

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ORIOI MIR PUIGPELAT
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Dos importantes sentencias del Pleno de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 26 y 27 de noviembre de 2009 (recursos núms. 585/2008 y 603/2007, respectivamente) afirman abiertamente la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo por los daños que pueda ocasionar su funcionamiento anormal. Algunos de sus primeros comentaristas las han calificado de históricas. Otros se han mostrado críticos con ellas y con el activismo judicial que reflejarían. La propia existencia de numerosos votos particulares abona esta diversidad de valoraciones.

Mientras la relativa al Defensor del Pueblo no entra en el fondo e insta al recurrente a que dirija su reclamación al Consejo de Ministros (órgano al que el Tribunal Supremo también reputa competente para conocer de las reclamaciones por daños dirigidas contra el Tribunal Constitucional), la primera admite la existencia de dilaciones indebidas en la tramitación de un recurso de amparo por parte del Tribunal Constitucional, aunque deniega su responsabilidad patrimonial al considerar que tales dilaciones no se han traducido en un daño indemnizable.

Ambas sentencias presentan numerosos aspectos de gran interés, relacionados con el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y la separación de poderes, en los que no puede entrarse en esta breve reseña, y que suscitarán sin duda el interés de la doctrina. Tampoco cabe adentrarse aquí en las numerosas cuestiones procedimentales planteadas y en el tratamiento que reciben por parte del Tribunal Supremo ante la ausencia de regulación legislativa expresa (el nuevo apartado 5 del artículo 139 de la Ley 30/1992, añadido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que establece el cauce procesal a seguir en el caso de las reclamaciones por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad, no había entrado todavía en vigor al dictarse ambas sentencias, aunque el Tribunal Supremo lo maneje y hasta in-

terprete en la primera de ellas —al señalar que la intervención del Tribunal Constitucional que dicho precepto impone no tiene naturaleza jurisdiccional, sino gubernativa, siendo, por ello, susceptible de ser revisada por aquél: FJ 6.º de la sentencia de 26 de noviembre—).

Únicamente se destacará la gran influencia que sobre ambas sentencias parece ejercer el Derecho europeo y, en particular, la jurisprudencia europea. En efecto, en la relativa al Tribunal Constitucional juega un papel central la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio y su interpretación del derecho a un proceso equitativo en un plazo razonable; en especial, la sentencia de 25 de noviembre de 2003, *Soto Sánchez contra España*, en la que el Estado español fue condenado como consecuencia de la dilación indebida de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (FJ 5.º de la STS de 26 de noviembre). A su vez, la sentencia sobre el Defensor del Pueblo se ve también notablemente influida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha afirmado, por un lado, la responsabilidad de los Estados miembros por la vulneración del Derecho de la Unión, sea cual sea el poder estatal responsable de la infracción, y, por otro, la responsabilidad de la Unión por los daños que pueda ocasionar el Defensor del Pueblo Europeo (FF.JJ. 4.º y 5.º de la STS de 27 de noviembre).

La relevancia creciente del diálogo entre las distintas Cortes europeas y la voluntad de satisfacer los estándares garantizados por éstas anima al Tribunal Supremo a obviar la falta de regulación legislativa expresa de la materia existente en España y a derivar directamente del principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la Constitución tanto la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional como la del Defensor del Pueblo. La europeización del Derecho administrativo —y constitucional— prosigue imparable su curso (OM).

II. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR OMISIÓN

Las sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 31 de marzo y 10 de noviembre de 2009 (Sección 6.ª, recursos de casación núms. 9924/2004 y 2441/2005, respectivamente), siguiendo la estela de las Salas de lo Civil y Penal, parecen acoger la teoría de la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En ambas sentencias se niega la responsabilidad por omisión de la Administración al considerar que, para que aquélla surja, además de que su intervención hubiera impedido la lesión, «[e]s necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar» (FF.JJ. 3.º y 5.º, respectivamente).

La falta de vulneración de dicho deber es el motivo aducido por el Tribunal para excluir la responsabilidad por no haber impedido el robo en una joye-

ría, en el primer caso (la Policía no tuvo noticia del robo hasta el día siguiente a su comisión), y por no haber adoptado medidas que hubieran evitado que el responsable de un accidente de tráfico estuviera asegurado por una compañía insolvente, en el segundo (el contrato de seguro fue suscrito después de que la Administración impusiera a dicha compañía la medida cautelar de suspensión de nuevas contrataciones, sin que le constara a aquélla la infracción de tal medida cautelar).

La asunción de la teoría de la imputación objetiva sólo puede ser aplaudida por parte de quienes hemos apoyado y fundamentado su introducción en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. A falta de ulteriores desarrollos y de ver si será también acogida por la Sala 3.^a en supuestos de responsabilidad por acción, en los dos casos aquí reseñados sirve ya para poner de relieve que la atribución de resultados lesivos a la Administración no es una cuestión que dependa de la existencia de relación de causalidad fáctica entre la conducta administrativa y el daño sufrido, sino de valoraciones normativas. En los supuestos de responsabilidad por acción puede existir relación de causalidad y, pese a ello, no surgir el deber indemnizatorio, mientras que en los supuestos omisivos puede nacer tal deber sin que, en puridad, exista nunca causalidad fáctica (como acepta comúnmente la doctrina penalista, no puede haber nunca relación de causalidad fáctica entre una omisión y un resultado; la causalidad entre la actuación debida omitida y la evitación del daño es sólo hipotética).

