

EDJ 1986/4289

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 20-6-1986
Pte: García Estartús, Julián

Resumen

La Sala desestima recurso de apelación considerando que todo servicio público, en cuanto implica una actividad prestacionista del Estado u otro ente público dirigida a proporcionar una utilidad a particulares, sólo puede tener como titular activo a dichos entes públicos. En los supuestos de gestión indirecta o mixta, la Sala afirma que la Administración conserva la titularidad de gestión y en consecuencia la facultad de disponer, regular, organizar y modificar la prestación del servicio, de tal modo que aun cuando se dé entrada a los particulares, a través de las distintas formas legalmente admitidas, a la prestación del servicio, subsiste en la Administración un poder de control y dirección y desde luego una potestad sancionadora.

NORMATIVA ESTUDIADA

D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
art.33

ÍNDICE

| | |
|------------------------------|---|
| ANTECEDENTES DE HECHO | 1 |
| FUNDAMENTOS DE DERECHO | 4 |
| FALLO | 4 |

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN LOCAL
LEGITIMACIÓN PROCESAL

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de apelación

Legislación

Aplica art.33 de D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Cita D 1560/1970 de 4 junio 1970. Ordenación de Mercados Mayoristas

En la villa de Madrid, a veinte de junio de mil novecientos ochenta y seis.

Visto el recurso de apelación interpuesto por "Frutera N., S.L.", representada por el Procurador Sr. Ferrer Recuero, bajo la dirección de Letrado; siendo parte apelada el Ayuntamiento de Bilbao, representado por el Procurador Sr. González Salinas, bajo la dirección de Letrado, contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao, de fecha 4 de julio de 1983, sobre sanción cierre 15 días puestos destinados a la venta de frutas señalados con los núms....2 y...4.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Alcaldía del Ayuntamiento de Bilbao, por decreto de 20 de febrero de 1981 impuso a la entidad "Frutera N., S.L.", la sanción de cierre durante quince días de los puestos núms....2 y...4 destinados a la venta de frutas y hortalizas en "M., S.A."; e interpuesto recurso de reposición fue desestimado por decreto de 15 de junio de igual año.

SEGUNDO.- Contra los anteriores acuerdos la entidad "Frutera N., S.L." interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Bilbao, formalizando la demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que se anulen y dejen sin efecto alguno los actos administrativos recurridos, con imposición de costas a la parte demandada.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Bilbao contestó la demanda interesando la desestimación del recurso interpuesto, con imposición de costas a la actora y recibido el pleito a prueba se practicó la obrante en autos, continuándose su curso por el trámite de conclusiones sucintas.

CUARTO.- El Tribunal dictó sentencia con fecha 4 de julio de 1983, en la que aparece el fallo que dice así:"Fallamos:

Primero.- Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso núm. 266 de 1981, interpuesto por la representación de "Frutera N., S.L." contra el Decreto de la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Bilbao, de 20 de febrero de 1981, y las desestimaciones, primero presunta y después expresa con fecha 15 de junio de 1981, del recurso de reposición interpuesto contra aquél

decreto, en virtud del cual se sancionaba a la actora con el cierre durante 15 días de los puestos números...2 y...4 de "Mercado B., S.A.", de los que es adjudicataria.

Segundo.- Que debemos confirmar y confirmamos los referidos actos impugnados.

Tercero.- No hacemos una expresa imposición de costas."

QUINTO.- La anterior sentencia se funda en los siguientes Considerandos:

Primero.- Que el presente recurso, interpuesto por la representación de "Frutera N., S.L.", tiene por objeto el Decreto de la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Bilbao, de 20 de febrero de 1981, por el que se sancionaba a la actora con el cierre durante 15 días de los puestos números...2 y...4, de "Mercado B., S.A.", impugnación que se extiende a la desestimación presunta y después expresa del recurso de reposición interpuesto, produciéndose esta última con fecha 15 de junio de 1981.

