

“Si supiera que el mundo se acaba mañana yo hoy aún plantaría un árbol”. M.L. King.

¿Autonomía Local confinada? Preocupaciones de un operador jurídico local fruto de la declaración el Estado de Alarma.

En estas primeras líneas debo reconocer sin ambages que ocasiones como la que estamos viviendo en España fruto de una crisis sanitaria conocida como “COVID-19” le llegan a uno a desvalijar la pasión e ilusión por reflexionar y escribir, y ello a pesar de que ha sido uno de mis entusiasmos desde joven, aunque ciertamente con el transcurrir de los años el destino o la casualidad quisieron que mis estudios universitarios se orientaran por la senda de la licenciatura en Derecho(en lugar de periodismo), y de fruto de ello a partir de ese preciso momento, allá por el año 1995, la gran mayoría del tiempo dedicado a la lectura(cuando las tareas familiar se lo permiten a uno) tengan como protagonistas a libros, comentarios, y manuales jurídicos, aparcándose para otro momento la frustrada pasión por escribir.

En todo caso no puedo ocultar que la amable invitación cursada por la Asociación de Letrados de Entidades locales es una oferta que como diría Vito Corleone en la película “El padrino”, uno no puede rechazar. Reconozco que me provoca ilusión excepcional me permitan cobijar estas reflexiones en su espacio en la red de redes para compartir con la colectividad jurídica unas deliberaciones acerca de los efectos jurídicos que ha suscitado en las Corporaciones Locales la declaración de estado de alarma aprobada por el poder ejecutivo mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, publicado en el BOE del día 14 Marzo 2020, entrando en vigor el mismo día.

Aprovecharé la ocasión que se me brinda para al hilo de las medidas acordadas por las Corporaciones Locales con ocasión del estado de alarma, **detenernos en un breve análisis de la cuestión, menos pacífica de lo que podía imaginar, relativa a los efectos y eficacia de las medidas acordadas por el gobierno al declarar el estado de alarma respecto de la libertad de circulación en espacios que no son de uso público en el estricto sentido de merecer la calificación de bienes de dominio público**, por estar afectados a algún destino público local, ya sea un uso general o servicio público, y con ello las consecuencias del ejercicio punitivo por parte de la Administración.

Efecto inmediato de lo anterior será la necesaria mención a las consecuencias punitivas que llevarían aparejadas las eventuales infracciones, las cuales pudieran inclusive ser objeto de reproche penal.

De cualquier forma, el lector podrá comprobar que en ocasiones tal hilo argumental no será excusa u obstáculo para explorar otras materias que íntimamente relacionadas con lo anterior adquieren una relevancia práctica mayor.

Entendemos preciso para una mejor visión de lo adveroado referirnos de antemano indicar que merecen la condición de bienes de uso público local (no de servicio público) los caminos y carreteras, plazas, calles, paseos, parques, aguas, fuentes, canales, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local.

Ergo, la propiedad privada protegida en el Artículo 33 de la Constitución Española se encuentra extramuros de las potestades municipales en materia de bienes de dominio público, y en menor medida como es lógico las Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, que carecen de competencias en materia de conservación y policía de tales bienes privados. (Artículo 3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986 de 13 Junio.)

Recordemos que en la introducción del Real Decreto 463/2020 se justifica de modo sucinto el título habilitante para acordar su aprobación, siendo éste el artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, indicándose que, y reproducimos literalmente que se adopta para:

“...hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma.”

La fundamentación empleada refiere que las medidas que se contienen en el Real Decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma **y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución.**

Repárese que la Salud, que se encuentra proclamada como Derecho en el Artículo 43 de la Constitución Española, no merece la condición de Derecho Fundamental de la persona, si bien no puede negarse que la vida (artículo 15), y la Seguridad (artículo 19), se catalogan como tales derechos fruto de su inclusión en la Sección I, Capítulo II, Título I.

Tanto la salud, en su íntima conexión con la vida, como la seguridad de la ciudadanía son derechos que el gobierno considera necesario proteger fruto de la pandemia declarada por la Organización Municipal de la Salud, y que han supuesto un claro condicionamiento de otro derecho Fundamental, en este caso el citado derecho a circulación.