Cabe lamentar, no obstante, que la Sala 3.^a parezca acudir a la imputación objetiva para tratar de seguir alimentando la ficción de que la responsabilidad administrativa es objetiva. En la sentencia del robo a la joyería se niega dicha imputación tras afirmarse de forma rotunda el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración: «el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no obsta a que, para tener derecho a indemnización, deban concurrir todos los requisitos establecidos por el art. 139 LRJ-PAC y, en particular, la relación de causalidad entre la acción u omisión de la Administración y la lesión padecida por el particular. En efecto, se dice que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva porque —a diferencia de lo que sucede normalmente con la responsabilidad extracontractual privada, regulada en el art. 1902 CC— no requiere culpa o negligencia. Ello significa que, incluso si el agente o funcionario público ha actuado de manera diligente y el aparato administrativo ha funcionado correctamente, la Administración debe reparar las lesiones ocasionadas por ella. Es indiferente, en otras palabras, que el funcionamiento del correspondiente servicio haya sido “normal o anormal”, bastando que la lesión sea achacable a la Administración. Pero es claro que este último elemento debe estar presente: si el resultado lesivo no es consecuencia de un comportamiento de la Administración, ésta no tiene por qué responder de aquél» (FJ 3.º).

Pero imputación objetiva no significa necesariamente responsabilidad objetiva. Dicha teoría es compatible tanto con un estándar de responsabilidad objetiva como de responsabilidad por culpa (en Derecho penal, donde la

responsabilidad surge sólo en caso de dolo o culpa, es donde dicha teoría ha tenido mayor desarrollo). Por otro lado, en las dos sentencias aquí reseñadas parece ser precisamente la falta de anormalidad en la actuación (omisión) administrativa lo que en realidad lleva al Tribunal a excluir la responsabilidad. En ambos casos parece claro que la Administración a la que se reclama el daño tiene *a priori* tanto el deber como la capacidad genéricos de evitar el resultado lesivo (a la Policía Nacional y a la Dirección General de Seguros por parte de entidades insolventes, disponiendo de los medios necesarios para ello). Pero es también evidente que dicha responsabilidad no puede surgir cuando la Administración ha ejercido correctamente sus potestades de vigilancia y supervisión. Y esta última, y no otra, es la razón por la que el Tribunal excluye la responsabilidad en ambas sentencias (OM).

III. LAS ORDENANZAS MUNICIPALES SOBRE INSTALACIONES DE TELEFONÍA MÓVIL: NUEVAS PERSPECTIVAS A PARTIR DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DE LA CREACIÓN DE TRÁMITES PARTICIPATIVOS MÁS EFECTIVOS

La jurisprudencia ha admitido la potestad normativa municipal para regular las instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil en base a tres postulados generales. Primero, la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE) no impide el ejercicio de competencias de otras Administraciones sobre materias con incidencia en las instalaciones de telecomunicaciones. Segundo, los municipios pueden aprobar ordenanzas sobre dichas instalaciones en base, principalmente, a sus competencias en urbanismo y dominio público local, así como también se han apuntado otras materias que han tenido una menor incidencia (medio ambiente, salud pública y patrimonio histórico). Y tercero, el ejercicio de dichas competencias municipales no puede traducirse en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones ni en limitaciones que resulten desproporcionadas.

Ahora bien, los tribunales no siempre han llegado a los mismos resultados al aplicar los anteriores criterios generales. En el caso que vamos a comentar, el TS amplía significativamente el campo de las ordenanzas al no limitarse, como sucede a menudo, a las competencias municipales en urbanismo y dominio público local, sino que saca buen partido de las competencias municipales en medio ambiente y admite nuevos trámites participativos previstos únicamente por las ordenanzas.

Nos referimos a la STS (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 4.^a, ponente Enrique Lecumberri Martí) de 17 de noviembre de 2009 (recurso de casación núm. 5583/2007), que declara no haber lugar al recurso interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la sentencia del TSJ de Catalunya (Sección 3.^a) de 21 de septiembre de 2007, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por esta mercantil contra el acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 17 de octu-

bre de 2003, que aprobó definitivamente la modificación de los artículos 87 al 97 de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona, de 26 de marzo de 1999. Estos preceptos contenían una nueva normativa municipal de las instalaciones de radiocomunicación.

La STS empieza rechazando las alegaciones genéricas de la recurrente sobre la falta de competencia municipal para regular las instalaciones de telefonía móvil, recordando los tres postulados generales antes citados. Y luego examina las alegaciones concretas que podemos clasificar en dos grupos. En el primero, referido a los aspectos más novedosos, la recurrente cuestiona que, en base a las competencias municipales ambientales, las ordenanzas puedan establecer límites de emisiones más restrictivos de los previstos por la legislación estatal y autonómica, nuevos controles de estas emisiones no previstos por esta legislación y también nuevos trámites de participación pública de forma previa a la presentación de la solicitud de licencia de las instalaciones de telefonía móvil. El segundo grupo de alegaciones versan sobre cuestiones que normalmente ya han sido tratadas por la jurisprudencia y respecto a las cuales la sentencia se adscribe en la posición más favorable a su regulación por las ordenanzas (en especial, planes de implantación, obligación de compartición, prohibiciones específicas de nuevas instalaciones en determinadas ubicaciones, periodicidad más reducida de las revisiones y de los controles periódicos y régimen transitorio). A continuación dedicaremos una mayor atención a las cuestiones más novedosas, sin perjuicio de hacer unas breves observaciones sobre las restantes.

