|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 167/2016 |
| Fecha | de 4 de octubre de 2016 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. |
| Núm. de registro | 1517-2016 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1517-2016 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 21 de marzo de 2016, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid remitió testimonio del Auto de 11 de febrero de 2016 por el que se acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado d) del art. 100.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid.

Mediante diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia del Pleno de 5 de mayo de 2016 se acordó librar atenta comunicación al órgano judicial a fin de que a la mayor brevedad posible se remitiese copia adverada de la totalidad de las actuaciones relativas al procedimiento ordinario núm. 179-2014, excepto del procedimiento administrativo. El testimonio íntegro de las actuaciones tuvo entrada en el Registro General del Tribunal el 13 de mayo de 2016.

2. Los hechos que pueden ser relevantes en este proceso constitucional son los siguientes:

a) Con fecha de 25 de junio de 2014 se plantea recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Galapagar, por el que se aprueba definitivamente el Reglamento del mercado municipal de Galapagar (notificado el 10 de febrero de 2014 y publicado en el “BOCM” núm. 64, de 17 de marzo de 2014). La recurrente es titular de concesiones administrativas para la explotación de determinados puestos del mercado municipal de Galapagar.

Según consta en las actuaciones remitidas, la recurrente presentó solicitud de asistencia jurídica gratuita lo que comportó la suspensión del término para la interposición del recurso (diligencia de ordenación del Secretario Judicial de 3 de abril de 2014). Por diligencia de ordenación de 11 de junio de 2014 se dio un plazo de diez días para la interposición del recurso. Por Decreto de 1 de julio de 2014 se admitió a trámite el recurso.

La demanda solicita se dicte sentencia en la que se revoque y anule totalmente el contenido de la resolución recurrida y, subsidiariamente, los arts. 7, 8, 9 y 15, así como la disposición transitoria segunda de dicho Reglamento. Una de las cuestiones que suscita la misma es que el régimen del procedimiento de adjudicación de la nueva zona comercial y de ocio para los no antiguos sea en régimen de alquiler por diez años ya que cuando se trata de adjudicar el uso sobre un bien de dominio público afecto a un servicio público, ha de ser bajo concesión administrativa y no mediante contrato de arrendamiento.

El Ayuntamiento de Galapagar se opuso a la demanda. Solicitó la inadmisión del recurso por la presentación del escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido y, subsidiariamente, interesó la desestimación del mismo.

b) Por providencia de 28 de julio de 2015, el órgano judicial, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), otorgó trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado d) del art. 100.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid.

El Fiscal interpuso recurso de reposición contra dicha providencia interesando se dictase otra en la que se concretasen los preceptos constitucionales infringidos, la relación con el fallo a dictar y la duda de constitucionalidad. La parte recurrente, mediante escrito de 11 de septiembre de 2015, manifestó su conformidad al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Mediante Auto de 15 de octubre de 2015, el órgano judicial estima en parte el recurso de reposición interpuesto por el Fiscal y otorga un nuevo plazo de diez días para que formule las alegaciones que estime convenientes en relación con si “el apartado d) del art. 100.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid pudiera ser contrario al artículo 149.1.18 de la Constitución Española”.

El Fiscal, mediante escrito presentado el 4 de noviembre de 2015, no se opone al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El representante del Ayuntamiento de Galapagar, mediante escrito presentado el 4 de noviembre de 2015, considera que no sería procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad porque el apartado d) del art. 100.3 de la Ley 2/2003 no resulta aplicable ni de su validez depende el fallo, puesto que la recurrente es titular de las concesiones administrativas para la explotación de los puestos 9 y 10 del mercado municipal de Galapagar, por lo que no resulta de aplicación el arrendamiento como forma de gestión indirecta de los servicios públicos.

c) Por Auto de 11 de febrero de 2016, el órgano judicial plantea cuestión de inconstitucionalidad “sobre el apartado d) del art. 100.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, por poder incurrir este precepto autonómico en vicio de inconstitucionalidad por vulneración de la legislación básica del Estado, infringiendo el art. 149.1.18 de la CE, en relación con el art. 85.2 B de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y el art. 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”.

