Revista Catalana d'Administració Pública
[Societat Catalana d'Estudis Jurídics], núm. 1 (juny 2024), p. 339-359
ISSN: 2938-5733 / DOI: 10.2436/20.3004.04.13

RECULL DE JURISPRUDÈNCIA DELS TRIBUNALS ORDINARIS

Francesc Xavier Urios Aparisi
Cap de l'Assessoria Jurídica
Autoritat Catalana de Protecció de Dades

Sumari: 1. Sentència del Tribunal Suprem del 6 de febrer de 2023. Reclamació de despeses de defensa i representació dels empleats públics locals a conseqüència de la seva imputació en procediments penals per causes derivades de l'exercici de les seves funcions: Exigència de la càrrega procedimental de sol·licitud prèvia d'assistència jurídica o d'autorització per a ser assistit. Exigència aplicable també en cas de conflicte d'interessos amb l'administració (ECLI:ES:TS:2023:34); 2. Sentència del Tribunal Suprem del 6 de juny de 2023. Assumpció de la gestió directa d'un servei municipal per part d'un ajuntament i obligació de subrogació del personal de l'empresa concessionària (ECLI:ES:TS:2023:2602); 3. Sentència del Tribunal Suprem del 26 de juny de 2023. No aplicació del tràmit de consulta prèvia a les modificacions de plans urbanístics (ECLI:ES:TS:2023:3110); 4. Sentència del Tribunal Suprem del 20 de juliol de 2023. Diferències quantitatives en les taxes municipals d'accés instal·lacions esportives, piscines i frontons municipals (ECLI:ES:TS:2023:3567); 5. Sentència del Tribunal Suprem del 25 de juliol de 2023. Requisits per al rescat de concessions (ECLI:ES:TS:2023:3592); 6. Sentència del Tribunal Suprem del 25 de setembre de 2023. Abast de l'accés a la informació reservada (ECLI:ES:TS:2023:3748); 7. Sentència del Tribunal Suprem del 18 d'octubre de 2023. Responsabilitat d'un ajuntament per l'abocament il·legal d'un promotor d'una urbanització no recepcionada (ECLI:ES:TS:2023:4344); 8. Sentències del Tribunal Suprem del 31 d'octubre de 2023 i del 7 de desembre de 2023. Responsabilitat patrimonial de les administracions públiques per les mesures adoptades per les autoritats sanitàries en el marc de la pandèmia de la Covid-19 (ECLI:ES:TS:2023:4431); 9. Sentència del Tribunal Suprem del 2 de novembre de 2023. Confirmació de la nul·litat de l'ordenança de restricció de la circulació de vehicles a Barcelona amb l'objectiu de preservar i millorar la qualitat de l'aire (ECLI:ES:TS:2023:4853); 10. Sentència del Tribunal Suprem del 8 de novembre de 2023. Competència de l'alcalde per a exercir accions judicials en matèria d'expropiacions (ECLI:ES:TS:2023:4731); 11. Sentències de la sala civil del Tribunal Suprem del 27 de novembre i el 29 de novembre de 2023. El Tribunal Suprem avala el veto dels «apartaments turístics» a les comunitats de veïns que prohibeixen l'ús d'activitats econòmiques (ECLI:ES:TS:2023:5199).

1. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 6 DE FEBRER DE 2023. RECLAMACIÓ DE DESPESES DE DEFENSA I REPRESENTACIÓ DELS EMPLEATS PÚBLICS LOCALS A CONSEQÜÈNCIA DE LA SEVA IMPUTACIÓ EN PROCEDIMENTS PENALS PER CAUSES DERIVADES DE L'EXERCICI DE LES SEVES FUNCIONS: EXIGÈNCIA DE LA CÀRREGA PROCEDIMENTAL DE SOL·LICITUD PRÈVIA D'ASSISTÈNCIA JURÍDICA O D'AUTORITZACIÓ PER A SER ASSISTIT. EXIGÈNCIA APLICABLE TAMBÉ EN CAS DE CONFLICTE D'INTERESSOS AMB L'ADMINISTRACIÓ (ECLI:ES:TS:2023:34)

En aquesta sentència el Tribunal Suprem fixa els criteris que s'han d'aplicar procedimentalment a l'hora de garantir el compliment del principi d'indemnitat dels empleats públics en relació amb les despeses de representació i defensa que han d'assumir COM a conseqüència dels procediments penals en els quals siguin objecte d'investigació, derivats de les actuacions lícites dutes a terme en l'exercici de les seves funcions.

Per a posar la Sentència en context, són freqüents els casos en els quals els empleats públics són objecte d'investigació penal, fet que genera habitualment l'encàrrec, per part d'aquest, de l'assessorament jurídic i la representació i defensa davant dels Tribunals.

Aquesta qüestió s'ha de relacionar amb el principi d'indemnitat dels empleats públics, que es troba recollit en l'article 14*f* del text refós del Reial decret legislatiu 5/2015, del 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP), segons el qual aquests tenen un dret individual a «la defensa jurídica i protecció de l'Administració pública en els procediments que es segueixin davant de qualsevol ordre jurisdiccional com a conseqüència de l'exercici legítim de les seves funcions o càrrecs públics».

El Tribunal Suprem reconeix aquest principi general d'indemnitat, del qual deriva l'obligació de l'Administració en la qual presta els seus serveis de reparar els perjudicis que pugui patir per l'exercici de les seves funcions i implica el correlatiu deure de l'Administració de protegir-lo.

El Tribunal Suprem també recorda la previsió de l'article 141.2 de la Llei 7/1985, del 2 d'abril, de bases de règim local, que ordena als ens locals que dispensin als seus funcionaris la protecció que requereixi l'exercici dels seus càrrecs.

En resum, el Tribunal Suprem reconeix aquest règim d'indemnitat, però planteja igualment si han de concórrer requeriments procedimentals per a exercir-lo, i és en aquest punt on centra l'interès cassacional quan analitza els requisits i la forma per a exercir el dret de defensa jurídica reconegut en l'article 14*f* de l'EBEP i, en especial, si en tot cas és necessària la sol·licitud prèvia de l'empleat públic o no és exigible quan hi ha conflicte d'interessos entre l'Administració i l'empleat públic.

L'existència o no de conflicte d'interessos és important per a la resolució de la controvèrsia, ja que en els casos en què l'Administració consideri que es pot produir UN conflicte d'interessos hi haurà una resistència raonable per part de l'Administració corresponent a prestar o assumir aquestes despeses de representació i defensa, cosa que en principi no es produirà quan no s'apreciï aquesta situació de conflicte.

En qualsevol cas, el Tribunal Suprem, tot i que no entra en els detalls, sí que indica que aquesta indemnitat es troba condicionada que la corresponent resolució judicial futura sigui favorable al funcionari.

Des del punt de vista procedimental, el Tribunal Suprem entén que és exigible que s'hagi produït una sol·licitud prèvia per part de l'empleat públic afectat; tal com, d'altra banda, s'han pronunciat diferents tribunals superiors de Justícia i igualment es preveu en la normativa reguladora de diferents serveis jurídics de les administracions.

Aquesta indemnitat opera amb normalitat en el cas de processos judicials en tràmit, que és el que és habitual, ja que aquest dret s'exerceix respecte dels «procediments que se segueixin». Però la lògica de l'article 14*f* EBEP també regeix per a processos judicials conclosos i, òbviament i com hem indicat, de manera favorable per al funcionari.

Això exposat és traslladable a la segona part de la qüestió d'interès cassacional, ja que el Tribunal Suprem entén que, en cas de conflicte d'interessos, també és exigible al funcionari la càrrega de sol·licitar l'assistència o de demanar l'autorització per a ser assistit per professionals de la pròpia elecció, encara que el funcionari finalment quedi exempt de tota responsabilitat.

Segons el Tribunal Suprem, la raó per a exigir-ho és que, d'acord amb la lògica de l'article 14*f* EBEP, les exigències formals de l'exercici del dret a la indemnitat estan vinculades amb les substantives i, en aquest punt, l'Administració ha de tenir la possibilitat d'apreciar si existeix o no conflicte d'interessos —ni tan sols indiciàriament— per a rebutjar, o no, l'assistència i, si arribés el cas i l'hagués assumit, abandonar la defensa si s'aprecia aquest conflicte posteriorment.