Segundo.- Que la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Bilbao, con fecha 31 de octubre de 1979 acordó, "declarar de interés del servicio, la creación del "Pabellón P." -en "Mercado B., S.A." así como que la comercialización de los mismos, no se podrá realizar dentro de "Mercado B., S.A.", fuera del pabellón creado al efecto", acuerdo que fue recurrido por la actora en reposición, siendo desestimado por resolución de 27 de agosto de 1980, frente a la cual se interpuso el recurso contencioso n.º 384/1980 ante esta Sala; como quiera que la actora continuó vendiendo los plátanos en sus puestos de frutas y hortalizas números...2 y...4, sin efectuar el traslado al "Pabellón P.", que al amparo del referido acuerdo ordenó la Comisión Permanente Ejecutiva del Consejo de Administración de "M., S.A." y en fecha de 5 de marzo de 1982 la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Bilbao, por Decreto de 20 de febrero de 1981, le impuso de acuerdo con el art. 66-c) y concordantes del Reglamento de Funcionamiento de "Mercado B., S.A." y previo el correspondiente expediente, la sanción de cierre durante quince días de los puestos núms.....2 y...4, de los que en el cual la recurrente alega como motivos de nulidad de las resoluciones impugnadas los siguientes:

- 1.- incompetencia del Ayuntamiento de Bilbao, por razón del territorio, para adoptar las resoluciones recurridas;
- 2.- incompetencia a los mismos efectos por razón de la materia;
- 3.- inexistencia de infracción o falta que puede ser sancionada;
- 4.- ilegal modificación unilateral de actos creadores de derechos subjetivos;
- 5.- incorrecta interpretación del art. 31 del Reglamento de Prestación del Servicio; y
- 6.- litispendencia.

Tercero.- Que respecto de la litispendencia alegada, es evidente que este recurso y el número 173/1978, tiene por objeto actos administrativos distintos, faltando, el requisito esencial para que tal excepción prospere, cual es la identidad del objeto sobre el que se proyectan ambos recursos, por lo que procede rechazar de plano tal excepción, lo que se hace en este lugar, aun alterando el orden de invocación de la parte actora, pues su estimación hubiera impedido entrar al conocimiento del fondo del asunto, por lo que su tratamiento tiene carácter preferente.

Cuarto.- Que el examen de la legalidad de los acuerdos impugnados, exige previamente determinar cuáles son las normas jurídicas a las que deben ajustarse, lo que en el presente caso conduce a precisar cuál es el alcance jurídico de la municipalización de un servicio público y sugiere a través de una Empresa Mixta, y a tal efecto debe rechazarse; totalmente el planteamiento realizado por la parte actora, según el cual, dicha forma de gestión implica la eliminación del Ente Público titular del Servicio Público, "en todo cuanto suponga gestión del servicio, si no es por medio de su participación en los órganos. de -administración de dicha entidad mercantil" y ello porque todo servicio público, en cuanto que implica una actividad prestacionista del Estado u otro ente público, dirigida a proporcionar una utilidad los particulares, sólo puede tener como titular activo a dichos entes públicos y esa titularidad es claro que incluye entre sus facultades, la de desarrollar, llevar a efecto, en definitiva gestionar, el correspondiente servicio, titularidad de gestión de la que, como, de la propia titularidad del servicio, no puede desprenderse la Administración, sin que el "sino pierda su carácter, lo cual no impide que la gestión pueda desarrollarse de forma directa, indirecta o mixta, ya que en todo caso la Administración conserva dicha titularidad de gestión, y en consecuencia la facultad de disponer, regular, organizar y modificar la prestación del servicio, como reconoce el artículo 33 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de tal manera que aun cuando se dé entrada a los particulares, a través de las distintas formas legalmente admitidas a la prestación del servicio, subsiste en la Administración, un poder de control y dirección, inherente a su propia titularidad, que ejerce directamente sobre la gestión, y ello se refleja claramente en relación con la tradicional figura de prestación indirecta de servicios públicos, que constituyen la concesión, a pesar de la cual y como señalan los artículos 126 y 127 del Reglamento de Servicios, las Corporaciones Locales en razón de la titularidad que conservan, pueden modificar las circunstancias de prestación del servicio, en calidad, cantidad, lugar y tiempo, así como en sus tarifas, fiscalizan e inspeccionan la gestión del concesionario, ejercen una actividad sancionadora sobre el mismo e incluso pueden suprimir el servicio, y si ello es predicable de una forma de gestión indirecta, con mayor razón cuando la misma sea mixta, como claramente se desprende de la Ley de Régimen Local y del Reglamento de Servicios, que tras establecer en sus artículos 164 y 176, y 45 y 102 respectivamente, la posibilidad de municipalización de determinados servicios, lo cual resulta imprescindible para la viabilidad de su gestión mediante una empresa mixta, vienen a determinar que "los actos de gestión del servicio en sus relaciones con los usuarios estarán sometidos a las normas de los Reglamentos del propio servicio" (artículo 178, Ley Régimen Local), siendo el Proyecto de Reglamento de prestación del servicio junto con el de los Estatutos de la Empresa, documentos que debe contener la memoria relativa a la municipalización del servicio, artículo 60.4.º del Reglamento de Servicios, los cuales una vez aprobados definitivamente se configuran como la normativa básica en la prestación del servicio, recogiendo aquéllas que,