3. Del contenido del Auto de planteamiento interesa destacar lo siguiente:

Tras referirse sucintamente en los antecedentes de hecho, el órgano judicial expone la duda de constitucionalidad que se le plantea. Entiende que el apartado d) del art. 100.3 de la Ley 2/2003 incurre en vicio de inconstitucionalidad por vulneración de la legislación básica del Estado infringiendo el art. 149.1.18 CE. La norma autonómica contempla el arrendamiento como forma de gestión indirecta de los servicios públicos, si bien esta modalidad de gestión indirecta no se contempla en el art. 85. 2 b) de la Ley reguladora de las bases de régimen local que establece que “los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación”, contemplándose en el apartado b) la “gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”. A su vez, en el artículo 277 de esta última disposición se establecen las modalidades de la contratación de la gestión de los servicios públicos que son las de concesión, gestión interesada, el concierto, y la sociedad de economía mixta, no encontrándose entre estas modalidades la del arrendamiento. Por ello, el órgano judicial entiende que el precepto cuestionado puede incurrir en vicio de inconstitucionalidad por vulneración de la legislación básica del Estado lo que, a su juicio, lleva a la necesidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad conforme a la doctrina constitucional que establece que los órganos judiciales no pueden dejar de aplicar una norma autonómica al caso enjuiciado por considerar que dicha norma sea contraria a una ley básica estatal (STC 195/2015, de 21 de septiembre).

A continuación, el órgano judicial se refiere expresamente a los juicios de aplicabilidad y de relevancia, señalando al efecto que la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Tiene en cuenta el órgano judicial que la impugnación realizada en la demanda se refiere, entre otros preceptos, al art. 7 del Reglamento que prevé que “el régimen del procedimiento de adjudicación de la Nueva Zona Comercial y de Ocio para los no antiguos, sea en régimen de alquiler por 10 años, cuando lo que se trata es de adjudicar el uso sobre un bien de dominio público afecto a un servicio público, debiendo ser bajo concesión administrativa, no mediante contrato de arrendamiento”. A la vista de dicho motivo de impugnación, y teniendo en cuenta que el art. 7 del Reglamento tiene su cobertura en el art. 100.3 d) de la Ley 2/2003, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la misma, la decisión sobre dicho motivo de impugnación depende de la validez del precepto autonómico cuestionado. Asimismo, contesta a las alegaciones realizadas por el Ayuntamiento de Galapagar respecto a que el art. 100.3 d) de la Ley 2/2003 no resulta aplicable al caso ni de su validez depende el mismo, entendiendo que, con independencia de la situación jurídica individualizada de la recurrente, lo cierto es que no cabe negarle la legitimación para impugnar el art. 7 del Reglamento en cuanto éste contempla el arrendamiento como forma de gestión.

4. Por providencia de 5 de julio de 2016 la Sección Segunda acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegue lo que considere conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC) en especial a la vista de la STC 102/2016, de 25 de mayo.

5. La Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones el día 8 de septiembre de 2016 interesando la inadmisión de la cuestión por los motivos que se resumen a continuación.

Tras exponer los antecedentes del caso, analiza el cumplimiento del trámite de audiencia, así como de los juicios de aplicabilidad y relevancia que el órgano judicial fundamenta en el Auto de planteamiento. Sin embargo, considera la Fiscal General del Estado que la presente cuestión de inconstitucionalidad ha de resolverse conforme a la doctrina contenida en la STC 102/2016, de 25 de mayo, que se aparta de la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional en cuanto a la solución constitucional que debe darse a determinados supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida de preceptos legales autonómicos como consecuencia de la posterior modificación de la legislación básica del Estado y que en el momento de su promulgación eran coincidentes. Dicha Sentencia resolvió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1619-2015, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con el art. 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, por su posible inconstitucionalidad sobrevenida con el art. 47.2 a) de la Ley reguladora de las bases del régimen local, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

Considera el Ministerio Fiscal que en el presente caso nos hallamos con que la controversia constitucional que se somete a la consideración de este Alto Tribunal es idéntica a la sometida al Alto Tribunal en la STC 102/2016, aunque, en este caso, la norma autonómica no se ha dejado de aplicar como sucedió en el supuesto analizado por la Sentencia constitucional citada. Al respecto, entiende que los elementos de análisis que tuvo en cuenta el Tribunal Constitucional en la referida Sentencia se reproducen en la presente cuestión de inconstitucionalidad.