En relación al primero de los aspectos novedosos sobre el alcance de la potestad normativa municipal ambiental, la operadora recurrente sostiene la ilegalidad de diversos preceptos de la modificación de la Ordenanza. Cuestiona el artículo 91.3.c), sobre la exposición a campos electromagnéticos, que se remite a la reglamentación vigente en materia de emisiones electromagnéticas (Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitarias ante las emisiones radioeléctricas; la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999, y el Decreto catalán 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación), pero luego se restringen los valores máximos de densidad de potencia de las emisiones radioeléctricas establecidos en esta normativa estatal y catalana. También la recurrente considera ilegales el artículo 91.3.d), sobre el principio de evitación prudente, y los artículos 91.7 y 96.4 y la disposición adicional única, que establecen un sistema de control remoto y en continuo de los niveles de emisión de las instalaciones de telefonía móvil. La empresa recurrente considera que las ordenanzas no pueden establecer nuevos límites de emisión ni nuevos controles de las emisiones porque vulneran los artículos 149.1.16 y 21 CE; 61 y 62 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; 44.1.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (si bien no se examina al ser posterior a la aprobación definitiva de la modificación

recurrida de la ordenanza); 18, 19, 24 y 40 Ley General de Sanidad; 8.7 RD 1066/2001, y Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, y se ocasionan graves consecuencias para el despliegue de la red de instalaciones de telefonía móvil.

El fundamento de derecho séptimo de la STS de 17 de noviembre de 2009 examina estas consideraciones, dejando bien claro desde el inicio que no puede prosperar la visión restrictiva de la recurrente de las competencias municipales en este ámbito al limitarla a los aspectos meramente paisajísticos y urbanísticos, sino que deben tenerse presentes las competencias de los municipios en medio ambiente y salud pública, dando un enfoque expansivo en base a principios ambientales como el principio de precaución. La sentencia se hace eco del «riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad». Y concluye que «el hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de sus propias competencias se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles —colegios, hospitales, parques y jardines públicos— estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de estas zonas sensibles en las que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas». Se reconoce, así, que las ordenanzas puedan establecer una mayor protección frente a las emisiones electromagnéticas.

Otro de los aspectos novedosos se refiere al artículo 91.3.f) de la Ordenanza, que crea un nuevo «trámite específico de información vecinal». Se trata de un trámite que afecta a nuevos proyectos de instalación de elementos de telefonía por radiocomunicación en edificios de uso de vivienda con infraestructuras preexistentes, así como también a las ampliaciones o modificaciones de la orientación o de la potencia máxima de las antenas. No se trata de los trámites de información pública ni de información vecinal ni de audiencia previstos en la legislación catalana de intervención integral de la administración ambiental (Ley 3/1998 y Decreto 136/1999). Se trata de un trámite de participación con carácter previo a la solicitud de licencia que tiene por destinatarios sólo a los ocupantes de los edificios con uso de vivienda con infraestructuras existentes, lo cual lo distingue también del trámite de información pública (para cualquier persona), del trámite de información vecinal (para los vecinos inmediatos) y del de audiencia (para los interesados). Y consiste en que quien desee solicitar la licencia comunique, previamente, de forma fehaciente el proyecto a todos los ocupantes del inmueble a fin de que puedan examinarlo y hacer observaciones y se realice una valoración técnica y jurídica de éstas. Se prevé que, en caso de discordancia, el Ayuntamiento designe a un técnico para que emita un dictamen, así como también que, con la solicitud de la licencia, se acredite la mencionada comunicación

a los vecinos y si han presentado alegaciones. El recurso de casación considera que este trámite no tiene cobertura legal porque no está previsto en la legislación catalana de intervención integral de la administración ambiental ni en la Ordenanza municipal de actividades y de intervención integral de la administración ambiental, es contrario a las finalidades de dicha normativa de reducir las cargas administrativas y resulta desproporcionado.

