



Ordenanzas locales, reserva de ley y reservas democráticas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2003

1. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2003.
2. Una lectura crítica de la sentencia, a la luz del papel de las ordenanzas en el sistema de fuentes.
- 2.1. La reserva de ley y la interpretación excesiva del contenido esencial. 2.2. Los matices de la reserva de ley y su especial proyección sobre la esfera local. 2.3. El carácter democrático de las ordenanzas y su incidencia en el control abstracto de disposiciones.
3. Conclusiones.

Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero
*Departamento de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid*

Leonor Moral Soriano
*Departamento de Derecho Administrativo
de la Universidad de Granada*

El 28 de mayo de 2003, la Sala Segunda del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Segunda), dictó una sentencia en virtud de la cual la Ordenanza sobre conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones del Ayuntamiento de Madrid¹ era declarada nula de pleno derecho por contrariar la reserva de ley, garantizada por los artículos 33, 53.1 y 103.1 de la Constitución. La sentencia se adentra en una de las cuestiones más espinosas que plantea actualmente el Derecho local español: su sistema de fuentes reglamentarias y la incardinación de éste con el resto del ordenamiento jurídico. En el caso de autos se impugnaba una ordenanza urbanística por carecer de la debida habilitación legal, en tanto afectaba al derecho de propiedad y el legislador autonómico aún no se había pronunciado al respecto. Con un espíritu formalista y sin atención alguna hacia las peculiaridades del sistema local, la sentencia declara la invalidez de los artículos 25 a 32 de la ordenanza, aunque con un destacado voto particular del presidente de la sección, en sentido contrario al postulado por la mayoría.

En este breve comentario analizaremos los aspectos más problemáticos de la sentencia, y los confrontaremos con las objeciones democráticas que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional oponen a las interpretaciones rigoristas como la que muestra el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En nuestra opinión, el sistema de fuentes local debe ser interpretado a la luz del artículo 140 de la CE y de la impronta participativa que inunda la actuación local, dotando a sus máximos actos generales, en este caso las ordenanzas, de una relación especial con las normas con rango de ley. Esta "relación especial" tiene como consecuencia una flexibilización de la reserva de ley, en reconocimiento del factor democrático que destilan las ordenanzas locales. Aunque una flexibilización nunca debería forzar los términos literales de la Constitución, sí permite evitar lecturas formalistas de las reservas legales. En este caso, la flexibilidad nos exige diferenciar la reserva de ley que se dirige a los municipios, y la reserva de ley que vincula a las administraciones del Estado y las autonómicas, en las que el elemento democrático se diluye y sólo queda, en toda su crudeza, la actuación del *gubernaculum*.

1. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2003

La sentencia que pasamos a comentar resuelve un recurso directo contra la validez de la ordenanza antes

citada, concretamente sus artículos 25 a 32, en los que se regulaba la inspección técnica de edificios, el personal encargado de su realización, los plazos a los que quedaba sometida cada edificación y el consiguiente sistema de multas coercitivas en caso de incumplimiento de las normas hasta aquí resumidas. En dos palabras, el Ayuntamiento de Madrid incorporó en el año 1999 un modelo "privado" de inspección de edificaciones, en el que serían los propietarios de los inmuebles los encargados de presentar ante las autoridades municipales la acreditación de una inspección, la cual estaría a cargo de una empresa autorizada al efecto, y se acreditaría en una serie de plazos. El sistema sancionador creado por la ordenanza, en caso de incumplimiento de estos plazos, se aleja del sistema sancionador general y se manifiesta a través de "multas coactivas", computadas por días en función del tiempo transcurrido desde el incumplimiento del último plazo para proceder a la inspección.

El marco legal que acompañaba a la ordenanza no daba viso alguno de habilitación expresa, sino que se limitaba a un conjunto de previsiones generales, en virtud de las cuales los entes locales gozaban de competencia para intervenir en la esfera jurídica de los particulares, siempre que dicha intervención no incidiera en el contenido esencial de un derecho fundamental. Lo interesante del caso radica en el cambio de 180 grados adoptado por el Ayuntamiento de Madrid, puesto que invierte el sistema tradicional de inspecciones urbanísticas, encomendado a los funcionarios municipales, a favor de una liberalización y la asunción de responsabilidades activas por parte de los propietarios. Lo que se discute, por tanto, es la viabilidad de un sistema de inspecciones distinto al ya existente, pero no la existencia de inspecciones urbanísticas a cargo de los municipios. Es a la luz de este marco legal, en el que el ayuntamiento demandado ya gozaba de experiencia normativa, donde debe situarse la disputa.

La argumentación de la sentencia discurre en torno a dos premisas: la reserva de ley a la que se somete la ordenanza (artículos 53.1 y 103.1 de la CE) y la lesión del contenido esencial del derecho fundamental de propiedad (artículo 33.1 de la CE). El ordenamiento constitucional español establece una necesaria mediación de la ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, y establece, en concepto de límite a cualquier intervención pública, que ninguna actuación incidirá en el contenido esencial de tales derechos. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, la reserva de ley no es una fijación automatizada de los derechos fundamentales a la ley, sino un llamamiento a ésta para establecer los rasgos configuradores del

1. Ordenanza de 28 de enero de 1999 (BOCM de 23 de febrero de 1999).

derecho y las condiciones de su ejercicio, con la consiguiente posibilidad de una participación del reglamento en tales ámbitos. Aunque la ley siempre es un punto de partida ineludible, cada derecho, según su fisonomía jurídica, permitirá una colaboración reglamentaria con una mayor o menor intensidad, y en función del contexto jurídico del caso.²

La sentencia parece hacer suyo este punto de partida, pero en breve comienza una confusa apreciación de la doctrina recién citada, hasta el punto de invertirla y deducir una interpretación mucho más rigurosa que la realizada por el Tribunal Constitucional hasta el día de hoy. Además, a lo largo de su argumentación tiende a confundir dos planos, que realmente deberían reducirse a uno: la reserva de ley. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decide hacer uso de la doctrina del contenido esencial y aglutinar ambas instituciones en una, como si fueran la misma cara de la moneda. Nadie mejor que el propio Tribunal Superior de Justicia para manifestar este *totum revolutum* conceptual:

“Para analizar si la ordenanza [...] es o no acorde con la Constitución española, en la redacción de sus artículos 25 a 32 hemos de analizar, en primer lugar, si establecen unas obligaciones que afectan al ‘contenido esencial’ del derecho de propiedad, como sostiene el recurrente, o por el contrario, se trata del ejercicio de las potestades administrativas establecidas en el artículo 22 del RSCL, con respaldo legal en el artículo 181 del TRLS, por no afectar a dicho contenido esencial.”