En primer lugar, considera que nos hallamos ante un supuesto en que el precepto autonómico cuestionado, el apartado d) del art. 100.3 de la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2003, de 11 de marzo, era coincidente en el momento de su promulgación con la norma básica estatal sobre la materia, en concreto el art. 85 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, que recogía como una modalidad de gestión de los servicios públicos locales la de arrendamiento. La contradicción del precepto autonómico surge con posterioridad a su promulgación como consecuencia de las reformas operadas de la Ley reguladora de las bases de régimen local y el reenvío que hace a la Ley de contratos del sector público. En el art. 277 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, que regula las modalidades de contratación de gestión de servicios públicos no figura el arrendamiento, que sí era contemplado en la redacción originaria del precepto.

En consecuencia, afirma el Ministerio Fiscal, el legislador autonómico, al desarrollar la legislación básica sobre las modalidades de contratación de la gestión indirecta de los servicios públicos reprodujo la legislación básica vigente en el momento de promulgación de la norma autonómica cuestionada y, tras las modificaciones producidas por la legislación básica sobre la materia, no ha procedido a adecuar la norma autonómica cuestionada al nuevo contenido de aquella legislación, produciéndose, en consecuencia, una divergencia entre la norma autonómica y la estatal básica con posterioridad a la primera.

En segundo lugar, atendiendo a los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la prevalencia sentados por el Tribunal Constitucional, en opinión del Ministerio Fiscal, concurre que en el presente caso tanto el Estado, al amparo del art. 149.1.18 CE, como la Comunidad Autónoma, conforme al art. 27.2 de su Estatuto de Autonomía, ostentan competencias en materia de contratación administrativa.

En tercer lugar, concurre también el presupuesto de que la norma de contraste estatal tenga carácter básico de acuerdo con la STC 161/2013, FJ 11.

Concluye el Ministerio Fiscal afirmando que, visto que los presupuestos de análisis de la presente cuestión de inconstitucionalidad son coincidentes con los que se tuvieron en cuenta en la STC 102/2016, la consecuencia es que el art. 100.3 d) de la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid no es aplicable al caso controvertido en el proceso subyacente del que trae causa la presente cuestión, por lo que procede inadmitir la misma.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid promueve cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado d) del art. 100.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid.

El precepto cuestionado establece lo siguiente: “1. Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad. … 3. La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas: a) Concesión. b) Gestión interesada. c) Concierto. d) Arrendamiento. e) Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local”.

El órgano judicial considera que el apartado d) del art. 100.3 de la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2003 vulnera la legislación básica del Estado, infringiendo el art. 149.1.18 CE. La norma autonómica contempla el arrendamiento como forma de gestión indirecta de los servicios públicos locales, modalidad que no se contempla en el art. 277 de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al que se remite el art. 85. 2 b) de la Ley reguladora de las bases de régimen local para la definición de dichas modalidades de gestión. Por ello, el órgano judicial entiende que el precepto cuestionado puede vulnerar la legislación básica del Estado por lo que, conforme a la doctrina constitucional de la STC 195/2015, de 21 de septiembre, eleva la presente cuestión de inconstitucionalidad para que este Tribunal se pronuncie sobre el apartado d) del art. 100.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid.

La Fiscal General del Estado, por las razones expuestas en los antecedentes, ha interesado la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales, en concreto, del juicio de aplicabilidad, conforme a la STC 102/2016, de 25 de mayo.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), el Tribunal puede rechazar en trámite de admisión y mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que no cumplan los requisitos procesales o que fueran notoriamente infundadas. Como ha sostenido el Tribunal en reiteradas ocasiones, “dichos requisitos procesales, enumerados en el art. 35.2 LOTC en desarrollo de lo dispuesto en el art. 163 CE, tienden a evitar que la cuestión de inconstitucionalidad se convierta en un medio de impugnación directa y abstracta de la validez de la Ley, garantizando, al propio tiempo, que su uso sirva a la finalidad de conciliar la doble obligación que recae sobre los órganos judiciales de actuar sometidos a la ley y a la Constitución" (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; AATC, 393/2004, 19 de octubre de 2004, FJ 1; 76/2007, de 27 de febrero, FJ 2; 189/2009, de 23 de junio, FJ 2, y 142/2016, de 19 de junio, FJ 1, entre otras muchas resoluciones).

3. Como ha puesto de relieve la Fiscal General del Estado, conforme a nuestra doctrina sentada en la citada Sentencia 102/2016, de 25 de mayo, y reiterada en SSTC 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio, en este caso no se puede considerar cumplido el juicio de aplicabilidad.