De cualquier forma, estamos ante una habilitación expresa, si bien bajo determinadas condiciones, a favor del poder ejecutivo, prevista en el Artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, la cual en su Apartado 11 contempla dentro de las medidas posibles a adoptar en el periodo de duración del estado de alarma:

“Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.”

Así pues, fruto del Real Decreto 463/2020, con la modificación operada mediante Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, se adoptan medidas con aplicación en todo el ámbito nacional, sin efectuar discriminación horaria alguna, siendo de destacar que ha sido la redacción del Artículo 7.1 la que ha llamado más recientemente mi atención, al descubrir que suscitaba debates jurídicos relativos a su aplicación o no a los complejos inmobiliarios privados (comunidad de propietarios), en particular a los espacios sitios dentro de las zonas privadas.

Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las actividades expresamente referidas, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada.

Cohonesta con lo anteriormente indicado la práctica acometida por algunas Corporaciones Locales, las cuales han empleado el Bando para regular la franja horaria dentro de la cual la vecindad podrá salir a la vía pública a efectuar compras y/o gestiones.

Ciertamente el Bando, Artículo 84 de la LRBRL, es uno de los instrumentos de los que disponen las Entidades locales para intervenir en la actividad de sus ciudadanos, si bien del mismo modo debe reconocerse que el Bando, competencia del Alcalde, no constituye norma jurídica, sino actos administrativos que carecen de valor normativo, siendo impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa si el mismo.

El bando municipal queda pues configurado o reservado para cuestiones de índole menor, generalmente en aras de recordar el cumplimiento de deberes legales o reglamentarias, o de actualización de mandatos contenidos en las Leyes cuando se producen las situaciones que éstas contemplan (STS de 28 de diciembre de 1977).

Dado el sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento jurídico(Artículo 103 CE) podemos concluir que tal proceder estaría viciado, estando en presencia de presuntos actos administrativos carentes de cobertura jurídica, constituyen una desviación de poder, entendiéndose por ésta, según el Artículo 70 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

Claramente una cosa es que el Artículo 6 del Real Decreto 463/2020 mantenga que cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma, y otra cosa bien distinta y sin justificación es que cada Entidad Local regule mediante Bandos los horarios de apertura y cierre de los establecimientos comerciales, o excepción, al modo de derogación singular de Ordenanza/reglamento, los concretos trámites y fases exigibles para la concesión de ayudas o subvenciones.

No sería tampoco correcto jurídicamente aprovechar este escenario de crisis sanitaria para, a mero título de ejemplo, suspender la publicación de información en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento, no publicar los contratos adjudicados por el trámite de emergencia en el perfil del contratante, tramitar como contratos de emergencia contrataciones que deben de ser objeto de tramitación bien ordinaria bien en su caso urgente, así como iniciar de modo apresurado y sin debido cumplimiento de los requisitos para actuar en el ámbito de las competencias “impropias”, la convocatoria de línea de subvenciones en materia propia de políticas activas de empleo, donde las corporaciones Locales carecen de competencias según el Artículo 25 de la Ley 7/85, de 2 de Abril de Bases de Régimen Local.

Del mismo modo en el ámbito interno municipal han proliferado desde el día 16 de Marzo a la presente en la gran mayoría de las Corporaciones locales instrucciones de servicio (artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) tratando de conferir seguridad y organización al régimen habitual de prestación de servicios por parte de sus empleados públicos, especialmente con ocasión de la necesidad de acometer con urgencia el teletrabajo por parte de sus empleados. Claro está que el teletrabajo exige disponer de una mínima cultura de Administración Electrónica, pues a la postre pudiéramos entender que ambas son las dos caras de una misma moneda.

Refiriéndonos directamente al análisis del ámbito de extensión y efectos del Artículo 7.1 del RD proponemos al lector el siguiente experimento, que pasaría por emplear dos tipos de lentes en las gafas con la que analizar la realidad jurídica.