En aquest punt, és important destacar que el Tribunal Suprem apunta una qüestió que és igualment polèmica: si el funcionari pot optar o no per un professional de la seva elecció. En relació amb aquesta qüestió, la Sentència indica igualment que cal que el funcionari demani autorització prèviament i, si no ho fa, s'entén que renuncia que, si arriba el cas, assumeixi les despeses l'Administració.

En resum, l'aplicació del règim d'indemnitat suposa l'aplicació d'uns controls substantius o d'existència o no de conflicte d'interessos en el cas concret i, simultàniament, l'aplicació d'uns requeriments procedimentals en el cas que la persona o empleat públic afectat opti o vulgui optar per un professional de la seva elecció.

Per a concloure, s'ha de tenir present que aquest pronunciament del Tribunal Suprem, tot i que és aplicable a la representació i defensa jurídica dels empleats públics en l'àmbit penal, no tan sols és traslladable a altres ordres jurisdiccionals, sinó que també s'hauria d'aplicar en principi als alts càrrecs o personal directiu de l'Administració, ja que el dret a la indemnitat per les actuacions legítimes realitzades en l'exercici de les seves funcions, amb els requeriments analitzats, els és seria igualment traslladable.

2. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 6 DE JUNY DE 2023. ASSUMPCIÓ DE LA GESTIÓ DIRECTA D'UN SERVEI MUNICIPAL PER PART D'UN AJUNTAMENT I OBLIGACIÓ DE SUBROGACIÓ DEL PERSONAL DE L'EMPRESA CONCESSIONÀRIA (ECLI:ES:TS:2023:2602)

En aquesta sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem s'analitza quina és la situació corresponent al personal de l'empresa concessionària quan el servei corresponent passa a ser prestat per la mateixa Administració.

La qüestió suscitada en el recurs de cassació per a la unificació de la doctrina se centra a determinar si, a l'efecte de l'acomiadament pel qual s'acciona, hi ha hagut una successió empresarial en la reversió del servei de neteja viària a l'Ajuntament i aquest ha de respondre de la improcedència de l'acomiadament.

Com a recurs per a la unificació de la doctrina en l'àmbit de la jurisdicció social, la Sala analitza pronunciaments judicials aparentment divergents, però el Tribunal Suprem entén que, entre les sentències aportades, no hi ha la identitat necessària per a apreciar que els seus pronunciaments són contradictoris, tenint en compte que la Sala ha indicat que, en general, la decisió d'una administració pública de fer-se càrrec directament d'un servei que prèviament havia estat externalitzat no implica necessàriament que hi hagi una successió d'empresa, cosa que estaria compresa dins l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2001/23 i de l'article 44 del Reial decret legislatiu 2/2015, del 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors (ET). Igualment entén que la recuperació d'un servei externalitzat per una administració, ja sigui amb els mateixos treballadors que tenia l'empresa contractista, ja sigui amb les mateixes instal·lacions i maquinària utilitzades per aquesta, normalment implica una transmissió d'empresa que està subjecta a l'article esmentat.

En qualsevol cas, el Tribunal Suprem considera que per a assolir o no aquesta conclusió —subrogació del personal— s'han de tenir en compte les circumstàncies del cas concret.

I, a l'hora d'analitzar el cas concret, el Tribunal Suprem indica que és important diferenciar si l'activitat personal és rellevant en el contracte de què es tracta; i si l'Administració passa a desenvolupar-lo amb personal propi, no sembla que concorrin els requisits per a la subrogació, per molt que hi hagi elements patrimonials accessoris necessaris per a la prestació del servei. Per contra, si l'activitat descansa essencialment en el maquinari o en infraestructures, és més fàcil que concorri la situació contrària.

El primer dels supòsits és el que es produeix en el cas analitzat, en què s'examina si la reversió del servei de neteja viària a un ajuntament ha de comportar l'assumpció del personal adscrit a aquest. La Sala entén que, d'acord amb la seva pròpia jurisprudència, amb caràcter general la neteja és una activitat que descansa essencialment en la mà d'obra, de manera que els elements patrimonials que calen són poc rellevants, si bé no es pot ignorar que els serveis de neteja viària també poden tenir un equipament que pot ser o no essencial, i afirma que en el cas analitzat no existia l'obligació de subrogació que es demanava per la via de la Llei de contractes del sector públic perquè, a més de les consideracions sobre aquesta normativa, resulta que «nos encontramos con una actividad (en este caso de limpieza viaria) que aquí

descansa básicamente sobre la mano de obra y que, tras la reversión al Ayuntamiento demandado, éste pasa a prestarla en su integridad con sus propios personal municipal y medios, sin que finalmente figure constatada la transmisión de éstos» (sentències del Tribunal Suprem [STS] 602/2021, del 8 de juny, recurs 3004/2018, 84/2022, del 28 de gener, recurs 4463/2019, i 257/2022, del 23 de març, recurs 108/2020).

3. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 26 DE JUNY DE 2023. NO APLICACIÓ DEL TRÀMIT DE CONSULTA PRÈVIA A LES MODIFICACIONS DE PLANS URBANÍSTICS (ECLI:ES:TS:2023:3110)

La consulta pública prèvia ha estat introduïda per la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, de procediment administratiu comú (LPAC), com a tràmit essencial previ a l'elaboració d'una proposta normativa concreta, i s'estableix la documentació que l'ha d'acompanyar. En aquest sentit, es pot considerar l'acte d'inici del procediment d'elaboració d'una disposició de caràcter general.

Així, ja s'han produït diferents pronunciaments judicials que han declarat la nul·litat de la norma per manca de compliment d'aquest tràmit.

El mateix article 133 LPAC indica en l'apartat 4 que es pot prescindir d'aquest tràmit en determinats supòsits; per exemple, quan es tracta de normes pressupostàries o organitzatives, o quan la proposta normativa no tingui un impacte significatiu en l'activitat econòmica, no imposi obligacions rellevants als destinataris o reguli aspectes parcials d'una matèria.

Al marge d'aquests supòsits recollits en el mateix precepte, també s'ha plantejat si aquesta previsió és aplicable en àmbits com l'urbanisme i, en particular, en l'elaboració del planejament urbanístic, caracteritzat per una normativa específica molt desenvolupada i en la qual no hi ha cap previsió relativa al compliment d'un tràmit similar al previst en l'article 133 LPAC.

En el cas concret de la Sentència, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) va estimar un recurs interposat contra una modificació del pla general metropolità per l'omissió del tràmit de consulta pública prèvia de l'article 133.1 LPAC , el qual va ser objecte d'un recurs de cassació.

El Tribunal Suprem revoca la sentència del TSJC abans referida i reitera el que va indicar en la STS del 6 de febrer de 2023.

Trobem el fonament del posicionament del Tribunal Suprem en l'aplicació de les previsions de la disposició addicional primera de la LPAC, que preveu que els procediments administratius regulats en lleis especials per raó de la matèria que no exigeixin algun dels tràmits previstos en aquesta llei o que regulin tràmits addicionals o diferents, s'han de regir, respecte d'aquests, pel que disposen aquestes lleis especials.

El Tribunal Suprem entén que hi ha matèries sectorials que, per la seva peculiaritat, requereixen una tramitació especial, més enllà de les que, amb tota evidència, s'esmenten de manera expressa en aquesta norma (matèria tributària, duanera, seguretat social, seguretat viària, estrangeria i asil), com poden ser l'expropiació forçosa, subvencions, etc.; matèries que

no només requereixen aquesta especialitat procedimental, sinó que regulen el procediment corresponent, amb les seves especialitats.

D'aquesta manera, atès que la mateixa regulació sectorial regula minuciosament el procediment per a l'aprovació dels instruments d'ordenació urbanístic, es desplaça l'aplicació del procediment —en realitat, principis generals— que es conté en la LPAC i, en el cas que ens ocupa, l'exigència de la consulta pública prèvia.

