentran habilitados para solicitar la continuación del procedimiento iniciado, en el término de diez días a contar desde la notificación de la posible adopción del acuerdo de desistimiento. Posibilidades habrá, si se considera oportuno, para el ejercicio de la acción de lesividad.

“5º. Debe destacarse, por otra parte, la carencia de informes pertinentes legalmente exigidos, de carácter técnico urbanístico –que hubieran avalado el rechazo de las provisionales propuestas municipales–, como se comprueba con el examen del texto de los Acuerdos que antes hemos transcrito, lo cual implica que, la decisión adoptada por la Diputación Foral lo fue sin haberse evaluado técnicamente los instrumentos

provisionalmente aprobados y, en consecuencia, basada exclusivamente en la previa solicitud municipal de denegación de aprobación. Ello, sin duda, implica y supone una actuación al margen del procedimiento técnico establecido y, en consecuencia, contraria al principio de seguridad jurídica. Si bien se observa, solo en el expediente correspondiente a la Modificación de las Normas Subsidiarias de Mendaro fue solicitado el preceptivo informe vinculante de la Comisión de Ordenación del Territorio (favorable, por otra parte, a la modificación inicialmente propuesta).

“6º. Y es que, el mencionado cambio político –con todo lo que ello conlleva desde la perspectiva democrática que toda elección municipal implica– no puede, sin más, dejar sin efecto todo lo técnico y procedimentalmente desarrollado en el ejercicio de una potestad administrativa siquiera sea discrecional, ya que, si acaso, permite poner en funcionamiento el ejercicio de instrumentos jurídicos para dejar sin efecto lo

ya competencialmente aprobado, mas no, desde una perspectiva de seguridad jurídica, y sin el más mínimo aval técnico contradictorio, decidir unilateralmente la no aprobación de lo procedimentalmente concluido. Y lo mismo ocurre con la Administración competente para la aprobación definitiva, la cual no puede –como ha acontecido– sin los avales técnicos precisos y las motivaciones pertinentes, plegarse, sin más, al cambio de voluntad municipal aun cuando –como decíamos– tal decisión venga exclusivamente respaldada por un cambio político tras unas elecciones municipales; y es que la gestión pública y técnica del urbanismo implica el ejercicio de una potestad administrativa discrecional que no conoce de vaivenes políticos, aun democráticamente avalados, y que está sujeta –como garantía de acierto– a un predeterminado cauce procedimental que vincula en su actuación a las Administraciones con competencia en la materia.”

El TS estima el recurso de casación.

E) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. La actuación de un personaje político en orden a una actuación en materia urbanística que se considera irregular, debe encuadrarse en una confrontación política, en la que no puede apreciarse la producción de una intromisión ilegítima en el honor, pues estimar en tales casos sería tanto como amordazar la polémica política e impedir el alertar o denunciar lo que un partido estima abusivo o irregular en la actuación o gestión del otro

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Recurso de casación núm. 725/2005

Sentencia: Núm. 760/2009

Fecha: 10 de noviembre de 2009

Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz

Demandante: Particular

Demandada: Particular

Disposiciones analizadas: Artículo 18.1 CE

Doctrina: La actuación de un personaje político en orden a una actuación en materia urbanística que se considera irregular, debe encuadrarse en una confrontación política, en la que no puede apreciarse la producción de una intromisión ilegítima en el honor, pues estimar en tales casos sería tanto como amordazar la polémica política e impedir el alertar o denunciar lo que un partido estima abusivo o irregular en la actuación o gestión del otro.

El actor interpuso demanda en el Juzgado de Primera Instancia número dos de Jaén sobre protección civil del derecho al honor, contra D. Eloy, con la pretensión de que se dictara sentencia declarando: “A) Que el demandado por las manifestaciones realizadas a los medios de comunicación que han sido relatadas en los hechos de esta demanda, ha cometido con cualquiera o todas de ellas, una intromisión ilegítima al honor. B) Que ha causado graves daños morales que deben ser indemnizados por el mismo y en su consecuencia. C) Que se condene al demandado: 1. A indemnizar a mi representado en la suma de cinco millones de pesetas. 2. A insertar en los medios de comunicación la parte dispositiva de la sentencia a su costa. 3. Al pago de las costas procesales.”

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Jaén desestimó la pretensión ejercitada, en sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Jaén

Supuesto de hecho

Los hechos se remontan al momento en el que el demandado, portavoz del grupo del partido de la oposición en el consistorio de Jaén, realiza una serie de afirmaciones aparecidas en prensa y televisión local, que explican la cuestión debatida “de pelotazo en 46 días, y han metido las manos en el cajón y se han pillado los dedos”, en relación al actor que, como concejal de Urbanismo y gerente de la empresa municipal de la vivienda del Ayuntamiento de Jaén, era a su vez administrador único de diversas entidades mercantiles que habían adquirido diferentes inmuebles en la ciudad de Jaén, y, transmitidos posteriormente en un breve espacio de tiempo, habían generado notables beneficios, que dieron lugar a las declaraciones del demandado en los términos indicados.

A consecuencia de estos hechos se incoaron diligencias penales, con acusación contra el actor concejal de Urbanismo y gerente de la empresa municipal de la vivienda del Ayuntamiento de Jaén por parte del Ministerio Fiscal, resultando absuelto en el juicio oral celebrado por el procedimiento del Jurado, por mayoría de cinco votos a cuatro.