Con este pronunciamiento, con el que arranca el fundamento jurídico 2.º de la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia pasa a enjuiciar las disposiciones impugnadas por el recurrente. Será esta doctrina la empleada como matriz para determinar la constitucionalidad de la normativa local, y a partir de este momento, artículo por artículo, la sentencia aplica su contenido de manera taxativa. Si analizamos en qué consiste esta “matriz dogmática”, observaremos que implica una tergiversación de la reserva de ley prevista en el artículo 53.1 de la CE, e incluso una extralimitación de la misma con unas consecuencias de potencial desmesurado. Esquematisando de forma deductiva la argumentación del Tribunal Superior de Justicia, la sentencia viene a decir lo siguiente: si la normativa local afecta al contenido esencial del derecho de propiedad, entonces la normativa no encuentra respaldo legal en el artículo 181 del TRLS; si la normativa local no encuentra respaldo legal en el artículo 181 del TRLS, entonces la normativa local lesio-

na la reserva de ley garantizada en el artículo 53.1 de la CE.

Si resumimos la cadena deductiva, nos situamos ante un enunciado del siguiente tenor: si la normativa local afecta al contenido esencial del derecho de propiedad, entonces la normativa local lesiona la reserva de ley garantizada en el artículo 53.1 de la CE.

Esta formulación deductiva nos lleva a una vinculación entre el contenido esencial y la reserva de ley que difícilmente encaja en artículo 53.1 de la CE. Ello supone dar la vuelta a la construcción sobre la que se asientan ambas instituciones jurídicas, pero el Tribunal Superior de Justicia está bien seguro de esta línea y no duda en aplicarla a rajatabla, comenzando por una descripción del derecho de propiedad, sus sucesivas modulaciones debido al cambio social, y finalmente aplicando la “matriz” antes comentada al articulado impugnado. Sin embargo, el razonamiento, como puede deducirse de una breve lectura del artículo 53.1 de la CE, debería haber sido en el sentido inverso, situando en primer lugar el análisis de la reserva de ley, para pasar posteriormente a enjuiciar si el contenido esencial, dentro del ejercicio de las potestades normativas locales, ha sido lesionado. En caso contrario el Tribunal Superior de Justicia estaría permitiendo unas conclusiones que suponemos ajenas a la intención de aquél, pues entonces la reserva de ley del artículo 53.1 de la CE sólo afectaría a regulaciones que inciden en el contenido esencial. Lo cual nos lleva a una *reductio ad absurdum*, en tanto las regulaciones que lesionan el contenido esencial de derechos fundamentales son, a su vez, inconstitucionales, y así se imposibilitaría la activación de la reserva de ley. Según la sentencia, para lesionar la reserva de ley del artículo 53.1 de la CE es necesario lesionar el contenido esencial de un derecho fundamental, pero como lo segundo ya está prescrito por la Constitución, nunca llegaríamos al análisis de la reserva de ley.

La sentencia parece debilitarse haciendo uso de la lógica deóntica, que es la aplicable en el mundo del Derecho. Pero esto no parece influir en la decisión final de Tribunal Superior de Justicia, y con este trasfondo entra a enjuiciar los artículos impugnados. Comienza con el artículo 25, norma inicial del régimen de inspecciones urbanísticas, donde se establece el deber general de todo propietario de someter el inmueble a una inspección. Esta norma, que sienta el acta de defunción del antiguo sistema de inspección funcional, lesiona el contenido esencial del derecho a la propiedad por dos motivos: en primer lugar, por el abono de los honorarios que deberán percibir los inspectores “privados”,

2. Entre muchas otras, cf. las STC 83/1984 y 37/1987. Sobre esta doctrina a la luz de la más reciente jurisprudencia constitucional, cf. BELADIEZ

ROJO, M., “La vinculación de la Administración al Derecho”, RAP núm. 153, 2000.

constitutivos de “una merma o restricción de carácter económico del derecho de propiedad”;³ y en segundo lugar, los plazos a los que se sujetan los inmuebles a efectos de la inspección, que generan una diferencia de trato a favor de los titulares de inmuebles situados en otros municipios.⁴

Los artículos 29, 30 y 31 son igualmente invalidados por el Tribunal Superior de Justicia, en la medida en que establecen el procedimiento para la realización de las inspecciones. Puesto que el artículo 25 condiciona la legalidad de todos los demás, y el destino del primero es la invalidez, esta misma calificación merecerán las normas que lo desarrollan.

Finalmente, la sentencia se centra en el sistema de multas coercitivas impuesto por la ordenanza, y es aquí donde la resolución cambia de lleno su argumentación, pasando ahora a analizar la reserva de ley exigida por el artículo 25 de la CE en materia sancionadora. Según el Tribunal Superior de Justicia, el artículo 32 de la ordenanza establece un sistema de carácter sancionador, pues el régimen represivo viene a responder a las infracciones de las normas hasta ahora enjuiciadas. En tanto existe una remisión a una *lex certa* (los artículos 25 a 31 de la ordenanza), con su respectivo consecuente en forma de sanción (la multa coercitiva), estamos ante un régimen sancionador sin cobertura legal. Al enjuiciar este precepto, el Tribunal Superior de Justicia elude toda mención al contenido esencial de los derechos fundamentales, y cierra la cuestión con una declaración de inconstitucionalidad en contra de la ordenanza, por lesión del artículo 25 de la CE.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia no fue resuelta con la unanimidad de la sección, como muestra el voto particular formulado por Javier E. López Candela, a la sazón presidente de la sección. La discrepancia es sustantiva y afecta al fondo del asunto, con un resultado opuesto al alcanzado por la mayoría, excepto en lo atinente a las multas coercitivas. En este aspecto concreto, la sección al completo estimó que la ordenanza lesiona-

ba la reserva de ley exigida por el artículo 25 de la CE. En lo referente al resto, es decir, a la extraña interpretación del artículo 53.1, el magistrado discrepante tampoco comparte la argumentación de la mayoría.