S'ha de recordar igualment que en la Sentència del 31 de gener de 2023 el Tribunal Suprem, basant-se en la disposició addicional primera LPAC, va excloure igualment el tràmit de la consulta pública prèvia en relació amb l'elaboració de les ordenances fiscals, les quals hauran de seguir les previsions del text refós de la Llei d'hisendes locals.

En definitiva, són pronunciaments que van acotant o delimitant l'àmbit concret d'aplicació de la consulta pública prèvia de l'article 133 LPAC en relació amb les normatives sectorials específiques que regulen procediments específics d'elaboració de disposicions administratives de caràcter general.

4. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 20 DE JULIOL DE 2023. DIFERÈNCIES QUANTITATIVES EN LES TAXES MUNICIPALS D'ACCÉS INSTAL·LACIONS ESPORTIVES, PISCINES I FRONTONS MUNICIPALS (ECLI:ES:TS:2023:3567)

El debat que es plantejava en el recurs era si és possible establir, mitjançant una ordenança municipal, una bonificació del 30% en les taxes corresponents a instal·lacions poliesportives, piscines i frontons municipals, en benefici exclusivament de les persones empadronades al municipi.

La sentència d'instància va rebutjar aquesta possibilitat perquè va entendre que es vulnerava el principi d'igualtat de l'article 14 de la Constitució espanyola (CE), que suposava igualment una vulneració de l'article 150.1 del Decret del 17 de juny de 1955, pel qual s'aprova el Reglament de serveis de les corporacions locals (RSCL), i, finalment, que s'estava vulnerant el principi de reserva de llei perquè s'establia una bonificació mitjançant una ordenança.

El debat en termes d'interès cassacional s'articulava també al voltant del joc del principi d'autonomia local. En relació amb aquesta qüestió, la sentència d'instància havia fet una anàlisi, partint del contingut de la STS 1727/2019, del 13 de desembre, del tractament d'aquest principi tal com s'ha configurat jurisprudencialment.

Aquesta anàlisi havia portat el Tribunal a admetre la possibilitat que l'Ajuntament pogués establir bonificacions, sense que existeixi una reserva de llei i sempre que no contradigui el que disposi prèviament una norma amb rang de llei, tenint en compte que això no l'eximeix de complir amb disposicions de rang superior o que les bonificacions que s'estableixin puguin ser discriminatòries. Tot i que, segons el judici de la sala d'instància, existia aquesta habilitació genèrica, els termes concrets en els quals s'havia exercit feien que la bonificació establerta no s'ajustés al dret.

En relació amb aquesta pronunciament i a l'hora de resoldre el recurs, el Tribunal Suprem, tot i confirmar la sentència d'instància, ha volgut modular aquesta afirmació que va fer el Tribunal Superior de Justícia del País Basc (TSJPB) en relació amb l'abast del principi d'autonomia local i ha indicat que la STS 1727/2019 esmentada pel TSJPB en suport de la seva argumentació resolia la qüestió en termes de títols competencials en joc i de mecanismes jurídics de distribució de competències, però no des del punt de vista del principi de reserva de llei, i en aquest punt s'han de tenir presents les previsions de l'article 8*d* de la Llei 58/2003, del 17 de desembre, general tributària, en relació amb els articles 9 i 12 del Reial decret legislatiu 2/2004, del 5 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals, dels quals s'infereix la impossibilitat d'establir o reconèixer als tributs locals més beneficis fiscals o bonificacions tributàries que els expressament previstos en les normes amb rang de llei o els derivats de l'aplicació dels tractats internacionals.

En resum, el Tribunal Suprem tanca aquesta possibilitat al·ludint, a tall d'exemple, a diferents pronunciaments judicials previs, com la reducció de les quotes de l'impost de béns immobles (IBI) per part d'ajuntaments, el recàrrec del transport a l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB) o el recàrrec de l'IBI també imposat per l'AMB. Tots aquests casos es van resoldre en sentit desfavorable a l'establiment de la bonificació.

Així doncs, el Tribunal Suprem conclou que cal que existeixi una previsió de rang legal per a establir la bonificació corresponent.

Pel que fa a la qüestió relativa al principi d'igualtat, la sentència d'instància havia avaluat la previsió que conté l'article 150.1 RSCL, segons la qual «[l]a tarifa de cada servicio público de la corporación será igual para todos los que recibieren las mismas prestaciones y en iguales circunstancias».

Aquesta previsió obre la possibilitat que s'estableixin diferències en les tarifes quan les circumstàncies dels usuaris així ho justifiquin. En aquest punt, el TSJPB apuntava que aquestes circumstàncies haurien de ser en principi de caràcter econòmic, com podria ser estar a l'atur, ser pensionista o formar part d'una família nombrosa, i entenia que una distinció per raó de l'empadronament no es trobaria justificada de cap manera i que, a més, això suposaria una discriminació en perjudici dels residents de municipis propers.

L'ajuntament recurrent feia referència a diferents pronunciaments del Tribunal Suprem anteriors que havien anul·lat tarifes de serveis públics perquè s'havien establert en una quantia més alta per a les persones no empadronades. En aquest sentit, l'ajuntament entenia que aquesta doctrina no era aplicable perquè aquest supòsit es tractava d'una prestació no obligatòria.

En relació amb aquest punt, el TSJPB va rebutjar aquesta interpretació perquè va entendre que el fet que les instal·lacions esportives d'ús públic no siguin un servei mínim obligatori perquè es tracta d'un municipi inferior a vint mil habitants no exclou que l'establiment d'unes tarifes diferenciades per raó de l'empadronament no es trobi justificat ni sigui raonable.

El TSJPB tampoc no va admetre l'argument que els veïns del municipi contribueixen al servei per una doble via, ja que paguen les tarifes i, amb caràcter general, els impostos

municipals. Però la Sala va desvirtuar aquest argument en indicar que aquests impostos, en funció de la seva tipologia, també són satisfets per persones que no estan empadronades.

El Tribunal Suprem dona suport a la interpretació de la sala d'instància i rebutja el tractament diferenciat per raó de l'empadronament (la pròpia sentència transcriu una part significativa de la literalitat de la sentència d'instància) i posa en relleu la valoració de la incidència del principi d'igualtat i en la possibilitat que, a l'empara de l'article 150.1 RSCL, es puguin establir diferents tarifes segons les circumstàncies dels usuaris que ho justifiquin. En aquest punt, avalua si l'empadronament es pot configurar com una justificació d'aquest benefici fiscal i analitza el que significa o implica, en termes de constitucionalitat, l'aplicació d'aquest principi.

De la mateixa manera, analitza altres supòsits, com els referents a les ordenances reguladores de l'aparcament (ORA), que admeten el criteri de residència —normalment l'empadronament— per a establir diferències substancials en les taxes, però el Tribunal Suprem considera que el criteri jurisprudencial en relació amb les ORA no seria aplicable en el cas de l'accés a les instal·lacions esportives.

El Tribunal Suprem també analitza altres supòsits en els quals havia rebutjat que l'empadronament pugui ser avaluat a l'efecte de la diferència tarifària (com la diferència entre empadronats i no empadronats en un supòsit de subministrament d'aigua —STS del 12 de juliol de 2006).

La STS planteja «a mayor abundamiento» la qüestió relativa a la necessitat que la taxa respecti el principi d'equivalència amb relació al cost del servei, ja que entén que una bonificació basada en l'empadronament —extern a la valoració quantitativa— també podria incomplir aquesta regla, atès que la previsió de l'article 149 RSCL, que permet l'aplicació de tarifes inferiors per circumstàncies socials, no resulta aplicable a l'empadronament.

Per a concloure, apunta que, a més, aquesta previsió podria exigir una justificació complementària des del punt de vista del dret comunitari.