Ninguna de estas vulneraciones es aceptada por la STS de 17 de noviembre de 2009, que confirma los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida. Esta sentencia no apreció vulneración alguna por el hecho que este trámite participativo creado por la Ordenanza no estuviera previsto en la normativa catalana ni municipal sobre actividades, si bien hubiera sido deseable una mayor fundamentación de esta correcta posición. Sin duda, en las sentencias subyace la idea que este trámite participativo no vulnera ninguna norma de jerarquía superior y es consecuente con las finalidades de la CE y de la normativa local y ambiental de garantizar una participación efectiva de los ciudadanos. Desde una perspectiva constitucional, cabe señalar que la participación ciudadana no tiene su fundamento sólo en la legislación de intervención integral de la administración ambiental, sino que su fundamento proviene de la CE, a partir de las cláusulas del Estado social y democrático (art. 1.1) y sus manifestaciones en el principio de participación efectiva (art. 9.2), el derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1) o la participación y el acceso a la información administrativa (art. 105). También la legislación local contempla el deber de los Ayuntamientos de reconocer y potenciar la más amplia participación ciudadana (art. 69.1 LBRL) y el trámite participativo impugnado tiene su fundamento en la competencia municipal para establecer las formas, medios y procedimientos de participación ciudadana que el Ayuntamiento crea convenientes en el ejercicio de las potestades municipales (art. 69.2 LBRL), en este caso las licencias de urbanismo y de actividad de las instalaciones de telefonía móvil. Pero también la participación pública en medio ambiente es uno de los aspectos centrales del Derecho ambiental internacional y comunitario. Así, el principio 10 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible, de 14 de junio de 1992, establece que: «La mejor manera de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, al nivel que corresponda». Y, en base a este principio, la participación pública ha sido objeto del Convenio internacional sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental, de 25 de junio de 1998 —denominado Aarhus— (publicado en el *BOE* núm. 40, de 16 de febrero de 2005). Precisamente, el trámite de participación impugnado se adecua al artículo 6.5 de este Convenio internacional, que establece un mecanismo de participación del público interesado previo a la presentación de la solicitud de permiso para una actividad que pueda tener efectos en el medio ambiente. Esta modalidad de participación temprana persigue la finalidad de que sea real y efectiva al insertarse en un momento inicial donde todas las posibilidades están aún abiertas.

Según la STS de 17 de noviembre de 2009, tampoco este trámite participativo vulnera la finalidad de la normativa ambiental de reducir las cargas administrativas pues, como sostiene la STSJ de Catalunya recurrida, «la obligación de pasar por este trámite que para la recurrente ocasiona graves dificultades en las tramitaciones, carece de virtualidad como causa de anulación», si bien debemos especificar que dichas dificultades no se probaron y que esta legislación también tiene otras finalidades como es, precisamente, fomentar la participación pública. La STS tampoco lo considera desproporcionado, «pues se trata de un trámite de participación pública con carácter previo a la solicitud de la licencia que tiene por finalidad dar audiencia e información a los munícipes perfectamente identificados que podrían verse afectados de forma más o menos intensa por la concesión de la licencia».

A continuación comentaremos más brevemente otras cuestiones sobre las cuales la sentencia confirma la línea jurisprudencial más favorable a las ordenanzas municipales.

En primer lugar, el fundamento de derecho tercero de la sentencia confirma la legalidad de los artículos 91.1 y 93 de la Ordenanza, que exigen y regulan los planes técnicos de implantación de las instalaciones de radiocomunicación como requisito previo y vinculante para la posterior autorización de las licencias para estas instalaciones. Siguiendo las SSTS de 15 de diciembre de 2003 y 24 de mayo de 2005 de la misma Sala, se considera que esta exigencia persigue la «finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano», considerando que «se trata de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger». Y, por tanto, «el hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil está vinculada a la aprobación del plan técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia».

En segundo lugar, el fundamento de derecho sexto de la sentencia considera ajustado a Derecho el artículo 91.3.b) de la Ordenanza, que permite imponer en casos concretos la obligación de compartir emplazamientos de las empresas solicitantes de nuevas licencias, con el fin de racionalizar el uso tecnológico del espacio urbano y en atención a razones paisajísticas, urbanísticas, medioambientales y de preservación de la salud de las personas. Al mismo tiempo, efectúa una regulación exhaustiva del procedimiento de compartición donde se prevé, en todo caso, el respeto de la competencia estatal en materia de telecomunicaciones, estableciendo los oportunos mecanismos de coordinación. Pues bien, la sentencia rechaza las alegaciones de la recurrente de que esta obligación de compartición lesione la libertad de competencia y el derecho al establecimiento de redes propias. Siguiendo las SSTS de 24 de octubre y 23 de noviembre de 2006 de la misma Sala, confirma la sentencia recurrida, que considera ajustada a Derecho esta obligación de compartición porque se prevé un trámite previo de audiencia, entra dentro de las

competencias municipales en materia urbanismo, medio ambiente y paisaje urbano, y su finalidad es la producción de un menor impacto visual y ambiental.

En tercer lugar, los fundamentos de derecho cuarto y quinto de la sentencia admiten la legalidad de los artículos 91.3.a), sobre los criterios relativos al impacto visual de las instalaciones de telefonía móvil, y 91.3.e) y 91.3.h), que imponen determinadas limitaciones como son la prohibición de nuevas estaciones base de telefonía móvil y telefonía fija vía radio en edificios con uso de vivienda, en centros docentes, asistenciales y hospitalarios, así como también que sólo permiten, en la demarcación no urbana, nuevas instalaciones en infraestructuras ya existentes. La sentencia considera que estos preceptos tienen perfecto encaje en las competencias municipales urbanísticas y de protección del paisaje urbano. Y rechaza las alegaciones de la recurrente de que sean desproporcionadas estas limitaciones o condiciones impuestas al derecho de los operadores a la ocupación de los bienes que necesitan para establecer sus redes. Aquí la sentencia se muestra exigente en la aplicación del test de que las limitaciones no puedan traducirse en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones ni en limitaciones que resulten desproporcionadas advirtiendo que deben ser rechazadas las manifestaciones genéricas sin apoyo probatorio relevante. Se afirma que «el principio de proporcionalidad no es apto *per se* como para determinar *a priori* el contenido de una ordenanza ya que han de confrontarse cada una de las restricciones que se impongan por los Ayuntamientos con ese principio general para alcanzar un juicio favorable o desfavorable de los preceptos impugnados».