Según el voto particular, el contenido esencial guía la interpretación del artículo 53.1 de la CE, pero no la condiciona.⁵ Más bien al contrario, si hubiera que extender la reserva de ley a todo tipo de ordenación, por muy formal que ésta fuera, congelaría la vertiente normativa de la autonomía local. Este efecto paralizador sólo se produciría si se interpreta el artículo 53.1 de la CE más allá del contenido esencial, entendiéndose que la regulación de un derecho fundamental puede exigir la participación indispensable de un reglamento. En opinión del magistrado discrepante, la vertiente positiva de la autonomía local incluye la posibilidad de dictar normas y de ordenar relaciones sociales. Una interpretación contraria supondría una lectura excesiva del artículo 53.1 de la CE y una lesión del artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local. Por consiguiente, privando de toda voz al reglamento, incluso cuando su contenido no afecta al contenido esencial de un derecho fundamental, puede interferirse otra cláusula constitucional: el artículo 140 de la CE y la garantía institucional de la autonomía local.

2. Una lectura crítica de la sentencia, a la luz del papel de las ordenanzas en el sistema de fuentes

Tras un estudio del contenido de la sentencia, pasaremos a continuación a destacar los aspectos más problemáticos que presenta de cara a su encaje en el ordenamiento (II), para así dar paso a un análisis breve y conciso sobre la especial situación de la ordenanza en el sistema de fuentes español (III). En nuestra opinión, el aspecto más criticable de la sentencia, además de su construcción lógica, es la sorprendente desaparición de toda mención al lugar que corresponde a la ordenanza en la articulación de la reserva de ley. Probablemente

3. Un pronunciamiento que resulta algo sorprendente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de fiscalidad local, que luego veremos con más detalle, según la cual es necesario flexibilizar las condiciones de aplicación de la reserva de ley exigida por el artículo 31.3 de la CE. Esta línea, definitivamente confirmada a partir de la STC 233/1999, relativa a la Ley de haciendas locales, exige cuando menos una visión algo más sensible a las peculiaridades de la normación local, que la Sentencia aquí comentada no estima pertinente.

4. Aquí la sentencia introduce un análisis de igualdad para determinar si existe una lesión del derecho de propiedad, lo cual puede resultar algo criticable desde un punto de vista dogmático. Si los poderes públicos establecen diferenciaciones irrazonables entre situaciones jurídicas iguales, estaremos ante una lesión del artículo 14 de la CE y no de los artículos 33 y 53.1 de la CE, a menos que este elemento sólo sirva como un argumento *ad abundantiam*. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia parece inclinarse por un uso más bien sustantivo del principio de igualdad, pues acto seguido pasa a analizar la conformidad del régimen especial que reciben las personas jurídico-públicas, representaciones diplomáticas y organismos internacionales. En este aspecto, el Tribunal Superior de Justicia estima que se dota a “[...] las

entidades de derecho público de un privilegio, a modo de presunción de inocencia respecto del mantenimiento y conservación de aquéllas, que nos se otorga a los restantes ciudadanos pese a la dicción literal del referido artículo 14 de la CE [...]”.

5. Sin embargo, no está del todo claro si el magistrado está de acuerdo o no con la doctrina sobre el contenido esencial antes citada, pues en su FJ 3.^º afirma lo siguiente: “Mas examinándose en el presente caso si el cumplimiento de ese mencionado deber formal impuesto por la ordenanza satisface las exigencias del principio de legalidad previsto en el artículo 9.3 de la CE hemos de entender que sí, partiendo de la base de que una regulación reglamentaria del derecho de propiedad que no incida en el contenido esencial del mismo es acorde el principio de reserva de ley, en tanto en cuanto el citado contenido esencial siga siendo reconocible.” Más adelante, no obstante, el voto particular parece matizar estas palabras y afirma que no toda intervención reglamentaria, incluso la que producida sin interferir en el contenido esencial, tiene que lesionar la reserva de ley (FJ 5.^º), lo cual salva las consecuencias ilógicas que antes destacábamos, en las que sí se adentra la sentencia.

fruto de un prejuicio hacia todo lo reglamentario, la sentencia comete el error de considerar este tipo de actos locales como una mera normación del ejecutivo, sin atender a la naturaleza corporativa de los municipios, su lugar en la Constitución y los contenidos de la autonomía local. Por todo ello, propondremos una lectura del artículo 53.1 que permita compaginar la postura de la sentencia (más preocupada por tutelar el contenido esencial del derecho fundamental) y el carácter democrático (con el consiguiente plus de legitimidad) de las ordenanzas locales.

2.1. La reserva de ley y la interpretación excesiva del contenido esencial

En el epígrafe anterior destacábamos que la argumentación del Tribunal Superior de Justicia comete un error en su construcción, al anteponer la protección del contenido esencial del derecho de propiedad frente a la institución de la reserva de ley. Según la sentencia, antes de analizar si un acto reglamentario se encuentra *ultra vires*, por infracción del artículo 53.1 de la CE, es necesario determinar si ha lesionado el contenido esencial de un derecho fundamental. Así, el derecho predetermina el cumplimiento de la reserva de ley.