En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial parte de que al poder incurrir el precepto cuestionado en vicio de inconstitucionalidad por vulneración de la legislación básica del Estado ha de plantear cuestión de inconstitucionalidad conforme a la doctrina constitucional (STC 195/2015) que establece que los órganos judiciales no pueden dejar de aplicar una norma autonómica al caso enjuiciado por considerar que dicha norma sea contraria a una ley básica estatal.

Ahora bien, resulta necesario ahora tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de prevalencia contenida en la reciente STC 102/2016, de 25 mayo, y reiterada en SSTC 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio, que resolvían cuestiones de inconstitucionalidad sobre el mismo precepto y planteadas por el mismo órgano judicial y en las que concurrían una serie de circunstancias que determinaron que el Tribunal concluyera que “la prevalencia del derecho estatal debe jugar en tanto no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada” (SSTC 102/2016, FJ 6, y 127/2016, FJ 2).

Dichas circunstancias se concretan en que se trata de un caso de “inconstitucionalidad indirecta o mediata” (SSTC 102/2016, FJ 1, y 116/2016, FJ 2); “sobrevenida” (SSTC 102/2016, FJ 2, y 116/2016, FJ 2): “la legislación autonómica no ha hecho sino reproducir la legislación básica, y ésta se modifica después en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica” (STC 102/2016, FFJJ 2 y 3) y, además, “el Tribunal ya se ha pronunciado en favor del carácter básico de la regulación [estatal]” (STC 102/2016, FJ 6).

En el presente caso, concurren las mismas o muy similares circunstancias que las que concurrían en la cuestión de inconstitucionalidad sobre la que se pronuncia la referida Sentencia 102/2016: inicialmente el precepto cuestionado y la Ley reguladora de las bases de régimen local establecían la misma regulación. Concretamente, el citado art. 100.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, establece, en una redacción que no ha sido modificada desde su aprobación, que la gestión indirecta de los servicios públicos locales “adoptará alguna de las siguientes formas: a) Concesión. b) Gestión interesada. c) Concierto. d) Arrendamiento. e) Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local”.

Dicho precepto venía a reproducir lo establecido en el art. 85.2 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, que, en el momento de aprobación de la norma autonómica, disponía que “la gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas: a) Concesión. b) Gestión interesada. c) Concierto. d) Arrendamiento. e) Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local”. La norma básica estatal, tras sucesivas modificaciones, dispone que “los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación: B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”.

En el artículo 277 de dicha norma se establece, a su vez, que “la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate .d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”. Por lo tanto, existe una aparente contradicción entre la legislación autonómica y la legislación estatal en la medida en que esta última no contempla, en la actualidad, el arrendamiento como forma de gestión indirecta de los servicios públicos.

Además, el Tribunal Constitucional ha declarado básico el citado art. 85.2 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, antes de su modificación por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, si bien con un contenido coincidente con la regulación vigente en cuanto a la remisión a la Ley de contratos de las formas de gestión de los servicios públicos. Así, en STC 161/2013, de 26 de septiembre, FJ 11, se afirma que “la gestión indirecta consiste en encomendar a un tercero la función de prestación de determinados servicios de competencia de la Administración y tiene por objeto una prestación típica de los contratos regulados por la legislación de contratos públicos según el art. 149.1.18 CE. Por esta razón, la definición de los contratos mediante los que se podrá instrumentar la gestión indirecta es esencial para determinar la intensidad con que se aplicarán los preceptos de la legislación contractual, tanto en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato como en cuanto al régimen jurídico aplicable. Por tanto, forma parte de la legislación básica del Estado en materia de contratos. No puede admitirse la conclusión a la que nos llevaría el argumento de la parte recurrente de que las bases deben ser más reducidas en lo que respecta a la contratación local por la necesidad de dejar espacio a las Comunidades Autónomas para regular los aspectos organizativos locales. En consecuencia, la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara que el artículo 85.2 b) LBRL constituye legislación básica del Estado, no es contraria a la Constitución”.

4. Atendiendo a lo anteriormente expuesto, al concurrir en este caso las mismas circunstancias que las que confluían en la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 102/2016 procede, en virtud del mismo razonamiento, acordar también en este caso la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por considerar que el apartado d) del art. 100.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, debido a la aplicación del principio de prevalencia ex art. 149.3 CE, no es aplicable al pleito a quo, con lo que no se cumpliría con la naturaleza concreta de la cuestión de inconstitucionalidad exigida por el art. 163 CE y el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (STC 127/2016, FJ 8).

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a cuatro de octubre de dos mil dieciséis.