Si nos ponemos unas gafas con entes de visión donde prime una lectura literal de la norma, alejada de cualquier mínima labor hermenéutica, acertamos que al estar prohibido circular por vías o espacios públicos (entendido como dominio público local) estarían excluidas de dichas medidas no sólo la propiedad privada, sino los propios espacios, bienes, y demás infraestructuras que se encuentran dentro de las urbanizaciones en cuanto a Comunidad de Propietarios de naturaleza jurídico-privada.

No obstante, parece recomendable emplear unas lentes de mayor amplitud, que permitan una lectura de la norma de conformidad con lo establecido en el Artículo 3.1 del Código Civil, cuando indica que:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

Consideramos que es pretensión principal del Real Decreto evitar nuevos contagios, siendo a nuestro entender que una óptica forma de evitarlos pasa por adoptar las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias (tanto en espacios de uso público como privados), conteniendo la rápida propagación de la enfermedad consecuencia del contacto de personas.

En tal sentido merece ser recordado que nos encontramos, según los expertos, ante una enfermedad que se transmite principalmente a través de las gotículas generadas cuando una persona infectada tose, estornuda o espira.

Desde nuestro punto de vista no es necesario para ello que sean dictados acuerdos por los órganos de gobierno de la Comunidad de Propietarios para limitar o prohibir el uso de las instalaciones deportivas, infantiles o de ocio que puedan existir en una comunidad de propietarios, por cuanto se trataría de zonas de uso común dentro de una propiedad privada, sin constituirse en un “oasis” de inaplicación de las medidas jurídicas adoptadas por el gobierno en aras de hacer frente a una situación grave y excepcional que sólo en España ha supuesto a la fecha presente más de 20.000 fallecidos, siendo la cifra de 157.400 en todo el mundo.

A mayor detalle y justificación de tal tesis interpretativa acudimos a la lectura del Artículo 9.1 apartado a de la Ley 49/1960 de 21 Julio, de propiedad horizontal, cuando cita entre los deberes de los propietarios: **“Respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios”**

Esto es, se configura una doble tipología de elementos comunes en un recinto privado sometido a la regulación contenida en sus Estatutos, así como en la Ley de Propiedad Horizontal, de un lado de uso general, y de otro lado privativo a favor de propietarios, siendo que a aquellos es a los que se extienden los efectos de las medidas adoptadas por el gobierno.

Aceptar la tesis contraria, esto es la extensión de las cautelas y garantías de la propiedad privada a los bienes de la comunidad de uso general conduciría desde nuestro punto de vista a convalidar un campo de actuación favorable a los contagios de la enfermedad, la cual podría a su vez ser contagiada (con elevada probabilidad) al resto de integrantes de la unidad familiar, los

cuales a su vez continuarían la cadena de contagios en su ámbito laboral, aún cuando se estén adoptando para ello las mínimas medidas de seguridad.

Se encontrarían igualmente suspendidos(al modo de los términos y plazos del procedimiento administrativo) los derechos y deberes de los propietarios respecto de la libre disposición de su derecho a las instalaciones de uso común que pudieran existir en Comunidades de propietarios, lo que supone que, llegado el próximo período estival, y salvo nuevas indicaciones de las Administraciones Públicas competentes de la política de desescalamiento, muy a nuestro pesar nos encontremos con nulas o en su caso condicionadas opciones para disfrutar de las piscinas comunitarias, privativas sí pero de uso común de todos los vecinos e inclusive invitados de éstos.

Consecuencia de todo lo adverbado es que ante tal incumplimiento sea de directa aplicación lo previsto en el Artículo 20 del RD, que bajo la rúbrica “Régimen sancionador”, nos indica que se aplicará el régimen sancionador con base a lo previsto en las leyes, de conformidad con lo establecido en el Artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Recordemos que la Constitución (Artículo 25) preconiza que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. Ello nos conduciría en principio a la aplicación de normativa administrativa. En particular, y sin ánimo de constituir números clausus, nos referiremos a:

-Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

-Ley 17/2015 del Sistema Nacional de Protección Civil.

-Ley 33/2011 de Salud Pública.