Esta interpretación nos llevaría a una afirmación como la siguiente: si la infracción del contenido esencial es lo que nos permite deducir si se respeta o no la reserva de ley, entonces todo lo que no afecte al núcleo de los derechos fundamentales respeta la reserva de ley. Esta lectura *a contrario* nos llevaría a un absurdo, que no es otro que el respeto de la reserva de ley de todo acto reglamentario que no incida con el contenido esencial de los derechos fundamentales. Con una interpretación tan expansiva de la reserva de ley, el artículo 53.1 y la garantía democrática que representa desaparecen, pues todo reglamento podría interferir en la esfera de los ciudadanos sin habilitación legal alguna, siempre y cuando no lesione el núcleo de un derecho fundamental. Esta afirmación, que el Tribunal Superior de Justicia parece hacer suya no sólo al enunciarla en el FJ 2.º de la sentencia, sino incluso al aplicarla en el enjuiciamiento de los artículos 25 a 31 de la ordenanza de ITE, plantea los siguientes problemas.

La reserva de ley es una institución jurídico-pública que garantiza el factor democrático. Sólo a través de una ley podrá el poder público incidir en la esfera jurídica del particular de forma lesiva, pues aquélla es manifes-

tación de la voluntad de éste, y sólo lo consentido por los ciudadanos es legítimo, especialmente cuando la regulación tiene consecuencias lesivas. Existe un debate en relación con la exacta relación entre la ley y la participación que merece el reglamento cuando la primera no existe o es insuficiente, pero hay un punto de acuerdo en todas las posturas: la relación no es mimética y taxativa, sino que debe apreciarse a la luz del contexto jurídico y el contenido de la regulación, con lo que en algunos casos estaremos ante una participación del reglamento más restringida (en la regulación de un derecho fundamental, por ejemplo), y en otros será más flexible (como en las relaciones de sujeción especial o en materia tributaria).⁶

Lo que la Constitución es evidente que no dice, ni puede decirlo, es que sólo en función del contenido esencial de un derecho puede determinarse si un reglamento carece o no de cobertura legal. Esta lectura esclaviza el sistema de habilitaciones en función de la extensión que se decida otorgar al contenido esencial de cada derecho. Así, como en el presente caso, si el derecho de propiedad se protege de una manera cualificada, interpretando que el abono de las ITE afecta a su contenido esencial, se reduce la posible actuación del reglamento. En tanto crece el contenido esencial del derecho fundamental, menos espacio hay para la intervención reglamentaria.

Pero éste no es el único problema que plantea la interpretación de la sentencia, pues lo más grave reside en la desaparición de la reserva de ley si se profundiza en esta línea de argumentación. Si para determinar la existencia de una habilitación legal, conforme al artículo 53.1 de la CE, es necesario primero analizar el cumplimiento o no del contenido esencial de un derecho fundamental, este análisis es ya por sí mismo un juicio de constitucionalidad. Si el estudio del contenido esencial es lo que permite decir si se lesiona o no la reserva de ley, es evidente que se está enjuiciando sólo lo primero. De esta manera la reserva de ley pasa a ser una institución inaplicable, porque todo lo que afecta al contenido esencial infringe la reserva, pero aquello que no afecte la respeta. Como la lesión del derecho ya es un vicio de constitucionalidad propio, al margen de la reserva de ley, una vez que el derecho se vea indemne en su núcleo ya no hay que preocuparse por la habilitación legal. Así, prácticamente todo reglamento sería conforme con la garantía del artículo 53.1 de la CE, lo que la tornaría en una figura redundante en el texto constitu-

6. A este respecto son expresivas las palabras de BARNÉS, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid-Sevilla, 1988, p. 1999, concretamente en el mismo ámbito que aquí nos afecta, el urbanismo: "Resulta elocuente el caso del urbanismo, donde los planes –reglamentos– gozan de un relevante papel, sin menoscabo de la reserva, frente al reducido ámbito que le resta al reglamento de régimen interior que desarrolle los derechos y libertades educativas. En uno y otro supuesto, la definición de lo

que al reglamento le está atribuido depende, no de la determinación de criterios a ellos dirigidos, sino de la naturaleza de cada derecho al que la ley habrá de dar cumplimiento hasta donde sus fuerzas lo permitan a fin de salvar la reserva que sobre ellos recae. [...] Son, en fin, los derechos constitucionalmente reservados a la ley los que fijan el ámbito de influencia, el peso y la medida de la reserva."

cional. Primero, porque la esclaviza en función de la extensión que se otorgue al contenido esencial de cada derecho, hasta hacerla redundante; y segundo, porque, leída *a contrario*, viene a proclamar el “todo vale” en la esfera reglamentaria, privando de función alguna a la institución que proclama la Constitución.

Es evidente que esta no era la intención del constituyente, ni por supuesto el espíritu que late en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De hecho, el magistrado disidente apuntó a este riesgo y a las posibles consecuencias de una interpretación semejante. En opinión de López Candela, la reserva de ley queda condicionada por la extensión del contenido esencial de cada derecho. Como en la sentencia se otorga una dimensión desmesurada al contenido esencial del derecho de propiedad, se cierra así la esfera de actuación del reglamento. Lo que no destaca el voto particular es la otra vertiente crítica de la sentencia: todo lo que no afecte al contenido esencial respeta la reserva legal, ¡como si ésta fuera una habilitación sólo para incidir en el contenido esencial de los derechos!

2.2. Los matices de la reserva de ley y su especial proyección sobre la esfera local

Una vez vista la crítica al uso que hace la sentencia de los conceptos de contenido esencial y reserva de ley, centrémonos algo más en esta última y sus peculiaridades en el plano local, que sin duda son diferentes a las que presenta en su proyección hacia otras administraciones. Como ya hemos adelantado en páginas anteriores, la reserva de ley es una garantía democrática frente a la inmisión del poder público en la órbita particular del ciudadano. Su lógica se manifiesta en toda su crudeza cuando la ley viene a reclamar la colaboración de normas reglamentarias, como los decretos autonómicos o una orden ministerial, manifestaciones normativas puras de la Administración, donde la participación democrática se diluye.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de matizar la aplicación de la reserva de ley en su vertiente más taxativa, para desembocar, a día de hoy, en una reserva de ley condicionada por dos factores: la eficacia administrativa y el cumplimiento de garantías participativas. De esta forma la jurisprudencia constitucional ha consagrado una ligera ruptura con la concepción liberal de la reserva de ley, hasta el punto de tolerar una participación más activa del reglamento en sectores antes vedados al mismo. Los sectores que han conocido un replanteamiento más intenso de sus fundamentos, a