en virtud de su poder de control y superior fiscalización, la Administración asume en aras a lograr la mayor efectividad del servicio, en consecuencia hay que concluir que la creación de la Empresa Mixta, "M., S.A." no traslada a la misma la titularidad del servicio público de que se trata, que conserva el Ayuntamiento demandado, en virtud de la cual ejerce aquellas actividades de gestión respecto a los usuarios que de manera específica señalan el Reglamento de Prestación del Servicio y el de Funcionamiento, de 6 de febrero de 1971 y 15 de junio del mismo año, y aquellas otras que le reconozcan las disposiciones de carácter general normativa a la que quedarán sujetas dichas actividades, siendo determinante de su legalidad.

Quinto.- Que entrando ya a resolver sobre cada uno de los motivos de impugnación, hechos valer por la parte actora, se alega en primer lugar la incompetencia por razón del territorio del Ayuntamiento de Bilbao, para adoptar los acuerdos impugnados, cuestión que ha de observarse desde dos aspectos, el primero, de localización de las instalaciones de "Mercado B., S.A." y el segundo, el ámbito espacial en que desenvuelve sus actividades como tal, pues bien, el hecho de que la llamada Unidad Alimentaria de Bilbao, se halle localizada en el término municipal de Basauri, no puede considerarse como causa determinante de incompetencia del Ayuntamiento de Bilbao, para gestionar un servicio público, del que aparece como titular y cuya implantación el mismo ha instado ya que, la mera localización de las instalaciones no altera, ni el titular del servicio, ni de sus usuarios, ni su contenido, ya que dicha localización territorial en modo alguno significaba, por sí misma, la implantación del servicio en el término municipal de Basauri donde radicaba, encontrándonos ante el supuesto previsto en el artículo 46.c) del Reglamento de Servicios, puesto que las instalaciones materiales sólo constituyen un elemento más del servicio en cuestión, que se define sustancialmente por sus sujetos, contenido y efectos, que por lo que se refiere al supuesto de autos, en modo alguno se alteraron por la localización de aquéllas; en cuanto al segundo aspecto de esta cuestión, es de señalar que la extensión de la zona geográfica de influencia, de la Unidad Alimentaria de Bilbao, a otras localidades, tuvo lugar a través del Decreto 1560/1970 de 4 de junio EDL 1970/1385 y la Orden de 6 de mayo de 1971, cuya legalidad han proclamado las sentencias de 5 de febrero y 25 de noviembre de 1974, así como la de 18 de mayo de 1976, pues dichas disposiciones, como expresan las referidas sentencias, traen su causa de la Ley de 24 de junio de 1941, sobre Organización de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, la de 28 de diciembre de 1963, que aprobó el I Plan de Desarrollo y el Texto Refundido del II Plan de Desarrollo y su disposición final primera a cuyo amparo fueron dictados, sin que por lo tanto la extensión geográfica operada, implique ni se funde en una municipalización del servicio en las localidades que se contemplan sino que se funda únicamente en el ejercicio por la Administración del Estado, de las competencias que sobre la materia le reconocen las disposiciones legislativas citadas, concurrencia de competencias que ya prevé la Ley de Régimen Local en su artículo 156 y cuyo desarrollo a través de las indicadas normas, "fuertemente apoyadas en preceptos del más elevado rango" como dice la Sentencia de 5 de febrero de 1974, mantienen y sirven de justificación jurídica a la actividad ejercida por el Ayuntamiento de Bilbao; por todo lo cual procede rechazar la alegación de incompetencia territorial formulada por la parte actora.

Sexto.- Que la parte actora estima que el Ayuntamiento demandado carecía de competencia, por razón de la materia, para dictar las resoluciones impugnadas, afirmando que constituida la empresa mixta, cesa automáticamente la intervención municipal en la materia, planteamiento que como resulta del Cuarto Considerando, es totalmente rechazable, ya que la Administración mantiene la titularidad del servicio y la subsiguiente facultad de control y fiscalización superior de su prestación, además de que la efectiva gestión viene regulada y ordenada por la misma, a través de las correspondientes normas reglamentarias ya citadas, las cuales determinan de una forma precisa las facultades que corresponden a la Administración, y que en lo que atañe a este pleito, se especifican en el art. 71-1 del Reglamento de Funcionamiento de "Mercado B., S.A.", que textualmente dice: "corresponde la imposición de las sanciones al Alcalde a propuesta de la Dirección del Mercado o de la Empresa Mixta, según se trate de faltas leves o graves, respectivamente", por lo que dado que los actos recurridos se limitaban al desarrollo de la competencia reconocida en dicho precepto, ha de estimarse que los mismos, fueron dictados en el ámbito de la competencia material atribuida al Ayuntamiento, y en consecuencia también en este aspecto se ajustaban a derecho, procediendo la desestimación de la alegación en contrario formulada por la actora.

