

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID ANULA EL RÉGIMEN DE GESTIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS MUNICIPALES MEDIANTE ENTIDADES COLABORADORAS

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

La Sentencia de 17 de febrero de 2011 de la sección 2ª de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), ha resuelto anular 57 artículos de la Ordenanza por la que se establece el Régimen de Gestión y Control de Licencias Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid. Esta Ordenanza introdujo un nuevo sistema parcialmente privatizado de gestión de las licencias por la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades con la finalidad de agilizar su gestión (y de evitar las prácticas corruptas puestas de manifiesto en el conocido como "caso Guateque").

La Sentencia no entra en la discusión –que centró los argumentos jurídicos de los recurrentes y del Ayuntamiento– sobre si el Ayuntamiento está vinculado positiva o negativamente a la Ley. Se trata ésta, sin embargo, de una cuestión que no puede obviarse en la resolución de cuestiones que afectan, como ésta, al ejercicio de potestades (la normativa, en el caso de autos) por las Corporaciones locales; sin duda uno de los temas "más complejos y polémicos" (J. Santamaría) del ya complejo sistema de distribución competencial entre las Administraciones territoriales.

La doctrina del TS se decanta actualmente por la concepción de la vinculación negativa, que permite a las entidades locales "sin una previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si la hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir" (STS de 7 de octubre de 2010, recurso de casación n.º 204/2008, y, en el mismo sentido, SSTS de 30 de enero de 2008, recurso de casación n.º 1346/2004, y de 21 de mayo de 1997, recurso de apelación n.º 5996/1992). De acuerdo con esta concepción, las Corporaciones locales, en aquellas materias en las

que necesariamente ejercen competencias, pueden ejercerlas por medio de ordenanzas en los aspectos en los que las normas autonómicas o estatales no las hayan utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente.

Una de estas competencias cuyo ejercicio reconoce expresamente a los Ayuntamientos la LBRL es la de urbanismo, por lo que no cabe decir, como hace la Sentencia objeto de comentario, que "sus competencias no son de legislación, potestad de la cual carecen, sino de mero gestor". Los Ayuntamientos sí tienen, de acuerdo con la doctrina del TS expuesta, una competencia normativa ("de legislación", en el sentido lato del término), más allá de la de mera gestión, en aquellas materias sobre las que ostentan competencias y con los límites reseñados.

En realidad, los argumentos de la STSJM se basan en que el ejercicio de esta competencia normativa por el Ayuntamiento en la Ordenanza recurrida o bien carece de cobertura legal suficiente para regular determinados aspectos o bien contradice el marco constitucional y legal de su actuación, tal como pasamos a exponer.

- Los preceptos de la Ordenanza que regulan el nuevo sistema de participación de entidades colaboradoras privadas en la gestión de licencias de urbanismo establecen una prestación patrimonial de carácter público sin la necesaria cobertura legal, vulnerando la reserva de Ley del art. 31.3º de la Constitución.

Tras repasar la doctrina del TC sobre el alcance de la prestación patrimonial de carácter público que constituye el objeto de la reserva de ley tributaria (en especial, S. 185/1995), la STSJM concluye

que la Ordenanza introduce una prestación patrimonial obligatoria sometida a esta reserva de ley. Ello es así porque la Ordenanza impone al particular que desee obtener una licencia urbanística el deber de contratar con una Entidad Colaboradora a la que deberá pagar un precio por la emisión de un "certificado de conformidad", y posteriormente, cada siete años, un precio por la emisión de un "Informe de control periódico". Estamos, por ello, ante una exacción obligatoria para "usar de un bien que es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares" y que incide, además, en una actividad –el otorgamiento de licencias urbanísticas– que corresponde en exclusiva al Ayuntamiento, por lo que se cumplen dos de las notas que, según la doctrina del TC, caracterizan a una prestación patrimonial de carácter público coactivamente impuesta sometida a la reserva de ley del art. 31.3º CE.

Interesa señalar que, de forma reciente, otra Sentencia del TSJM anuló parcialmente el art. 10 de la Ordenanza de limpieza de espacios públicos y de gestión de los residuos del Ayuntamiento de Madrid por el mismo motivo: imponer determinadas obligaciones "de colaboración" de los ciudadanos en la limpieza viaria que, según lo establecido en el art. 31.3º CE, sólo pueden establecerse por Ley.

La Sentencia no cuestiona el sistema de colaboración privada en el ejercicio de funciones administrativas de verificación, inspección y control, y cita diversos ejemplos, pero señala que todas las normas citadas "tienen el rango de Ley exigido por el artículo 31.3º de la Constitución" a diferencia de la Ordenanza recurrida. La Sentencia abre, además, la posibilidad de que un sistema de este tipo se regule por una Ordenanza de Madrid, dado que, actualmente, la Ley 8/2009 de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña contempla la "colaboración de entidades privadas en el ejercicio de las funciones administrativas de verificación, inspección y control en el ámbito urbanístico". Ocurre, sin em-

bargo, que esta norma, al haber sido aprobada con posterioridad a la Ordenanza, "no da cobertura legal a la misma, aunque abre la posibilidad de que en el futuro y una vez que se desarrolle dicha norma reglamentaria el sistema dibujado por la Ordenanza impugnado tenga cabida en el Ordenamiento jurídico", y aun así hace notar "que no obstante la competencia para la homologación y el registro de estas entidades corresponderá a la Comunidad de Madrid, y no al Ayuntamiento".

- El artículo 34 de la Ordenanza se considera que vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la Constitución, en cuanto obliga al titular de la actividad, sin distinguir zonas o áreas dentro de sus locales, a permitir el acceso a personas particulares ("Técnicos de la Entidad Colaboradora"), así como a funcionarios públicos, y a facilitarles información y documentación necesaria.

La Sentencia recuerda el concepto de domicilio a efectos del art. 18.2 elaborado por la doctrina de TC y su alcance en relación con las personas jurídicas, y considera que el citado precepto de la Ordenanza vulnera este derecho. De la dicción de la Sentencia se deduce que tal infracción no es sólo por la falta de rango de Ley para incidir en el derecho fundamental, sino también por su propio contenido, al obligar al titular de una actividad "a autorizar a otro particular el acceso" a su domicilio, y al no precisar qué tipo de documentación e información pueden estar reservados al conocimiento de los demás.

- Por último, la Sentencia declara que la regulación contenida en la Ordenanza sobre las vías de recurso de los particulares en el caso de no obtener el certificado de conformidad, resultan contrarios: (i) al sistema de distribución constitucional de competencias, que reconoce al Estado la competencia exclusiva para determinar el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, en cuanto se atribuye a una Entidad Privada la facultad de establecer un pro-

cedimiento de reclamación contra la denegación del certificado; (ii) al artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto causan indefensión por imponer excesivos trámites (dos reclamaciones previas – una ante la Entidad Colaboradora y, en caso de ser desestimada, una posterior ante el Ayuntamiento- y un ulterior recurso judicial que, en su caso, sólo daría derecho a iniciar el procedimiento de solicitud de licencia ante el Ayuntamiento), que “pueden dilatar en el tiempo notablemente la concesión de la licencia”.

El Ayuntamiento ha anunciado que recurrirá en casación la Sentencia pero, con independencia del resultado del recurso, el sistema de intervención de entidades colaboradoras privadas en la gestión de licencias municipales no queda en entredicho, sin perjuicio de que su actual regulación por la Ordenanza de Madrid haya sido anulada por el TSJM por considerar que adolece de falta de cobertura legal para regular determinados aspectos del sistema y que infringe varios preceptos constitucionales.