la luz de esta jurisprudencia, han sido el Derecho administrativo sancionador y la actividad tributaria. En el primero se manifiesta claramente la incidencia del primer factor que antes indicábamos, la eficacia administrativa, pues el margen de configuración que el Tribunal Constitucional ha reconocido a las administraciones se basa en la necesidad de que sean éstas las encargadas de concretar (no crear) las actividades que merecen la punición, en atención a las necesidades del sector, su desarrollo, las peculiaridades del mismo en cada momento histórico, etc.⁷ En una transacción entre la garantía formal de la reserva de ley prevista en los artículos 25 y 53.1 de la CE y las necesidades de eficacia administrativa (artículo 103.1 de la CE), el Tribunal Constitucional aseguró un anclaje de las normas reglamentarias, pero dejando un espacio de ordenación a favor del reglamento en el momento de la concreción.⁸ Si tenemos en cuenta que esta tendencia rompe con uno de los mitos sagrados del Derecho público sancionador, no es difícil comprender que la segunda ruptura en la configuración de la reserva de ley se produjera en otro sector igualmente sensible: la potestad tributaria.

En una sentencia reciente, la STC 233/1999, el Tribunal Constitucional ha confirmado una lectura de la reserva de ley en materia tributaria que ya hizo acto de presencia en la sentencia sobre la Ley de tasas y precios públicos.⁹ Desde 1995 el Tribunal Constitucional dejó bien claro que la reserva de ley necesita una “especial flexibilidad”, tanto en el momento de la configuración básica del tributo como en la garantía de las necesidades técnicas del mismo. Se reitera la misma postura manifestada en materia sancionadora, con el factor de la eficiencia administrativa por medio, pero con la STC 233/1999 se da una mayor cobertura a la actuación del reglamento cuando la imposición se manifieste a través de tasas municipales. Según el Tribunal Constitucional, “la imposición y ordenación de las tasas municipales corresponde al Pleno de la corporación, órgano que, en tanto que integrado por todos los concejales (artículo 22.1 de la LBRL) elegidos, en los términos que establece la legislación electoral general, ‘mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto’ (artículo 199.2 de la LBRL), respeta escrupulosamente las exigencias de autoimposición o de autodisposición de la comunidad sobre sí misma que, como hemos venido señalando, se adivinan en el substrato último de la reserva de ley. [...] De lo expuesto cabe concluir que, en virtud de la autonomía de los entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la corporación municipal, es preciso que la ley estatal atribuya

7. Quizá el elemento constitutivo de flexibilidad más polémico sea el que afecte a las relaciones de sujeción especial, consagrado en las STC 74/1985, 2/1987 y 219/1989, entre otras muchas. Sobre esta cuestión, cf. LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales*

de sujeción, Madrid-Córdoba, 1994, p. 311 y ss.

8. Cf. las STC 77/1983, 2/1987, 42/1987, 101/1988, 305/1993 y 6/1994.

9. STC 185/1995.

a los acuerdos dictados por éste (así, los acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza), un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del municipio, entre los cuales se encuentran las tasas".¹⁰

De lo dicho no debemos concluir que el Tribunal Constitucional ha abierto las puertas a la erradicación de la reserva de ley, sino a una participación más matizada del reglamento en sectores determinados, en función del contexto jurídico y la materia objeto de ordenación. No resulta casual que en los casos antes citados, tanto en el ámbito sancionador como en el tributario local, latía de fondo un verdadero conflicto entre normas constitucionales (artículos 25 y 53.1 vs. artículo 103.1 en el primero; artículos 31.3 y 133.1 vs. artículo 140 en el segundo). En el primer ámbito se reclamaba una definición de las infracciones y sanciones administrativas, principalmente con el objetivo de erradicar por todos los medios la deslegalización. Sin embargo, en cuanto a la posibilidad de una participación mediante la concreción de las infracciones y sanciones, el Tribunal Constitucional ha dado cierto margen de actuación a la Administración. Un tanto de lo mismo ocurre con la potestad tributaria, cuya reserva de ley no se ve excepcionada por la jurisprudencia, sino matizada y teniendo siempre presentes los límites del reglamento (unidad del ordenamiento y básica igualdad de posición de los contribuyentes; intervención mínima del legislador estatal, en cumplimiento del artículo 133.1 de la CE, etcétera).

Lo que sí debemos destacar es la importancia de los sectores en los que opera esta flexibilización, dos de los ámbitos "sagrados" en la dogmática jurídico-pública liberal, a partir de los cuales se desarrolló el arsenal conceptual del siglo XIX: reserva de ley, principio de legalidad, principio de tipicidad, etc. El Estado constitucional de derecho ha puesto a prueba todas estas nociones y no ha tenido empacho en matizarlas. Si sectores tan mediatizados por las garantías constitucionales, como el Derecho punitivo y el tributario, han sido testigos de un retroceso en la concepción taxativa de la reserva de ley, *a fortiori* debemos expandir esta realidad hacia otros sectores con menos incidencia en la esfera individual del ciudadano.

Asimismo, es importante destacar que esta flexibilidad, que debe ser configurada como una flexibilidad matizada, encuentra peculiaridades propias en la esfera local. De hecho, en la reciente STC 132/2000 el Tribunal Constitucional ha aglutinado en un solo pronunciamiento las dos líneas jurisprudenciales que acabamos de comentar, en un supuesto en el que salía a relucir la potestad sancionadora y las peculiaridades del sistema

de fuentes local. En concreto, en este asunto se planteaba la constitucionalidad de la Ordenanza municipal para el servicio urbano del transporte del Ayuntamiento de Madrid, en la que se tipificaban infracciones administrativas, con clara autonomía respecto de la normativa legal aplicable. No sólo era una ordenanza preconstitucional, sino que tampoco existía infracción alguna en la legislación estatal o autonómica sobre transportes terrestres que permitiera otorgarle alguna vinculación con la ley. A pesar del pronunciamiento en contra de la ordenanza, el Tribunal no tuvo inconveniente en recordar su postura en torno al papel de la ordenanza, concretamente su posición en la citada STC 233/1999:

"Expresamente dijimos entonces que el ámbito de colaboración normativa de los municipios, en relación con los tributos locales, era mayor que el que podría relegarse a la normativa reglamentaria estatal. Dos datos normativos consideramos entonces relevantes para llegar a aquella conclusión: que las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano –el Pleno del ayuntamiento– de carácter representativo; y que la garantía local de la autonomía local impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia –como los tributos locales– donde está claramente presente el interés local."