En cuarto lugar, el fundamento de derecho noveno de la sentencia admite la legalidad del artículo 91.4, que establece una periodicidad más reducida de las revisiones (cada cuatro años en lugar de cada ocho) y de los controles periódicos de las licencias (cada dos años en lugar de cada cinco) para las instalaciones de telefonía móvil. Aparte de que la legislación catalana de intervención integral de la Administración ambiental ya permite reducir la periodicidad establecida de forma general, la sentencia vuelve a recordar que «no consideramos desproporcionadas tales medidas en cuanto los Ayuntamientos puedan imponer condiciones a la actividad de los operadores, siempre que aquellas limitaciones no supongan una restricción absoluta al derecho de aquéllos».

Y, finalmente, el fundamento de derecho décimo de la sentencia, con cita de la STS de 18 de junio de 2001 de la misma Sala, considera que el régimen transitorio de la Ordenanza no vulnera el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). La disposición transitoria primera prevé que las instalaciones de radiocomunicación con licencia se adecuen a la nueva regulación en el plazo de dos años desde la entrada en vigor. La disposición transitoria segunda considera que las instalaciones de radiocomunicación existentes sin licencia preceptiva serán consideradas clandestinas de acuerdo con la normativa sectorial ambiental y, por tanto, el Ayuntamiento adoptará las medidas de restauración de la legalidad infringida. Y la disposición transitoria tercera establece que la solicitud de concesión de licencia sobre la que no se haya formulado propuesta de resolución se tramitará de acuerdo con el régimen

jurídico vigente en la entrada en vigor de la presente Ordenanza. Se confirma la sentencia recurrida cuando consideró que dicho régimen transitorio no vulneraba el artículo 9.3 CE al no existir una retroactividad en sentido propio, sino, a lo sumo, de grado mínimo, no prohibida constitucionalmente, y comprobar que se realizaba una adecuada ponderación de los intereses públicos y privados. En efecto, la sentencia considera que «nos encontramos ante una retroactividad de grado mínimo, ya que tales transitorias sólo tienen efecto para el futuro, respecto de las relaciones o situaciones nacidas bajo la vigencia de la normativa anterior, y su razón de ser dimana del interés público que tratan de salvaguardar, garantizando, a su vez, los derechos de los operadores, al concederles un plazo prudencial para que puedan adecuar sus instalaciones al nuevo régimen legal».

En fin, vemos cómo la STS de 17 de noviembre de 2009 realiza una lectura más favorable del alcance de la potestad normativa municipal sobre las instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil, ratificando la jurisprudencia en relación a las competencias municipales en urbanismo y dominio público local y extrayendo consecuencias jurídicas muy relevantes de otras competencias municipales (en especial, medio ambiente y salud pública) para que las ordenanzas puedan imponer condiciones más protectoras del medio ambiente y la salud (límites de emisiones y controles más restrictivos que los previstos por la legislación estatal y autonómica) y nuevos trámites de participación pública más efectivos (AP y TF).

IV. PROSTITUCIÓN Y LOCALES DE PÚBLICA CONCURRENCIA. ALCANCE DE LAS ORDENANZAS LOCALES

El ejercicio de la prostitución y su regulación siempre ha sido un tema debatido. Más allá de la vertiente sancionadora, la realidad de esta actividad fuerza a las Administraciones a tener que tomar algún tipo de decisión por lo que hace a los lugares en los que se lleva a cabo esta práctica. Se puede ignorar que existe la prostitución, pero ello no impide que se siga llevando a cabo de forma descontrolada.

Ciertamente, la regulación no punitiva se refiere a la prostitución ejercida en los términos de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de noviembre de 2001 como un ejercicio independiente, sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y retribución, bajo responsabilidad propia y a cambio de una retribución que se paga íntegra y directamente a quien la ejerce.

Pues bien, la necesidad de intervenir para ordenar esta prostitución que no se puede prohibir se hace patente cuando se regulan los espacios de pública concurrencia. En este momento se puede seguir ignorando esta realidad, o se puede tratar de ordenar su ejercicio como una actividad más.

Un ejemplo de intento de regulación es el que se llevó a cabo mediante la Ordenanza tipo de espacios de pública concurrencia, aprobada por Orden del

Departamento de Presidencia de la Generalidad de 14 de julio de 2003, en la que se fijaron las condiciones materiales que deberían reunir los locales en los que se llevara a cabo esta actividad con el fin de proteger fines de interés general como la higiene, la seguridad, la protección de menores y las molestias a terceros.

Esta Ordenanza fue recurrida por diversas entidades (entre ellas, Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, Comisión para la Investigación Contra los Malos Tratos a las Mujeres, Grupo de Estudios sobre la Condición da Muller Alecrin y el Instituto para la Promoción de Servicios Sociales Especializados). Rechazado el recurso en primera instancia, las entidades recurrentes interponen recurso de casación al estimar que la Ordenanza tipo vulnera lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de 1950 de Lake Succes y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

Para las recurrentes, la regulación de esta actividad en la Ordenanza municipal tipo implica su legalización o, lo que es lo mismo, su consideración como conductas conforme a Derecho, lo que constituye una vulneración de la eficacia de los Convenios. En un segundo orden de cosas, y como refuerzo argumental de lo anterior, las recurrentes hacen diversas apreciaciones sobre la prostitución en sí misma considerada, declarándola incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana, lo que supone, a su juicio, que cualquier actividad que la favorezca o suponga aprovechamiento directo o indirecto de la misma entrará en contradicción con el artículo 10 CE, que recoge taxativamente como fundamento del orden político y de la paz social el valor de la dignidad de la persona humana.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de abril de 2010, recurso 506/2007, rechaza el recurso, sin perjuicio de reconocer a los Convenios que citan las recurrentes valor normativo interno, más allá de un valor meramente programático.