Cal indicar que, en la sentència analitzada, el Tribunal Suprem apunta el fet que es podria analitzar si ens trobem amb una taxa, tal com va entendre l'ajuntament, o, per contra, es tracta d'un preu públic, cas en el qual, atenent al principi de llibertat tarifària, podria arribar-se a una conclusió contrària (en termes del Tribunal Suprem, «eventualment»). En aquest punt, fa referència a la STS 856/2020, del 23 de juny, i, igualment, en un altre punt de la Sentència assenyala que la diferència entre taxa i preu públic podria portar, en aquest segon cas, que els matisos tarifaris poguessin ser justificats amb criteris objectius i raonables.

No cal que entrem en l'anàlisi de les diferències entre taxes i preus públics, prou coneguts a l'empara de les previsions de la normativa tributària i els nombrosos pronunciaments del Tribunal Constitucional a l'hora de definir-los, ni tampoc a categoritzar altres tipologies com les prestacions patrimonials de caràcter públic. Però això ens obliga a plantejar-nos la importància d'una categorització adequada a l'hora d'establir un tribut en un cas concret, per les conseqüències que se'n deriven quant al règim legal que cal aplicar (com indica el Tribunal Suprem).

En resum, la doctrina cassacional que s'estableix conclou que un ajuntament no pot establir diferències quantitatives en una taxa per la utilització de frontons, piscines i instal-

lacions poliesportives municipals atenent al fet que els usuaris estiguin o no empadronats al municipi, ja que l'empadronament, en aquest cas, no és un criteri raonable i objectiu a l'efecte de justificar les diferències.

Tal com hem indicat prèviament, una de les normatives analitzades és l'article 150.1 RSCL, tot i que a Catalunya és aplicable el Reglament d'obres, activitats i serveis, aprovat pel Decret 179/1995, del 13 de juny (ROAS). L'article 298 del ROAS regula la quantificació de les tarifes dels serveis locals i en el seu apartat 5 indica que els límits màxim i mínim d'aquesta quantificació (definits en l'apartat anterior) revesteixen caràcter general i no exclouen la ponderació en funció de la capacitat econòmica de l'usuari o per raons socials, benèfiques, culturals o d'interès públic degudament justificades que així ho aconsellin.

Aquesta regulació diferenciada del ROAS no exclou l'aplicació dels criteris i els principis que es deriven de la STS analitzada.

5. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 25 DE JULIOL DE 2023. REQUISITS PER AL RESCAT DE CONCESSIONS (ECLI:ES:TS:2023:3592)

Una qüestió que ha estat molt debatuda jurídicament i políticament és la del rescat dels serveis públics. És una decisió inicialment política, però requereix el compliment d'uns requeriments jurídics i de la qual es deriven, evidentment, conseqüències jurídiques. Aquest rescat, quan es tracta de serveis públics, en moltes ocasions es defineix com a «remunicipalització».

Cal tenir present que aquesta recuperació del servei per part de l'Administració pública prestatària —i, en el cas de serveis locals, remunicipalització— s'articula ordinàriament, en els casos en què s'hagi produït com a conseqüència de l'extinció del règim de gestió indirecta mitjançant el qual es prestava, mitjançant el rescat de la concessió corresponent.

A l'hora d'avaluar el marc normatiu, cal tenir presents les previsions de la normativa de contractes del sector públic, que exigeix que es faci una anàlisi comparativa en termes d'eficàcia i eficiència de la gestió directa en comparació amb la indirecta. Aquesta modificació ha estat incorporada en la Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic, però ja havia estat introduïda en la Llei 7/1985, del 2 d'abril, de bases de règim local (LBRL), l'any 2013, per la Llei 27/2013, del 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local.

Tal com hem indicat, aquesta actuació suposa una decisió discrecional de l'Administració però que, en qualsevol cas, s'ha de justificar i motivar degudament, materialment i formalment, en l'expedient administratiu.

A l'hora de valorar la justificació del rescat és rellevant el que indica la STS del 25 de juliol de 2023, que passem a comentar.

Aquesta sentència va resoldre el recurs de cassació que havia interposat el Consell Insular de Mallorca contra una sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears que igualment havia resolt una apel·lació que ratificava la sentència del jutjat contenciós ad-

ministratiu. Tots dos pronunciaments judicials havien considerat que no resultaven ajustats al dret ni estaven motivats el rescat d'un tram de peatge per part de l'Administració ni la indemnització que havia estat proposada per aquest rescat.

Es tractava de la concessió del túnel de Sóller per a una vigència de vint-i-vuit anys, que es va prorrogar fins al 30 de juny de 2022, però el rescat es va acordar el 22 de desembre de 2017, cinc anys abans de la seva extinció.

La normativa aplicable a la concessió era el Decret 923/1965, del 8 d'abril, pel qual s'aprova el text articulat de la Llei de contractes de l'Estat, que preveia la possibilitat del rescat de la concessió quan s'estimés convenient per a l'interès general que l'Administració gestionés directament el servei. La part recurrent entenia que la causa d'interès públic podia ser la conveniència d'aquesta gestió directa (òbviament, sempre amb el pagament de la indemnització corresponent).

Les sentències dictades en instància i en apel·lació indicaven que el fet que la carretera s'hagués fet inicialment com a peatge era una decisió que vinculava l'Administració i que «la excepcionalidad del rescate ha de apoyarse en circunstancias sobrevenidas o posteriores que produzcan un perjuicio o quebranto a los intereses generales que justifique el sacrificio de las legítimas expectativas del concesionario».

La justificació que va donar l'Administració per a procedir al rescat va ser la voluntat d'igualar a tots els ciutadans en la utilització de les carreteres insulars.

El Tribunal Suprem analitza la qüestió, i determina que tres qüestions rellevants a l'hora d'avaluar els requeriments del rescat són d'interès cassacional: *a*) el concepte d'*interès públic* en l'àmbit del rescat d'una concessió contractual, *b*) si aquest concepte és equiparable amb el d'*interès superior* i en quina mesura el rescat ha de fonamentar-se en circumstàncies sobrevingudes que impliquin un trencament de l'interès públic, i *c*) si l'afectació d'aquesta decisió discrecional de l'Administració, adoptada com a tècnica de gestió pública, suposa una intromissió il·legítima en l'àmbit de les seves competències.

A l'hora de resoldre aquestes qüestions, el Tribunal Suprem fa referència al marc normatiu vigent, tot i no ser aplicable al cas vigent, ja que l'article 279 de la Llei de contractes del sector públic ha matisat que el rescat exigeix la concurrència de dos requisits: d'una banda, l'existència d'un interès públic i, de l'altra, que s'acrediti que la gestió directa del servei és més eficaç que la concessional.

És evident la potestat que té l'Administració de rescindir unilateralment el contracte com a conseqüència de la concurrència d'un interès públic, ja que l'Administració és la gestora dels interessos públics vinculats a l'execució del contracte i no pot ser obligada pel pacte o contracte celebrat si això suposa un perjudici de l'interès públic que es volia satisfer amb l'execució del contracte en els termes pactats.

No obstant això, el Tribunal Suprem afegeix que l'interès públic que justificaria el rescat d'una concessió ha de concórrer en el moment que s'adopta la resolució de rescat, ha de ser adequat per justificar aquesta decisió i ha d'estar motivat degudament. I, a més, s'ha de tractar d'un interès públic diferent del que es va tenir en consideració per a acordar la concessió, ja sigui perquè es tracta d'un interès públic diferent i posterior que ha sorgit de manera sobre-

vinguda i exigeix la recuperació de la gestió, ja sigui perquè l'interès públic inicialment existent ha desaparegut o s'ha transformat de manera que ja no és possible continuar mantenint la concessió sense fer malbé l'interès públic actualment existent.

Aquest criteri jurisprudencial limita la discrecionalitat de què gaudeix l'Administració, però, a més, el Tribunal Suprem afegeix que s'ha d'acreditar el que ja s'ha indicat: no només cal l'existència d'un interès públic, sinó que l'Administració també ha d'acreditar que la gestió directa del servei és més eficaç que la concessional.

Finalment, el Tribunal Suprem indica que correspon al tribunal contenciós administratiu exercir un control sobre si les raons esgrimides per l'Administració per a fonamentar el rescat compleixen les exigències que s'acaben d'assenyalar respecte de l'interès públic invocat.