Claro que el Tribunal Constitucional no se olvida de la imposibilidad de una renuncia a la reserva de ley, pero lo importante de esta jurisprudencia, ahora sí reiterada, reside en la necesaria flexibilidad de la reserva legal, su especial atención a la autonomía local, al margen de actuación de los municipios, y la atención debida al contexto jurídico del supuesto de hecho y su entorno normativo. Todos estos elementos lucen por su ausencia en la argumentación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid aquí comentada, que, utilizando una argumentación abigarrada sobre las relaciones entre contenido esencial y reserva de ley, hace imposible esta última al tiempo que la desvirtúa y la aleja de una línea jurisprudencial ya asentada por el Tribunal Constitucional. Esta línea jurisprudencial se encuentra especialmente atenta al factor democrático presente en la actuación municipal, y será este último aspecto, el elemento democrático, el que nos servirá para sustentar la crítica siguiente.

2.3. El carácter democrático de las ordenanzas y su incidencia en el control abstracto de disposiciones

Como se ha indicado anteriormente, el arranque del fundamento jurídico 2.º de la sentencia del Tribunal

10. La sentencia cita aquí la STC 19/1987, concretamente su FJ 4.º, donde se manifiesta que los "ayuntamientos como corporaciones representativas que son (artículo 140 de la Constitución), pueden, ciertamente, hacer realidad, mediante sus acuerdos, la autodisposición en el establecimiento de los deberes tributarios, que es uno de los principios que late en

la formación histórica –y en el reconocimiento actual, en nuestro ordenamiento– de la regla según la cual deben ser los representantes quienes establezcan los elementos esenciales para la determinación de la obligación tributaria".

Superior de Justicia no puede ser más errado al reducir el espacio de la ordenanza local a la mera ejecución o desarrollo de leyes, y trasladar las relaciones intraordinamentales entre leyes y reglamentos a las relaciones interordinamentales entre leyes y ordenanzas municipales. Efectivamente, el eje argumentativo de la sentencia es la afectación o no del derecho fundamental, de manera que si existe afectación por la ordenanza, se viola la reserva de ley, y si no existe afectación entonces se está actuando dentro de las potestades administrativas. Este razonamiento interpreta la reserva de ley como vinculación positiva, es decir, sólo se puede regular por ordenanza lo ya regulado por ley. Por eso, concluye el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, un sistema de inspección técnica de viviendas que incorpora a los particulares, es un sistema distinto del elaborado por la legislación autonómica, que no está en línea con las potestades administrativas reconocidas en ese ámbito, y por lo tanto también es contrario a la reserva de ley. Se vacía así de contenido normativo a la autonomía local porque, como indica el Consejo de Estado en su Dictamen 1749/1994, de 23 de febrero de 1995, no existe autonomía municipal si fuese la ley estatal o autonómica la que estableciera el contenido normativo de la ordenanza municipal.

Una lectura de la reserva de ley como vinculación positiva es, sin embargo, contraria a la Constitución por varias razones. En primer lugar, porque ésta atribuye autonomía a los entes locales (artículos 137 y 140 de la CE), lo que está íntimamente conectado con el proceso de descentralización del poder público. En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 1 de la CE, que recoge los valores fundacionales del Estado, España es un Estado democrático, lo que se predica de todos los niveles de poder público, y especialmente del nivel local. A los principios de autonomía local y legitimidad democrática se le suma otro, incorporado al Derecho español por el TCE y la CEAL: el principio de gestión cercana a los ciudadanos o principio de subsidiariedad. Todos ellos permiten una lectura de la reserva de ley como vinculación negativa¹¹ que compagina, de un lado, el mandato del artículo 53.1 de la CE y de otro el carácter democrático de las ordenanzas locales y de la gestión administrativa en el nivel local.

Parece que el legislador constitucional atribuyó tanto a las comunidades autónomas como a los municipios y provincias idéntica autonomía en la gestión de sus respectivos intereses, pues de lo contrario no aparecerían mencionadas conjuntamente en el artículo 137 de la CE. Ahora bien, aunque esta identidad es cierta, no es

menos cierto que se trata de formas cualitativamente distintas de autonomía porque las comunidades autónomas, a diferencia de los entes locales, tienen atribuida la potestad legislativa, así como el reconocimiento constitucional de un ámbito competencial propio para el ejercicio de su autonomía. Pero no se trata, como ha sostenido el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 28 de julio de 1981, de un grado inferior de autonomía respecto a las comunidades autónomas, ni tampoco subordinada a la voluntad de las comunidades autónomas, sino de una autonomía articulada de manera distinta y con fundamentos distintos a la autonomía de las comunidades autónomas.

La autonomía local no permite concretar la forma de autogobierno, o las competencias de los entes locales. Este principio hace referencia a la distribución de poder público constituido, orientada a asegurar que las decisiones se adopten y expresen la voluntad de la comunidad cuyos intereses específicos entren en juego. Autonomía local significa, por lo tanto, la garantía de que la organización de poder no será tal que coloque al ente local en una situación de subordinación jerárquica con respecto a otros poderes públicos, y la garantía de que el ámbito material de actuación reconocido le permita la gestión de los intereses locales.

El principio de Estado democrático y de gestión cercana a los ciudadanos complementa el de autonomía local, porque si éste se refiere a la distribución de poder, democracia local y subsidiariedad hacen referencia a la legitimidad democrática de las decisiones adoptadas por los entes locales.