Séptimo.- Que se alega en tercer lugar por la parte actora, la inexistencia de infracción o falta que pueda ser sancionada, estimando que falta la voluntad deliberada o intencionalidad de cometer tal infracción, ya que se limitó "a discrepar razonablemente" de una decisión que consideraba lesiva para sus intereses, postura que ha de rechazarse, pues es claro que el incumplimiento de una orden perfectamente conocida y de posible ejecución, patentiza, acredita y exterioriza una evidente voluntad o intencionalidad contraria a la misma, y que en cuanto que determina directamente su inexecución, se diferencia claramente de la simple "discrepancia razonable", que como tal se encauza a través de los distintos canales legales de oposición, entre los que destaca el amplio sistema de recursos, y no como en el presente supuesto por medio de una oposición frontal a su cumplimiento; y sentado esto, si bien, como señala la sentencia de 16 de junio de 1982, incorporada parcialmente por el actor en sus conclusiones, "la distinción entre desobediencia y desacato es notoria etimológicamente considerada, pues mientras éste es una actitud irreverente a las personas en el ejercicio de sus funciones, la desobediencia es no hacer lo que está mandado^ distinción que se manifiesta con el mismo criterio en el Código Penal EDL 1995/16398, regulándose los delitos de desobediencia y desacato en distintos Capítulos, aunque dentro del mismo Título, no es menos cierto que la norma que la Administración invoca como infringida, que es concretamente el art. 66-c del Reglamento de Funcionamiento citado, no contiene o tipifica una infracción por desacato sino por desobediencia, y para ello basta observar su redacción, el desacato ostensible de las disposiciones o mandatos de la Dirección", la cual si bien es defectuosa en cuanto que emplea la palabra desacato, es clara en cuanto al objetivo que pretende y que es el cumplimiento de las disposiciones y mandatos de la Dirección y no la defensa del honor, respeto y consideración de ciertas personas, que en definitiva integran el desacato, pero es que además una interpretación sistemática del propio art. 66 conduce a la misma conclusión, pues inmediatamente el apartado c), el d) tipifica como infracción "las ofensas de palabra y obra al Director o a los empleados del Mercado", lo que claramente indica que mientras este precepto sanciona las conductas irreverentes frente a las personas, el anterior se refiere a aquellas conductas contrarias al cumplimiento de k, órdenes y disposiciones, todo lo cual lleva a concluir que a pesar de palabra empleada, desacato, lo que realmente tipifica el precepto es - sus órdenes y disposiciones, todo lo cual lleva a concluir que a pesar de la palabra empleada, desacato, lo que realmente tipifica el precepto es una infracción por desobediencia a

las disposiciones y mandatos de la Dirección, en la cual ha de entenderse incardinada la conducta de la actora, que incumplió la orden de traslado al "Pabellón P.", dada, en cumplimiento de lo acordado por la Comisión Municipal Permanente, por el órgano correspondiente de "M., S.A.", y en consecuencia estimándose producida la infracción, sancionada por el órgano competente, que es de acuerdo con el art. 71-1 el Alcalde y dentro de los límites del art. 68, ha de concluirse que los acuerdos impugnados son conformes a derecho, procediendo en consecuencia la desestimación de este recurso y la confirmación de dichos acuerdos.

Octavo.- Que no constituyen obstáculo para el anterior pronunciamiento, las alegaciones formuladas por la parte actora, que se señalaban con los números 4 y 5 en el 2.º Considerando, pues las invocadas, modificación unilateral de actos creadores de derecho subjetivo, y la incorrecta interpretación del artículo 31 del Reglamento de Prestación del Servicio, sin duda se refieren al acuerdo de traslado de la actividad, que no es objeto de impugnación en este pleito, sin que tales alegaciones tengan efectividad alguna respecto de los acuerdos aquí impugnados, que se concretan en el primer Considerando, a lo que cabe añadir que precisamente el acuerdo de traslado, que ha sido impugnado en el recurso núm. 384/ 1980, se contiene la declaración de interés para el servicio, subsanando así el vicio que se imputaba al acuerdo similar que fue objeto del recurso núm. 143/1978, rectificando la interpretación del referido art. 31.