Aplicant aquesta doctrina al cas en concret, la Sala considera que no concorren les condicions d'aquest interès públic en el rescat de la concessió objecte de controvèrsia. El Tribunal Suprem destaca que no es justifiquen les raons per les quals l'acord del rescat no podia esperar fins a la conclusió del termini de la pròrroga (30 de juny de 2022), cinc anys després que s'acordés el rescat. A més, una bonificació a favor dels residents de determinats municipis que han d'utilitzar l'autopista amb més freqüència no es pot considerar una raó de tracte discriminatori sense una justificació objectiva que avali l'interès públic en el rescat.

En resum, aquest criteri jurisprudencial és de gran interès quant a interpretar les condicions que han de concórrer per a procedir al rescat, i, en el cas en concret, el fet que manquessin tan sols cinc anys per a la conclusió de la pròrroga de la concessió exigia una motivació reforçada que no es va produir. A més, aquesta doctrina és important a l'hora de definir el concepte d'*interès públic*, que, com a concepte jurídic indeterminat, suposa l'existència d'una única solució (existeix o no interès públic), però, a més, s'ha de connectar amb circumstàncies de caràcter ambiental, econòmic o altres de similars i alienes al contracte originari per a poder justificar el rescat.

En aquest punt, podem fer referència a una sentència que en unes dates similars va dictar el Tribunal Suprem, en aquest cas la Sala Social, en relació amb la remunicipalització.

6. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 25 DE SETEMBRE DE 2023. ABAST DE L'ACCÉS A LA INFORMACIÓ RESERVADA (ECLI:ES:TS:2023:3748)

En moltes ocasions, a l'empara de la normativa de procediment i amb caràcter previ a l'inici d'un procediment de naturalesa sancionadora o disciplinària, es pot practicar una informació reservada o una informació prèvia amb la finalitat d'aclarir els fets, determinar els presumptes responsables i la procedència d'iniciar o no el procediment corresponent.

En aquests casos, tradicionalment s'ha considerat que es tracta d'una actuació prèvia al procediment administratiu. En conseqüència, tal com sostenia l'Administració recurrent en cassació, en les informacions reservades no hi ha interessats, perquè són un conjunt d'actuacions prèvies amb l'objectiu d'avaluar si hi ha una causa per a obrir un expedient disciplinari.

A la pràctica això suposava denegar l'accés al contingut de la informació reservada a qui ho reclamés, en considerar que no tenia la condició d'interessat ni existia estrictament un procediment, de manera que aquesta informació reservada acabava amb l'arxiu de les actuacions.

La Sentència del TSJC que ha motivat el posicionament en cassació que ara analitzem no va compartir aquest criteri, fet que va motivar la interposició d'un recurs de cassació per part de la Generalitat de Catalunya. Aquest recurs va ser admès i es va concretar que era d'interès cassacional determinar l'abast de l'accés a la informació reservada quan aquesta no forma part de l'expedient disciplinari.

A l'hora de resoldre el recurs, el Tribunal Suprem considera que la informació reservada té naturalesa de procediment administratiu. Això implica que, en la informació reservada o informació prèvia respecte a un funcionari o empleat públic per a determinar si s'obre o no un expedient disciplinari, el funcionari o empleat públic té la condició d'interessat i, consegüentment, se li han de reconèixer els drets de l'article 53.1 LPAC, entre els quals es troba el dret a obtenir una còpia de la documentació integrant de l'expedient, sens perjudici de l'aplicació de les previsions de la normativa sobre protecció de dades en relació amb tercers.

És inqüestionable, segons el Tribunal Suprem, que en el concepte d'*informació reservada* es contenen dades que poden ser d'interès per a la persona contra qui es van obrir diligències prèvies, i no pot ser motiu d'oposició que no és una persona interessada o bé que aquesta informació no apareix fonamentada en el principi de publicitat.

En resum, el Tribunal Suprem fixa com a doctrina que un funcionari que ha estat objecte d'una queixa respecte de la qual s'ha obert una informació reservada, encara que després no s'hagi incoat cap expedient disciplinari pels fets denunciats, té el dret d'accedir a la documentació que integra aquesta informació reservada. Així, el Tribunal Suprem confirma la sentència del TSJC perquè considera que l'actora, funcionària del Cos de Mossos d'Esquadra, té la condició d'interessada en la informació reservada, ja que hi consten dades personals seves, d'acord amb l'article 4 LPAC, i, per tant, té dret a accedir a la documentació que conté, d'acord amb els articles 53.1 i 55 de la mateixa llei.

Aquesta interpretació suposa un canvi substancial en relació amb el que ordinàriament apliquen les administracions públiques i ha generat posicionaments doctrinals a favor d'aquest criteri, que consideren que denegar aquest accés de manera automàtica suposa una opacitat inadmissible, i d'altres que, per contra, consideren que el Tribunal interpreta de manera errònia que la informació reservada es va instruir contra una persona en concret, però, precisament, la seva finalitat és determinar la possible existència d'una persona responsable a qui incoar un procediment sancionador i que, consegüentment, sí que es podria parlar d'interessat.

En qualsevol cas, la doctrina cassacional que es deriva d'aquesta sentència haurà de ser considerada a l'hora d'aplicar-la a supòsits idèntics o similars.

7. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 18 D'OCTUBRE DE 2023. RESPONSABILITAT D'UN AJUNTAMENT PER L'ABOCAMENT IL·LEGAL D'UN PROMOTOR D'UNA URBANITZACIÓ NO RECEPCIONADA (ECLI:ES:TS:2023:4344)

Aquesta sentència analitza el recurs de cassació interposat per la Confederació Hidrogràfica de l'Ebre contra una sentència del Tribunal Superior de Justícia del País Valencià que anul·lava la resolució per la qual imposava una sanció econòmica a un ajuntament per l'abocament d'aigües residuals procedents d'una obra d'urbanització situada al terme municipal que no havia estat recepcionada.

Es tractava de determinar si la recepció de les obres d'urbanització, dintre de les quals s'inclouen les instal·lacions de sanejament i depuració, són un requisit necessari perquè l'ajuntament es pugui considerar responsable dels abocaments, o bé, per contra, si el fet de no haver rebut aquestes obres d'urbanització podria ser causa d'exoneració d'aquesta responsabilitat.

En definitiva, el que es debat com a interès cassacional és l'efecte que es deriva de la no recepció per part de l'Ajuntament de les obres d'urbanització, en termes de responsabilitat sancionadora.

Cal recordar que, urbanísticament parlant, la recepció de la urbanització per part de l'ajuntament és el supòsit normal d'execució urbanística, mitjançant el qual l'ajuntament constata que la urbanització dels terrenys ha estat executada correctament i poden autoritzar-se les edificacions, i, pel que fa al que és objecte de debat cassacional, es poden utilitzar els serveis que la urbanització comporta, com ara els de sanejament i clavegueram.

No obstant això, aquest esquema teòric que es correspon amb la normativa aplicable no sempre es compleix amb la pulcritud que seria desitjable i, a la pràctica, són nombroses les anomenades recepcions tàcites de la urbanització o, fins i tot, l'existència d'edificacions il·legals que, sense aquestes obres d'urbanització, són utilitzades pels seus propietaris.

En suma, és possible que sense l'execució completa de la urbanització hi hagi edificacions que s'utilitzin il·lícitament i generin abocaments il·legals. És indubtable que aquesta situació patològica d'incompliment de les previsions legals genera conflictivitat des del punt de vista de la determinació del subjecte responsable.

En una primera aproximació, és cert que la il·legalitat de l'abocament només ha de ser imputable a qui utilitza il·legalment una edificació no apta urbanísticament per a aquesta utilització, qui n'ha de ser responsable. Tot i aquesta aproximació, la Sentència indica que són els ajuntaments, com a Administració actuant, els que tenen potestats per a impedir aquestes il·legalitats, i l'ordenament —la legislació en matèria urbanística— els confereix prou potestats per a fer cessar aquestes il·legalitats.