Ahora bien, una vez reconoce este valor normativo de los Convenios y su integración en nuestro sistema de fuentes, se añade que se debe hacer un esfuerzo de contraste entre la proclamación de ilicitud de determinadas conductas contenidas en la norma internacional y lo regulado en la Ordenanza municipal tipo. Llega así el Tribunal a la afirmación central de su línea argumental, manifestando que hay que analizar de forma detallada el contenido de la norma impugnada, sus fines y su justificación, pues no toda regulación de una actividad relativa a la prostitución supone su favorecimiento. A ello añade, lo que me parece determinante para su fallo, que en ocasiones la regulación administrativa lo único que pretende es minimizar o disminuir los efectos perjudiciales de una actividad que, siendo indeseable, se consiente por los poderes públicos por derivarse de su estricta prohibición unos efectos más perniciosos que los que derivan de su tolerancia.

Esta consideración es especialmente relevante. El Tribunal reconoce los diferentes ámbitos de responsabilidad pública. Si el legislador no prohíbe, por razones de oportunidad, una determinada actividad, la Administración, en este

caso la local a través de sus ordenanzas, debe poder actuar para minimizar los efectos de aquello que se estima nocivo pero que no se prohíbe. Afirmación que me parece correcta en la medida en que permite a la Administración, que debe responder ante las quejas de los ciudadanos, tomar aquellas medidas que eviten o limiten los perjuicios que causan unas actividades que no puede prohibir pero que se llevan a cabo en su término municipal.

Examinada la Ordenanza tipo, el Tribunal concluye que su contenido es de limitación, en ningún caso de prestación ni de fomento de la actividad. Por otro lado, esta limitación se basa en razones de interés general (salubridad pública, molestias a terceros, protección de menores de edad), sin que prohíba una actividad privada ni constituya una restricción a una libertad, fines que no podrían alcanzarse a través de una ordenanza municipal (JT).

V. LA CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL

Nuestra jurisprudencia ordinaria se ha ido decantando progresivamente hacia una posición favorable al entendimiento del principio de legalidad administrativa, en el ámbito local, como principio de vinculación negativa y, muy especialmente, en relación con las normas municipales.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de octubre de 2009 (JUR 2009\435822, Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez), entra a analizar si un determinado municipio tiene o no competencia para la aprobación de una ordenanza reguladora de la aplicación a su territorio de estiércol, purines y lodos de depuradora. Los recurrentes sostienen la falta de competencia municipal habida cuenta de que en la materia sobre la que versa la ordenanza existe normativa estatal y autonómica que no delega competencias a los Ayuntamientos sobre la aplicación de aquellos productos. En la citada sentencia, el Tribunal Supremo resuelve la controversia sobre la base de interpretar el principio de legalidad como principio de vinculación negativa. Reproducimos a continuación la parte más relevante de su argumentación:

«El motivo de casación trasluce (...) una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la corporación local sólo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. Sin embargo, hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de tratado fue incorporada a nuestro ordenamiento, cual es la Carta Europea

de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir» (fundamento jurídico 3.º).

Podemos considerar esta sentencia como el punto de llegada de la apuntada evolución jurisprudencial favorable al principio de vinculación negativa en el ámbito local. En ella, efectivamente, el Tribunal Supremo afirma expresamente, en relación con la idea tradicional de la vinculación positiva, que «no es esa concepción la que mejor se acomoda» a una interpretación de las normas reguladoras de los entes locales «que atienda, como es obligado», a la Carta Europea de la Autonomía Local. Con base en este texto normativo, se sostiene en la sentencia que «se abre paso la idea de una vinculación negativa». Que, además, define: «permite a aquéllas [las entidades locales] sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir».

El propio Tribunal Supremo, en esta misma sentencia que estamos examinando, liga la tesis que defiende como «la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo» que ya han tenido en cuenta la Carta Europea de la Autonomía Local. Con ello se quiere buscar una continuidad: no estamos ante un pronunciamiento rupturista, sino ante lo que parece ser un paso más en un camino iniciado hace ya tiempo. En concreto, el propio Tribunal, en esta misma sentencia, destaca sus otras sentencias de 21 de mayo de 1997 (RJ 1997\5941, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) y de 30 de enero de 2008 (RJ 2008\1934, Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García).