En relación con la legitimidad democrática del gobierno local, el Tribunal Constitucional ya la ha relacionado con la autonomía local, pues la define como “el derecho de la colectividad local a la participación a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen” (STC 32/1981, de 28 de julio).

La vinculación entre el gobierno local y el principio de Estado democrático es relativamente reciente. En Europa, después de la Segunda Guerra Mundial, tuvo lugar un periodo de clara consolidación de las democracias nacionales, donde el sistema administrativo y legislativo reforzó el papel de la Administración central o del Estado central.¹² Son en estos órganos donde reside la legitimidad democrática de la administración pública, a pesar de que ya se hubieran alcanzado logros en la democratización de los gobiernos locales. Desde el punto de vista de elaboración de políticas públicas y de toma de decisiones, se aprecia, además, una subordinación de lo infranacional al Estado central: las políti-

11. El Consejo de Estado, en el Dictamen 1749/1994, de 23 de febrero de 1995, quiere desmarcarse de la rígida lectura que el Tribunal Constitucional hacía del artículo 25 de la CE, y defendió la vinculación negativa (hacer todo lo que no está prohibido) porque se expresa claramente en el artículo 55 de

la LBRL, “en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes”.

12. Cf. JOHN, P., *Local Governance in Western Europe*, Londres, Sage, 2001, p. 39.

cas locales son elaboradas por los gobiernos centrales, y estos se reservan fuertes instrumentos de control sobre la actuación de los órganos locales.

Esta dinámica cambia cuando aparecen formas de gobierno local independientes del Gobierno central. Es entonces cuando las políticas locales dejan de ser la mera aplicación de políticas centrales y los gobiernos locales comienzan a elaborar su propio *indirizzo politico* ayudados por la revalorización del concepto de la autonomía local y su conexión con otros principios como el de subsidiariedad y el de descentralización del poder político.

Este cambio está justificado en dos de los aspectos intrínsecos al gobierno local: es el nivel administrativo y de toma de decisiones más cercano a los ciudadanos y, a diferencia de otros órganos administrativos, los entes locales están integrados por representantes elegidos por los ciudadanos. Sin embargo, la representación democrática no agota el principio de Estado democrático aplicado a los entes locales. La democracia local ofrece a los ciudadanos, siguiendo a J. S. Mill, la posibilidad de ejercer sus libertades y de expresar su identidad local de una manera diferente y complementaria al Gobierno central¹³ o autonómico.

Pero junto al elemento democrático-participativo de las ordenanzas locales, hay que tener en cuenta el democrático-procedimental. Tradicionalmente, se ha argumentado a favor de la legitimidad democrática de la reserva de ley. En efecto, cuando la Constitución reserva ciertos ámbitos a la ley, lo que está haciendo es extender a éstos una garantía democrática relativa a la forma en que se adoptan las decisiones: mediante un debate entre mayorías y minorías parlamentarias que ofrezca una garantía a la mayoría y el respeto a la minoría. La legitimidad democrática de la reserva de ley radica, por lo tanto, en la legitimidad procedimental. Si se entiende así la legitimidad democrática de la reserva de ley, es evidente que algún papel deberá jugar cuando abordamos el problema de las relaciones entre leyes y ordenanzas municipales, porque en ambos casos nos encontramos con normas jurídicas que han sido elaboradas por los representantes de los ciudadanos y a través de un debate entre mayorías y minorías que asegura su legitimidad democrática.

El principio de democracia local ciertamente legitima la actuación de la Administración local, pero su papel no se reduce sólo a eso. El Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado sobre el principio de democracia local, tanto en su vertiente representativa como procedimen-

tal, lo ha utilizado en la jurisprudencia contencioso-administrativa para el control de la actuación pública. Por ejemplo, en la STC 5/1983, de 4 de febrero, el alto tribunal entiende que los concejales son representantes directos de los electores, y no meros delegados de los partidos políticos, por lo que no es posible su revocación discrecional. En otra ocasión (STC 32/1985, de 6 de marzo), el Tribunal Constitucional se pronunció en relación con el Pleno del ayuntamiento como órgano representativo cuya función es la de controlar la actuación de todos aquellos órganos de gobierno y de administración que no emanan directamente de la elección popular. También consagró, en esta STC, el principio de participación de las minorías en el gobierno local como manifestación del pluralismo político consagrado en la CE.

Volviendo a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al entender ésta que el ejercicio de las potestades administrativas establecidas en el artículo 22 del RSCL no afectan al contenido esencial de los derechos fundamentales, está reduciendo la democracia local a lo técnico, a la ejecución de decisiones (democráticas) adoptadas en otros niveles de poder y atendiendo a otros intereses involucrados. Ignora no sólo la legitimidad democrática, tanto representativa como procedimental, de la que gozan las decisiones adoptadas por las entidades locales, sino que crea una fractura imposible entre los derechos fundamentales y la democracia local porque despoja a los entes locales de la capacidad de defender los derechos de sus ciudadanos. En este sentido, apunta Bandrés¹⁴ que la democracia local, además de tener una dimensión política, tiene una dimensión social en tanto que el ayuntamiento está comprometido a favor del Estado social y de la expansión del Estado del bienestar, lo que claramente impide una jurisprudencia como la contenida en la sentencia analizada.

La sentencia comentada olvida que el problema que debe resolver, el de la imbricación de dos normas jurídicas (ley autonómica y ordenanza municipal) es típico de un Estado democrático y por lo tanto plural. Apunta el Consejo de Estado en el Dictamen 1749/1994 que la fórmula de organización política de la democracia española está dominada por el pluralismo, que no se agota en la pluralidad de partidos políticos, sino también en la distribución del poder territorial. El pluralismo político se transforma así en pluralismo jurídico, sobre todo cuando en todas las instancias de poder territorial, incluida la local, el Derecho es creado por cauces demo-

13. MILL, J. S., *Considerations on Representative Government in Utilitarianism, Liberty and Representative Government*, Londres, J. M. Dent, 1861, p. 38.