En aquest sentit, la sentència indicada apunta que l'omissió de l'exercici de competències per part dels ajuntaments és la causant d'aquesta situació patològica. I, com indica la Sentència, es podria pensar que hi ha una actuació tolerant d'aquests abocaments quan els ajuntaments consenten l'existència d'urbanitzacions il·legals des del moment que no exerciten les potestats administratives que els confereix la normativa urbanística per a cessar aquesta actuació.

Per aquesta raó, en els supòsits d'edificacions autoritzades o permeses sense haver completat la urbanització dels terrenys, el Tribunal Suprem considera que, tot i que l'abocament no ha estat autoritzat per l'ajuntament, aplicant estrictament la normativa ambiental ell és el causant d'aquest abocament. En termes de subjecte responsable, el fet que l'ajuntament hagi autoritzat expressament o tàcitament l'ocupació de terrenys de manera il·legal el fa responsable de l'abocament.

És important destacar que el Tribunal Suprem no atribueix aquesta responsabilitat basant-se en la culpa *in vigilando*, sinó que considera que és una responsabilitat directa derivada de la passivitat municipal a autoritzar l'ocupació d'unes edificacions que no compleixen les exigències urbanístiques necessàries per a dita ocupació.

En aquesta línia, la Sentència aplica l'article 28 de la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, i fonamenta la seva decisió no tant en el títol d'imputació, que tant és predicable de l'empresa promotora com de l'ajuntament i fins i tot dels mateixos usuaris de les edificacions, que són els que realment i directament fan els abocaments, sinó en la relació de causalitat entre el fet constitutiu d'infracció i el subjecte al qual ha de ser imputat, matèria examinada amb gran amplitud en l'àmbit del dret penal però respecte a la qual, a l'efecte del debat plantejat, el Tribunal Suprem considera que el que és procedent és acollir la teoria de la causalitat adequada, i no la d'equivalència de les condicions.

Si, d'acord amb la teoria de l'equivalència de les condicions, la imputació de la responsabilitat correspon al promotor i fins i tot pot arribar als usuaris, segons la teoria de la causalitat adequada —que aplica el Tribunal Suprem— la responsabilitat deriva de la inactivitat de l'ajuntament abans referida.

En resum, el Tribunal Suprem estima el recurs de cassació i assenyala que la qüestió s'ha de centrar en la relació de causalitat entre el fet constitutiu d'infracció i el subjecte al qual ha de ser imputat. Per això, si bé la responsabilitat municipal s'inicia amb la recepció formal de la urbanització, quan un ajuntament concedeix la llicència per a la construcció d'edificacions destinades a habitatges i autoritza tàcitament l'ocupació, o no l'evita abans que s'hi hagi executat plenament la urbanització i es procedeixi a la seva recepció, l'ajuntament és responsable dels abocaments il·legals en una llera pública procedents de tals urbanitzacions i s'ha de considerar responsable de la infracció corresponent.

Aquesta sentència és rellevant perquè avui dia encara són moltes les urbanitzacions que no han estat recepcionades formalment pels ajuntaments i es troben plenament operatives en termes d'ocupació. En aquests supòsits, les eventuals responsabilitats derivades dels danys que es puguin produir s'hauran de resoldre a la vista de les circumstàncies del cas concret i dels requisits exigits per la normativa reguladora de la responsabilitat de les administracions públiques, però no es pot deixar de banda aquest criteri fixat pel Tribunal Suprem a l'hora d'analitzar aquests requisits, com a doctrina d'interès cassacional, i que determina la responsabilitat de l'Ajuntament en els termes apuntats, a diferència del que havia determinat el tribunal d'instància.

8. SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 31 D'OCTUBRE DE 2023 I DEL 7 DE DESEMBRE DE 2023. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES PER LES MESURES ADOPTADES PER LES AUTORITATS SANITÀRIES EN EL MARC DE LA PANDÈMIA DE LA COVID-19 (ECLI:ES:TS:2023:4431)

Aquestes són les primeres sentències que dicta el Tribunal Suprem en els diferents plets que, en matèria de responsabilitat patrimonial, es van interposar contra resolucions del Consell de Ministres desestimatòries per silenci administratiu de la sol·licitud d'indemnització per responsabilitat patrimonial de l'Estat legislador prevista en l'article 3.2 de la Llei orgànica 4/1981, de l'1 de juny, dels estats d'alarma, excepció i lloc, en les quals se sol·licitava una indemnització per tancament d'un establiment imposat durant el primer estat d'alarma (reials decrets llei 463/2020, 465/2020, 476/2020, 487/2020, 492/2020, 514/2020 i 555/202).

La Sala rebutja la responsabilitat patrimonial de l'Estat sol·licitada i conclou que les mesures adoptades per l'Administració per a fer front al coronavirus van ser

> [...] necesarias, adecuadas y proporcionales a la gravedad de la situación y gozaron del suficiente grado de generalidad en cuanto a sus destinatarios, que tuvieron el deber jurídico de soportarlas sin generar ningún derecho de indemnización por los posibles perjuicios sufridos, habiéndolo declarado así expresamente el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 148/2021, sentencia que produce efectos de cosa juzgada y vincula a todos los tribunales *ex* artículo 38 LOTC y 5 LOPJ.

I considera:

> [...] la malaltia derivada del COVID-19 com a malaltia infecciosa altament transmissible per via aèria i a través del contacte personal, no només va comportar un alt risc per a la salut humana derivat de l'elevat índex de propagació sinó, a més, un risc de col·lapse dels serveis sanitaris tal com de fet va passar, associat tot això a un increment de la mortalitat i morbiditat. És per això que, el manteniment de la integritat física de la població (article 15 CE) i el dret a la protecció de la salut pública (article 43 CE), atorguen cobertura constitucional i legitimen, les restriccions en l'exercici de determinades activitats econòmiques, cosa que es revela suficient per rebutjar la vulneració de la llibertat d'empresa prevista a l'article 38 C.E.

D'altra banda, afegeix que cap dels reials decrets (RD) relatius a l'estat d'alarma ha reconegut drets patrimonials a favor dels destinataris de les limitacions i restriccions de les activitats empresarials establertes, de manera que el dret d'indemnització no es pot fonamentar, en principi, en l'article 32.3 de la Llei 40/2015.

Així mateix, assenyala que tampoc no ho han fet les sentències del Tribunal Constitucional que van declarar la inconstitucionalitat parcial dels RD d'estat d'alarma, «sentencias que expresamente excluyen la responsabilidad al declarar que la inconstitucionalidad no afecta a las obligaciones que se imponen a los ciudadanos con carácter general en estos RRDD».

En definitiva, la Sala Tercera del Tribunal Suprem analitza la concurrència dels requisits de responsabilitat patrimonial i, d'acord amb el que s'ha exposat, entén que el dany no va ser antijurídic, ja que existia un deure jurídic de suportar les mesures adoptades per les autoritats sanitàries, que resultaven proporcionades.

El Tribunal Suprem encara ha de resoldre unes mil reclamacions sobre aquesta qüestió, si bé moltes de les empreses han desistit dels seus recursos després del primer pronunciament de la Sala, dictat al mes d'octubre, en què va fixar el criteri per a resoldre'ls.

En resum, aquest pronunciament era molt esperat per les administracions públiques perquè moltes tenien pendents reclamacions de responsabilitat patrimonial derivades de les mesures adoptades durant la pandèmia, les quals, arran d'aquest pronunciament, podran ser resoltes aplicant l'anàlisi del compliment dels requisits de la responsabilitat patrimonial, en els termes analitzats pel Tribunal Suprem.

9. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 2 DE NOVEMBRE DE 2023. CONFIRMACIÓ DE LA NUL·LITAT DE L'ORDENANÇA DE RESTRICCIÓ DE LA CIRCULACIÓ DE VEHICLES A BARCELONA AMB L'OBJECTIU DE PRESERVAR I MILLORAR LA QUALITAT DE L'AIRE (ECLI:ES:TS:2023:4853)

Aquesta sentència deriva dels recursos de cassació que van ser interposats per l'Ajuntament de Barcelona, l'Àrea Metropolitana de Barcelona i la Generalitat de Catalunya contra les sentències del TSJC del 21 de març de 2022, que van resoldre els sis recursos contenciosos que havien estat interposats contra l'Ordenança de restricció de la circulació de vehicles a Barcelona amb l'objectiu de preservar i millorar la qualitat de l'aire.