Noveno.- Que no ha lugar a hacer una expresa imposición de las costas, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

SEXTO.- Contra la referida sentencia la parte actora dedujo recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos y en su virtud se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, sustanciándose la alzada por sus trámites legales.

SEPTIMO.- Acordado señalar día para el fallo en la presente apelación, cuando por turno correspondiera, fue fijado a tal fin el día 27 de septiembre de 1985, en cuya fecha se acordó para mejor proveer y con suspensión de plazo para dictar sentencia hacer constar en autos el estado que mantuviera la apelación 84.044, uniéndose, en su caso, testimonio de la sentencia recaída; verificado lo cual, se puso de manifiesto a las partes por el término de tres días para alegar lo que estimaren conveniente, traslado del que hizo uso únicamente la parte apelada; señalándose de nuevo para fallo el día diez de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

OCTAVO.- En la tramitación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

Visto: Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Julián García Estartús.

Vistos: Los preceptos citados en la sentencia apelada y los demás de general y pertinente aplicación.

Aceptando los considerandos de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao, dilucidó, exhaustivamente, todas las cuestiones planteadas por la recurrente en el proceso instado contra los Decretos del señor Alcalde del Ayuntamiento de dicha Capital vizcaína de 20 de febrero de 1981, y 15 de junio del mismo año, por el que se impuso a aquélla una sanción de cierre por quince días de los puestos núms....2 y...4, destinados a la venta de frutas y hortalizas en "M., S.A.", sito en el término municipal de Basauri, y se denegó el recurso de reposición, por incumplimiento del mandato de la Comisión Municipal Permanente de la mentada Corporación Local de 31 de octubre de 1979, por el que en interés del servicio, se creó en ese Mercado un "Pabellón P." y se prohibió su comercialización fuera del recinto de ese Pabellón habiendo reiterado la apelante las alegaciones hechas en Primera Instancia respecto a la incompetencia del Ayuntamiento de Bilbao y su Alcalde para sancionar los hechos que le fueron imputados en el expediente instruido al efecto, y la inexistencia de la falta sancionada con el cierre de sus puestos de venta en el referido Mercado, sin aportar otros elementos de juicio que pudieran desvirtuar la acertada fundamentación de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Por providencia de fecha 27 de septiembre de 1985, con suspensión del plazo para dictar sentencia se ordenó que se hiciera constar en estos autos el estado que mantenía la apelación 84.044, relativa al recurso articulado, por la actora en este procedimiento, contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Bilbao de 31 de octubre de 1979 y el que desestimó la reposición de primero de agosto de 1980, habiéndose aportado la sentencia dictada por esta Sala de fecha 11 de diciembre de 1985 que rechazó la apelación formulada contra la de cinco de abril de 1983, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Bilbao, confirmándola en todos sus pronunciamientos, y aceptando su fundamentación jurídica por la que se declaró la competencia formal y material de dicho Ayuntamiento para modificar las condiciones del servicio de "Mercado B., S.A."; y la legalidad, en consecuencia, de los Acuerdos impugnados, creando el Pabellón para la venta de plátanos y la prohibición de hacerlo en otros puestos, prohibición vulnerada por la demandante que dio lugar al cierre por quince días de los que es titular, conforme a lo dispuesto al apartado c) del artículo 66 del Reglamento de Funcionamiento de "Mercado B., S.A.", y con respecto a los principios de legalidad, tipicidad, y proporcionalidad que informan la competencia punitiva de la Administración.

TERCERO.- Por lo expuesto, y conforme con los fundamentos de la sentencia apelada, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, sin que se aprecie temeridad o mala fe al objeto de la imposición de costas, según lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

Que debemos desestimar el recurso contencioso. administrativo interpuesto por "Frutera N., S.L.", contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso. Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao, de cuatro de julio de 1983, recurso 266/1981; sentencia que confirmamos en todos sus pronunciamientos, sin hacer expresa imposición de costas.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCION LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Botella Taza.- José María Reyes Monterreal.- Julián García Estartús. Rubricado.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julián García Estartús, estando celebrando audiencia pública en el día de hoy la Sala Cuarta de lo Contencioso Administrativo, de todo lo cual como Secretario, certifico. Madrid, 20 de junio de 1986. Firmado: José María López Mora. Rubricado.

Y para que conste y unir al rollo de su razón, expido el presente testimonio en Madrid, a veinte de junio de mil novecientos ochenta y seis.