Añadimos nosotros, además, que no se trata de un pronunciamiento aislado o extravagante. En efecto, el mismo Tribunal Supremo, en muy poco tiempo, ha dictado hasta cinco sentencias más en las que reproduce literalmente el fragmento arriba transcrito: se trata de sus sentencias de 14 de octubre de 2009 (JUR 2009\458823, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí, fundamento jurídico 4.º), de 15 de octubre de 2009 (JUR 2009\467603, Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, fundamento jurídico 4.º) y otras tres de fecha 17 de noviembre de 2009 (JUR 2009\495960, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, fundamento jurídico 3.º; JUR 2009\495963, Ponente: Exma. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo, fundamento jurídico 3.º, y JUR 2009\495961, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, fundamento jurídico 3.º). Queda claro, pues, a nuestro juicio, que es voluntad consciente del Tribunal decantarse abierta y tajantemente por el principio de vinculación negativa en el ámbito local (AG).

VI. A VUELTAS CON LA PLANTA LOCAL: LOS INTENTOS DE CREACIÓN DE NUEVOS MUNICIPIOS

La crisis económica que estamos padeciendo ha alimentado la polémica acerca de la racionalidad de nuestro modelo de organización territorial y, en especial, de la planta local. No es algo exclusivo de nuestro país. Así, por ejemplo, en la vecina Italia, bajo la expresiva —y equívoca— expresión de «el coste de la política», desde hace un tiempo vienen replanteándose, entre otras cuestiones, la subsistencia de las provincias y la adopción de medidas correctoras ante la atomización del mapa municipal. Dejando de lado alguna reciente y, por el momento, aislada opinión política que ha puesto en cuestión la permanencia de nuestras diputaciones provinciales, lo cierto es que compartimos con los italianos un panorama municipal caracterizado por una excesiva fragmentación. Aunque puedan observarse notables diferencias según la Comunidad Autónoma que tomemos de referencia, la regla viene constituida por un auténtico minifundismo municipal: muchos y pequeños, están dotados de una capacidad de gestión manifiestamente insuficiente para un correcto ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, particularmente para la adecuada prestación de los servicios públicos a ellos confiados.

La fragmentación municipal no disminuye: ejemplo de esta realidad es el fracaso entre nosotros de las medidas de fomento de la fusión voluntaria de municipios. Antes al contrario, tiende a incrementarse: subsisten los intentos de crear nuevos municipios, por la vía de la segregación de parte del territorio de uno para constituir otro más. Intentos que suelen tener como protagonista a una entidad local menor. En efecto, no es infrecuente que una de estas entidades (las denominadas entidades de ámbito territorial inferior al municipio, según la legislación básica estatal de régimen local) pretenda segregarse del municipio del que forma parte para constituir uno de nueva creación. Consciente de esta situación, el legislador local ha establecido duros requisitos para que esta alteración territorial pueda tener lugar.

Pues bien, de uno de estos casos se ocupa la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010\227, Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García). Aparece como demandante la Entidad Local Menor de Montuenga, que vio frustrada su intención de segregarse del municipio de Codorniz (Segovia) para constituirse en un nuevo municipio. Esta denegación fue acordada por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, mediante el Decreto 195/2000, de 7 de septiembre, y confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, el 31 de marzo de 2006. En breve, la denegación se fundamenta en que la entidad local menor no cuenta con recursos económicos suficientes para garantizar su viabilidad y en que la segregación pretendida es contraria al interés autonómico.

El debate jurídico ante el Tribunal Supremo se centra en la queja formulada por la entidad recurrente de que se ha vulnerado su derecho de de-

fensa, por la falta de práctica o, en su caso, práctica defectuosa de diversos medios de prueba por ella propuestos y que habían sido declarados pertinentes por la Sala de instancia. La finalidad perseguida con esas pruebas era, precisamente, demostrar lo infundado de las razones en las que se basó la denegación autonómica. Después de examinar cada una de las pruebas alegadas, el Tribunal Supremo concluye que no se ha generado indefensión a la parte recurrente y, por lo tanto, desestima el recurso de casación.

A la luz de lo expuesto, podemos resumir el supuesto en los siguientes términos: la Entidad Local Menor de Montuenga no cumple los requisitos legalmente exigidos y, como consecuencia de ello, se deniega su conversión en municipio independiente. No se ha añadido una nueva pieza al *puzzle* municipal.

Pero el incumplimiento de los requisitos legales no es un obstáculo insalvable para la creación de nuevos municipios. Porque tal cosa puede conseguirse dispensando del requisito legal justamente mediante una ley aprobada para el caso concreto. Así ha sucedido recientemente en Cataluña, con la Ley del Parlamento catalán 8/2010, de 22 de abril, de creación del municipio de La Canonja. Con esta Ley, el legislador catalán da satisfacción a una reivindicación ya histórica. Como bien explica la exposición de motivos de la Ley citada, La Canonja fue un municipio independiente hasta que, en pleno régimen franquista, tras culminar, allá por los años sesenta del pasado siglo, un progresivo proceso de industrialización, que convirtió este territorio en una suerte de polígono sur de Tarragona, desapareció formalmente al ser agregado al municipio de Tarragona. Este acuerdo de incorporación, vehiculado a través del Decreto 2732/1964, de 27 de julio, del por entonces Ministerio de Gobernación, fue adoptado no solamente sin consultar a la población afectada, sino, además, contando con el rechazo de gran parte de los habitantes de La Canonja.