La sentència d'instància va tractar les qüestions relatives a la competència municipal, la justificació de l'Ordenança i els aspectes formals de la seva tramitació.

La sala d'instància va concloure que el procés de participació ciutadana no va ser adequat i que en el procediment d'elaboració de l'Ordenança no es van ponderar acuradament les dades perquè es va partir de dades no actualitzades. Igualment es va qüestionar l'impacte pressupostari i econòmic que tindria l'Ordenança, l'impacte en la competència i en el mercat, i altres documents que havien estat elaborats per l'Ajuntament en la tramitació duta a terme.

Per les raons indicades, en les sentències d'instància es declarava nul·la l'Ordenança per manca de motivació, ja que, com que es tractava de decisions discrecionals, la motivació s'havia de derivar de la suficiència de la documentació de l'expedient, i l'omissió de tràmits essencials o el compliment defectuós d'aquests és un vici que arrossega la invalidesa de la norma.

Les sentències indicades van ser objecte d'un recurs de cassació, que va ser admès per l'interès cassacional al voltant de, en quina mesura, el principi de proporcionalitat permetia preponderar els drets a la mobilitat de les persones i la llibertat econòmica i d'empresa respecte als drets a la salut i al medi ambient, a l'hora d'articular el control judicial de la potestat reglamentària. A l'hora d'admetre a tràmit els recursos, el Tribunal Suprem va entendre que

la sentència d'instància no havia respectat el principi de proporcionalitat perquè havia donat preferència als dos primers drets enfront del dret a la salut i al medi ambient.

En aquest sentit, l'articulació de la cassació es va fer al voltant de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE), que havia condemnat el Regne de Espanya per no haver adoptat les mesures europees adreçades a controlar l'increment de la contaminació i la superació dels valors límits establerts en determinades zones, entre les quals s'incloïa Barcelona.

No obstant això, el Tribunal Suprem confirma la sentència del TSJC perquè entén que la sentència d'instància va considerar que la motivació de l'ordenança era deficient, i això no contradiu la jurisprudència del TJUE en matèria de protecció del medi ambient, ja que el TSJC no qüestiona que calgui adoptar mesures per a millorar la qualitat de l'aire, sinó que les limitacions imposades siguin raonables en vista de la informació en què s'ha basat l'Administració.

També remarca que la nul·litat de l'Ordenança no es basa en defectes del procediment d'elaboració, sinó en el fet que les mesures adoptades no es van valorar adequadament perquè no es van prendre en consideració aspectes econòmics i socials, i que les decisions adoptades en termes de discrecionalitat no estaven suficientment motivades. En aquest sentit, la Sentència recorda que la potestat reglamentària exigeix una motivació adequada per a no incórrer en arbitrarietat.

Així doncs, conclou que la sentència que declara nul·la l'ordenança no es fonamenta en la preponderància dels drets a la mobilitat de les persones i a la llibertat de mercat respecte als drets a la salut i el medi ambient, sinó en el fet que no s'ha obtingut la informació necessària i fidedigna per a fer la tasca de ponderar els drets afectats amb les mesures adoptades i, conseqüentment, l'Ordenança no estava justificada de manera suficient.

Aquesta sentència, en línia amb altres sentències dictades en relació amb el control de l'exercici de la potestat reglamentària, incideix en la necessària justificació i ponderació que cal fer en el decurs de l'elaboració d'una disposició de caràcter general que impliqui l'exercici de facultats d'intervenció per part de les administracions públiques. Ponderació i justificació que han d'estar documentades acuradament en l'expedient d'elaboració de la disposició corresponent i que es posen en connexió amb el compliment dels principis de bona regulació recollits en l'article 129 LPAC, especialment amb el principi de proporcionalitat, que, com la mateixa STS indica, ha de superar el triple judici de proporcionalitat, cosa que implica haver de justificar que la mesura és idònia per a aconseguir la finalitat perseguida, necessària (en termes de subsidiarietat o menor onerositat) i proporcional en sentit estricte (cosa que implica fer una ponderació entre els interessos generals i els particulars que estan en joc).

Finalment, cal recordar que la STS no aprecia pèrdua sobrevinguda d'objecte, arran de la derogació de l'ordenança del 2019 i la substitució per una nova regulació al 2023, ja que considera que, tot i la derogació, es mantenien les previsions de l'ordenança del 2019 quant a les sancions produïdes durant la seva vigència (disposició transitòria segona de l'ordenança del 2023).

10. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 8 DE NOVEMBRE DE 2023. COMPETÈNCIA DE L'ALCALDE PER A EXERCIR ACCIONS JUDICIALS EN MATÈRIA D'EXPROPIACIONS (ECLI:ES:TS:2023:4731)

En l'àmbit local, en relació amb la delimitació de les competències de l'alcalde i el ple, recollides respectivament als articles 21 i 22 de la Llei de bases de règim local, aprovades per la Llei 7/1985, del 2 abril, hi ha àmbits d'exercici de competències que, davant del cas concret, no troben un encaix directe en les previsions legals establertes, fet que requereix una tasca interpretativa a l'hora de delimitar quin d'aquests òrgans és el competent, sense oblidar la clàusula residual a favor de l'alcalde prevista en la lletra *s* de l'article 21.1 LBRL, d'acord amb la qual corresponen a l'alcalde la resta de competències que les lleis estatals i autonòmiques assignen al municipi i no s'atribueixen a altres òrgans municipals.

En el cas concret d'aquesta sentència, es qüestionava si segons la clàusula residual d'atribució de competència de l'article 21.1*s* LBRL, en relació amb l'article 21.1*k* LBRL, l'alcalde té atribucions per a adoptar l'acord de decidir l'exercici d'accions judicials en matèria expropiatòria i, en particular, quan es pretén impugnar un acord de preu just del jurat d'expropiació dictat en un expedient d'expropiació per ministeri de la llei, sense haver-ne justificat la urgència, per a donar compliment al requisit previst en l'article 45.2*d* LJCA, segons el qual l'exercici d'accions judicials requereix l'aportació del document que acrediti el compliment dels requisits exigits per a interposar accions a les persones jurídiques (en aquest cas, acord de l'òrgan competent). Cal tenir present que es tractava d'una expropiació per ministeri de la llei en què el valor excedia el 10% dels recursos ordinaris i, conseqüentment, l'autorització de la despesa per a l'expropiació corresponia al ple.

La sentència recorreguda havia entès que l'alcalde no tenia competència per a adoptar l'acord d'exercici de l'acció exercitada per no haver justificat la urgència, en aplicació de la previsió del Reglament d'organització, funcionament i règim jurídic de les entitats locals (Reial decret 2568/1986, del 28 de novembre) que habilita l'alcalde a exercir accions judicials i administratives tan sols en cas d'urgència.

El problema es planteja a l'hora d'interpretar l'expressió «en l'àmbit de les seves respectives competències» per a l'exercici d'accions judicials i administratives que conté la lletra *k* de l'article 21.1 LBRL, en aquells supòsits en què no hi hagi una atribució competencial expressa o hi hagi atribucions concurrents.

El Tribunal Suprem, a l'hora de resoldre el recurs, analitza el fet que la competència expropiatòria no es troba atribuïda expressament al Ple en l'article 22 LBRL. Analitza igualment si l'expropiació és un mecanisme d'execució i gestió del planejament pel fet que constitueix una tècnica o un sistema d'obtenció de sols dotacionals públics previstos en els plans d'ordenació territorial i urbanística (supòsit que encaixaria en la competència de la lletra *j* de l'article 21.1 LBRL); si resultarien aplicables les previsions de la Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic, si es considerés una forma d'adquisició de la propietat —atès que l'adquisició de l'immoble supera el 10% dels recursos ordinaris de la corporació—; si el fet que la previsió de despesa que tota expropiació suposa pot requerir la intervenció del

ple a l'inici de l'expedient expropiatori si supera el 10% indicat, i, finalment, si és aplicable la clàusula residual de l'article 21.1 LBRL, abans referida.