14. Véase BANDRÉS, J. M., "El valor del principio de democracia local en la jurisprudencia contencioso-administrativa de los tribunales superiores de

justicia", en *Anuario del Gobierno Local 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 326.

cráticos. Cuando la sentencia comentada subordina la ordenanza a la ley autonómica mediante la técnica de la vinculación positiva de la reserva de ley, lo que hace es subordinar también una democracia, la local, y erosionar así el pluralismo político y jurídico que defiende nuestra Constitución.

La relación entre autonomía local y legitimidad democrática se completa con el principio de subsidiariedad. El artículo 1 del TUE recoge una concepción política del principio de subsidiariedad que aparece igualmente recogida en el artículo 4.3 de la CEAL. Este principio es el reconocimiento constitucional de la existencia de una gobernanza en los niveles subnacionales (regionales y locales). En su vertiente administrativa recogida en el artículo 5 del TCE, el principio de subsidiariedad implica también que la actuación pública debe producirse en el nivel de gobierno más apropiado, entendiendo por éste el más cercano a los ciudadanos. Esta idea de proximidad al ciudadano facilita el necesario vínculo que debe existir entre la legitimidad democrática de la Unión y la elección del nivel adecuado de intervención.

Este principio encuentra su mejor aplicación en el proceso político de descentralización que domina la definición legislativa de las competencias locales, de manera que los intereses de la comunidad justifican la participación de sus órganos de administración y gobierno, y justifican también su competencia en el asunto sobre el cual la comunidad tiene un interés.

Es en este sentido en el que comienza a ser aceptado el principio de subsidiariedad por la jurisprudencia española. La STS de 18 de julio de 1997 confirma la sentencia en primera instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña que declaró no conforme a derecho el Convenio de Cooperación Institucional adoptado por la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, al atribuirse competencias que sólo podrían serlo por ley –en concreto la imposición de obras y servicios a los municipios integrantes del Área sin contar con su aprobación inicial–. Frente a este instrumento de cooperación en el ámbito de los servicios públicos, los planes provinciales de cooperación no suponen que la Diputación asuma la titularidad de los servicios y las obras que ostentan los municipios. La necesidad de aceptación voluntaria de la obra o el servicio –presente en los planes provinciales de cooperación– está reforzada por el principio de subsidiariedad que exige la atribución de competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos, que se encuentren en condiciones de ejercerlas (artículos 2.1 de la LBRL y 4.3 de la CEAL). Este principio enlaza con la “exigencia de que los intereses colectivos de ámbito estrictamente local sean expresados por quienes tienen legitimación para ello”.¹⁵

El principio de subsidiariedad también ha sido utilizado en la STS de 20 de febrero de 1998 en relación con el Decreto de la Comunidad Autónoma de Baleares sobre toponímicos y la primacía de aceptación voluntaria de los ayuntamientos: “Con otras palabras, la estimación del recurso se ofrece más respetuosa con la garantía institucional de la autonomía local y más conforme con el carácter representativo de las instituciones a través de las cuales se ha expresado una voluntad que por no oponerse a la ley y proceder de las autoridades más cercanas a los ciudadanos (artículo 4.3 de la CEAL) puede y debe ser seguida cuando, como aquí sucede, conecta de modo claro con intereses colectivos de ámbito estrictamente local expresados por quienes tienen legitimación para ello” (FJ 6.º).

De acuerdo con lo anterior, el principio de subsidiariedad tiene un papel doble. Por una parte, tiene una función positiva, en tanto que permite reivindicar el ejercicio de competencias para mejor satisfacción de eficacia administrativa y de la legitimidad democrática de la intervención pública.¹⁶ De otra parte, tiene también una función negativa, en tanto que permite controlar la atribución de competencias locales realizadas por el legislador de bases y el sectorial. Como indica Ortega Álvarez, “el vaciamiento competencial injustificado sería incompatible con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad”.¹⁷

Ciertamente, el objeto de la sentencia comentada no es el control de la atribución de competencia a los municipios que hace la legislación autonómica en materia de inspección técnica de edificios. Su objeto era, más bien, discernir el ámbito de la autonomía local y decidir si éste permitía al Ayuntamiento de Madrid, entre otras cosas, invertir la carga de la prueba en la inspección técnica, así como introducir un elemento privado en el sistema de inspección. Tal cosa no se podrá realizar correctamente si se omite el principio de subsidiariedad, que reclama para el municipio la gestión de un servicio tan cercano a los ciudadanos como el control de las condiciones de seguridad, salubridad y ornato público de las edificaciones.

entes locales. El principio de subsidiariedad sí permite, sin embargo, controlar al legislador en lo referente a la atribución de competencias propias a los entes locales.

15. FERNÁNDEZ MONTALVO, R. “Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la autonomía local”, en *Anuario del Gobierno Local*, editado por T. Font i Llovet, 269-321, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 288.

16. No hay que entender esta última idea en el sentido de que del principio de subsidiariedad se derive un listado de competencias, cosa, por otro lado, que tampoco ocurre con el principio de autonomía institucional de los

17. ORTEGA ÁLVAREZ, L. “Autonomía local y subsidiariedad europea”, en *Anuario del Gobierno Local 1995*, editado por T. Font i Llovet, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 627.

3. Conclusiones

El carácter representativo y participativo de la democracia local, unido al principio de subsidiariedad, es decir, a la legitimidad en la adopción de decisiones lo más cercanas a los ciudadanos que sea posible, afecta a la interpretación de instituciones jurídicas como la reserva de ley, máxime cuando ésta también hunde sus raíces en la legitimidad democrática de las leyes sobre las normas reglamentarias. Los principios de autonomía local, la legitimidad democrática de los entes locales, y subsidiariedad obligan a modular la relación entre la ley y la ordenanza, y obligan a plantear su relación desde parámetros distintos a la vinculación positiva que hace de la ordenanza municipal una norma de mera ejecución de la ley. Precisamente es esto lo que no evita la sentencia analizada. ■