Hace ya once años, se creó en La Canonja una plataforma ciudadana con el objetivo de impulsar la creación de su municipio. Impulso recogido y protagonizado, a partir de ese momento, por la Entidad Municipal Descentralizada de La Canonja. Esta Entidad, mediante acuerdo de 27 de mayo de 2004, solicitó al municipio de Tarragona que iniciara los trámites oportunos para que ese término se constituyera en municipio independiente. Algún tiempo después, el 16 de abril de 2007, una vez consolidado el respaldo del municipio de Tarragona, los órganos plenarios de ambas entidades locales, de Tarragona y de La Canonja, acordaron formalmente la tramitación a la Generalitat de Cataluña del expediente de segregación. Esta solicitud, sin embargo, fue desestimada por el Decreto 1/2009, de 7 de enero, en atención a que no se cumplía uno de los requisitos establecidos por la legislación catalana vigente, a saber: que los núcleos de población se encuentren entre sí a una distancia no inferior a tres kilómetros. Este motivo es el que ha obligado a que la creación del municipio se haya hecho finalmente mediante la aprobación de una ley singular. Ley que, por tanto, exceptúa para este caso concreto el régimen legal general.

La solución arbitrada, por lo tanto, no ha sido la modificación de la ley municipal general, sino la aprobación de una ley singular. Esta última ley

establece una excepción a la regla diseñada en la ley general. Excepción que rebaja el nivel de exigencia fijado para la creación de nuevos municipios y que ya se utilizó hace algunos años para la creación del municipio de Badía del Vallés. Hecho éste que hace renacer la cuestión, propia de las fuentes del Derecho, de la relación existente entre la ley general local y el resto de leyes autonómicas, no sólo las sectoriales, sino también, como se observa en este caso, las posteriores singulares o especiales. Cuestión que deberá ser contemplada en un futuro, en función de lo establecido en cada Estatuto de Autonomía, teniendo en cuenta el posible carácter reforzado de la ley general local o ley de organización territorial autonómica.

La Ley creadora del municipio de La Canonja es consciente del riesgo de, por así decir, «efecto llamada» que ella misma puede provocar. En otras palabras, que pueda alentar las aspiraciones de otros territorios a convertirse también en municipios independientes. Por ello se esfuerza, en su exposición de motivos, para justificar el carácter absolutamente excepcional del caso contemplado. La «singularidad de La Canonja» —utilizando los términos de la mencionada exposición— se basa en las cuatro razones que allí se recogen: la existencia histórica de La Canonja como municipio independiente, la voluntad expresada reiteradamente por los habitantes de este territorio, el acuerdo favorable adoptado por sus órganos representativos y el carácter forzoso de la anexión impuesta en 1964. De manera expresa, se afirma que el «restablecimiento» de este municipio toma como base normativa la regulación del Estatuto de Autonomía de Cataluña «en relación con el principio de diferenciación, como instrumento que configura la potestad legislativa». Encontramos aquí, por confesión del propio legislador ordinario, una aplicación del principio de diferenciación estatutario en la legislación autonómica local (AG).

VII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS ACTOS FIRMES DICTADOS EN APLICACIÓN DE LA LEY DECLARADA INCONSTITUCIONAL

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009, recurso 2574/2003, establece una doctrina de interés sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley sobre actos firmes y pone límite a la exigencia de responsabilidad administrativa derivada de la declaración de inconstitucionalidad de un texto legal.

Como es sabido, el Tribunal Supremo en diversas sentencias (SSTS de 22 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, entre otras) reconoció la responsabilidad del Estado legislador como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Así, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38.2 de la Ley 5/1990, que creaba un gravamen complementario sobre la tasa del juego (STC de 31 de octubre de 1996), el Tribunal reconoció la responsabilidad del Estado incluso en los supuestos de exacciones ya firmes y que en ningún momento fueron recurridas por los sujetos que luego fueron indemnizados.

La sentencia que comentamos parte de un supuesto diverso. En este caso, la sentencia del Tribunal Constitucional 289/1990, de 30 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad de la Ley balear 12/1991, que creó el impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente, y estableció en su FJ 7.º que «por exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y siguiendo los precedentes sentados en supuestos que presentan rasgos similares al caso aquí expuesto (por todas, STC 45/1989, FJ 11), únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído una resolución administrativa o judicial firme».

Dado el carácter prospectivo de la sentencia, el Tribunal sostiene que no puede alegarse la nulidad de la liquidación ni siquiera en el momento del apremio. En este sentido se afirma que: «En esta situación, y aunque choque con la jurisprudencia de la Sala, que admite alegar en el apremio la nulidad de pleno derecho del acto, la tesis de la parte recurrente ha de decaer, pues entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional, máxime cuando los términos que utiliza son lo suficientemente expresivos al incluir dentro de las situaciones susceptibles de revisión, sólo aquellas que “no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas”, sin que, por tanto, la circunstancia de que la cantidad haya sido o no ingresada sea relevante».

En cuanto a la posible reclamación de responsabilidad, el Tribunal la rechaza de forma tajante. La responsabilidad derivada de la nulidad de actos legislativos sólo será posible con carácter general en aquellos supuestos en los que el Tribunal Constitucional no haya determinado el alcance de la declaración de inconstitucionalidad. Por ello, si el Tribunal Constitucional hace una declaración limitando los efectos del fallo debe estarse a lo dispuesto por el citado Tribunal, sin que pueda sostenerse que se mantiene la firmeza del acto previo a la sentencia constitucional pero se reconoce el derecho a la indemnización por los perjuicios derivados de su aplicación (JT).