Igualment, valora que l'article 21.1*k* atribueix a l'alcalde l'exercici de les accions judicials i administratives dels assumptes de la seva competència i, en cas d'urgència, els que són competència del ple, si bé s'ha de sotmetre posteriorment a la seva ratificació. Per contra, l'article 22.2*j* atribueix al ple l'exercici d'accions judicials i administratives i la defensa de la corporació en assumptes de competència plenària.

També té en consideració que, abans de la reforma de la LBRL feta per la Llei 11/1999, del 21 d'abril, l'exercici d'accions judicials i administratives era competència exclusiva del ple, a excepció dels supòsits d'urgència, però amb la reforma va ser atribuïda a l'alcalde, en els termes abans referits, per a una millor eficàcia en el funcionament de l'ens local i atenent al fet que eren competències de caràcter eminentment executives. Aquesta qüestió també és rellevant perquè el precepte del Reglament d'organització, funcionament i règim jurídic de les entitats locals, aprovat pel Reial decret 2568/1986, del 28 de novembre, que va justificar la resolució d'inadmissió per part del tribunal d'instància, responia a la redacció anterior i no havia estat adaptat al canvi normatiu de l'any 1999.

En resum, prenent com a base totes aquestes consideracions, el Tribunal Suprem conclou que la matèria expropiatòria no es troba inclosa expressament en cap dels criteris competencials dels articles 21 i 22 LBRL, cosa que forçosament comporta aplicar la clàusula residual a favor de l'alcalde, amb les conseqüències que se'n deriven en el sentit d'entendre que la competència per a exercir accions judicials en matèria expropiatòria correspon a l'alcalde d'acord amb la clàusula residual de l'article 21.1*s* LBRL.

A més, el Tribunal Suprem indica que, sens perjudici d'això anterior, encara que s'hagués compartit el criteri esmentat de la sala territorial, la decisió d'inadmissió que s'adopta en la sentència recorreguda tampoc no seria correcta perquè hauria d'haver-se atorgat a l'ajuntament un tràmit específic d'esmena, com exigeix la jurisprudència d'aquesta sala (STS del 17 de setembre de 2015 i del 13 de juny de 2023, rec. 255/2022, entre d'altres) en aquells supòsits en què és invocada la causa d'inadmissió a l'empara de l'article 45.2*d* en relació amb l'article 69*b* LJCA.

Al marge d'aquest pronunciament, cal recordar que existeix la possibilitat, que ha estat ratificada per la jurisprudència, que, en cas de no tenir clara la competència, adopti l'acord el ple de la corporació, com a màxim òrgan de representació, del qual forma part l'alcalde, i que aquest hi voti a favor. Tal com hem dit, en aquests casos hi ha pronunciaments judicials que validen aquesta actuació.

En resum, en els supòsits en què no existeixi una atribució competencial expressa, en els articles 21 i 22 LBRL, a favor de l'alcalde o del ple, s'ha de valorar la interpretació que es fa dels articles indicats, especialment la clàusula residual a favor de l'alcalde.

11. SENTÈNCIES DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 27 DE NOVEMBRE I EL 29 DE NOVEMBRE DE 2023. EL TRIBUNAL SUPREM AVALA EL VETO DELS «APARTAMENTS TURÍSTICS» A LES COMUNITATS DE VEÏNS QUE PROHIBEIXEN L'ÚS D'ACTIVITATS ECONÒMIQUES (ECLI:ES:TS:2023:5199)

Tot i que ordinàriament tractem jurisprudència dictada en l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu, és interessant comentar aquestes dues sentències dictades per la Sala Civil del Tribunal Suprem.

L'interès deriva del fet que aquestes dues sentències avaluen les condicions requerides per a l'exercici d'una activitat de lloguer d'habitatges en cas d'edificis sotmesos al règim de propietat horitzontal. La seva connexió amb la temàtica administrativa és evident, ja que l'activitat de lloguer il·legal d'habitatges turístics ha merescut una intervenció reiterada de les administracions públiques amb la finalitat de posar límits a aquesta activitat, que es considera que és una de les causes de l'increment dels preus del lloguer i, fins i tot, ha motivat l'aprovació recent del Decret llei 3/2023, del 7 de novembre, de mesures urgents sobre el règim urbanístic dels habitatges d'ús turístic.

En qualsevol cas, com no podia ser d'altra manera, el tractament de la qüestió es fa des del punt de vista civil, ja que el Tribunal Suprem considera que el lloguer d'habitatges per a ús turístic és una activitat econòmica. Conseqüentment, les dues sentències avalen el veto dels «apartaments turístics» a les comunitats de propietaris que prohibeixen expressament en els seus estatuts la utilització dels habitatges per a una activitat econòmica.

El Tribunal Suprem indica que no es tracta de l'aplicació de les previsions de la Llei de propietat horitzontal, l'article 17.12 de la qual requereix el vot favorable de les tres cinquenes parts del total de propietaris que representin les tres cinquenes parts de les quotes de participació per a limitar o condicionar aquesta activitat (després de la reforma operada pel Reial decret llei 7/2019, de l'1 de març), sinó de l'encaix que tindria una activitat d'apartament turístic, com a activitat econòmica que és, amb les previsions dels estatuts de la comunitat de propietaris i, en definitiva, de determinar si en els estatuts comunitaris examinats hi ha una prohibició de destinar els pisos a l'ús turístic.

En totes dues sentències es dona la raó a la comunitat de propietaris i s'ordena el cessament de l'activitat de lloguer turístic, ja que en els estatuts socials hi ha una previsió, la validesa de la qual no es discuteix, que estableix que en els departaments independents de l'edifici —habitatges— no es poden exercir activitats professionals, empresarials, mercantils o comercials de cap tipus, de manera que se'n reserva l'ús al caràcter exclusivament residencial.

En resum, en tots dos casos, els estatuts de la comunitat i les normes de l'edifici que s'inclouen en els contractes de compravenda d'habitatge, respectivament, prohibien la realització de cap activitat econòmica.

Per aquesta raó, el Tribunal Suprem, a la vista de la legislació sectorial turística de la comunitat autònoma i de les ordenances municipals aplicables, conclou que ens trobem davant d'una activitat econòmica, ja que es tracta d'una activitat de lloguer dels habitatges,

que s'ofereixen o es comercialitzen com a allotjament per motius turístics o de vacances i són cedits temporalment per la persona propietària, explotadora o gestora, i comercialitzats directament per ella mateixa o indirectament, a tercers, de manera reiterada o habitual i a canvi d'una contraprestació econòmica.

Els efectes que es deriven d'aquesta categorització són evidents, ja que impedeixen desenvolupar aquesta activitat a la comunitat de propietaris corresponent perquè es tracta d'una activitat prohibida per les normes de la comunitat.

Les dues sentències avaluen la prevalença del dret de propietat en l'exercici d'una activitat en un immoble en règim de propietat horitzontal i el dret de la comunitat de propietaris a establir limitacions o prohibicions a aquest dret.

Pel que fa a aquestes limitacions, el Tribunal Suprem entén que han de constar de manera expressa i que perquè tinguin eficàcia enfront de tercers han de ser inscrites en el Registre de la Propietat.

En el cas concret, la Sala Civil del Tribunal Suprem conclou que aquesta interpretació és conforme amb la jurisprudència de la Sala sobre el fet que les limitacions al dret dominical han de ser clares, precises i expresses, i, d'altra banda, perquè la inclusió de l'activitat turística en les prohibicions estatutàries analitzades és perfectament coherent amb l'esperit dels estatuts de la comunitat, que no és altre que prohibir que s'exerceixi als habitatges una activitat econòmica amb caràcter comercial, professional o empresarial, com passa amb els apartaments turístics.

Tal com hem indicat a l'inici del comentari, aquestes dues sentencies són importants perquè suposen una restricció o un control, en aquest cas des de la perspectiva del dret civil, a l'activitat de lloguer d'apartaments turístics il·legals, que és motiu de preocupació i d'intervenció creixent de les administracions públiques.