Si bien cabe entender que la conducta más habitualmente denunciada será la atinente a la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones(artículo 36.6 de la Ley Orgánica de protección Ciudadana), o en su caso el incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público(Artículo 37.3 de la meritada Ley Orgánica), **no por ello debe obviarse que frente a las conductas más graves podrá intervenir la jurisdicción penal al llegar a ser constitutivas de delitos**, siendo muestra de ello la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 3 de Vilagarcía de Arousa, de 27 Marzo de 2020, donde se condena a una persona por un delito de desobediencia grave, previsto y penado en el artículo 556.1 del Código Penal en relación con el artículo 20 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, dado que había sido sancionado en días previos por incumplimiento de las medidas de confinamiento.

Respecto de las cuantías económicas de las infracciones el Artículo 39 recoge que las infracciones muy graves se sancionarán con multa de 30.001 a 600.000 euros; las graves, con multa de 601 a 30.000 euros, y las leves, con multa de 100,00 a 600 euros, por lo que parece razonable el aplicar con prudencia y sentido común por parte de los agentes de los cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado el ejercicio de denuncia administrativa, por cuanto no es necesario una profunda explicación respecto de la tensión, tristeza e incertidumbre acumulada por muchas personas tras permanecer confinadas, o si se prefiere la expresión en régimen de semilibertad, en sus domicilios, cuando muchos de ellos apenas alcanzan la superficie útil de 70 metros cuadrados según informaciones de fechas pasadas.

Así pues, imaginemos el siguiente caso de ficción, pero seguro que nada alejado de la realidad. El progenitor de la familia x, tras llevar más de un mes encerrado en su domicilio sin terraza, con superficie inferior a 60m², conviviendo con su esposa (con un ERTE declarado), y sus dos hijos menores, y tratando de trabajar en casa (que no es lo mismo que teletrabajar), así como de ejercer de maestro de sus hijos (por cuanto no se ha producido una suspensión del calendario lectivo) decide liberar tensiones bajando y subiendo la escalera del bloque durante una hora en la que pueda molestar al menor número de personas, o en su caso recorriendo el garaje o cualquier otras zonas de tránsito común de la comunidad de propietarios.

Un vecino molesto por tal comportamiento alerta a la Policía Local, la cual en cumplimiento de su deber, y tras personarse en el lugar, denuncia al vecino, presunto infractor, el cual se encontrará sometido a un procedimiento administrativo sancionador, que en función de los hechos concurrentes podría ser sancionado por comisión de una infracción leve (con multa de hasta 600,00€) e inclusive grave, donde la multa en tal caso podría llegar a ascender a la cuantía de 30.000,00€, cifra que a priori podría entenderse desproporcionado a tenor de los hechos causantes.

Un final feliz en este hipotético relato de ficción jurídica pasaría porque los agentes informaren al vecino de lo equivocado de su interpretación, siendo que no debemos exigirle a una persona lego en derecho que sea capaz de descifrar la en ocasiones compleja aplicación del ordenamiento jurídico, más aún cuando se trata de normas aprobadas urgentemente, sin una previa maduración, sobre las que no existe a la presente jurisprudencia, y que en un muy corto espacio de tiempo han sido modificadas.

Ciertamente es la primera ocasión, que al menos tengamos constancia, de que se aplica en nuestro país bajo la vigencia de la Constitución Española la declaración del Estado de alarma, lo que bien justificaría en los aplicadores no sólo una actuación guiada por el principio de servicio efectivo al ciudadano y proximidad, de conformidad con el Artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de régimen Jurídico del Sector Público, sino la equidad en su ejercicio.

No serán excepciones los casos en los que se pueda imponer una infracción de 600,00€, calificada como leve recordemos, a una persona que fruto de la crisis ha sido despedida, objeto de un ERTE, o que en su condición de trabajador autónomo ha visto mermados sus ingresos habituales hasta el desesperante escenario de no poder alcanzar a abonar el alquiler de su vivienda, o hacer frente al compromiso mensual con su banco para pagar el préstamo hipotecario.

Continuando como los escenarios de ficción jurídica, imaginemos ahora que sea un empleado público el que desobedezca las instrucciones y órdenes de sus superiores respecto del deber de denunciar las conductas prohibidas, como podría ser el caso de personas que acuden a la farmacia a adquirir sus medicamentos haciendo "footing".

En tal caso, las Autoridades podrán suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos, pasando, en su caso, el tanto de culpa al Juez, y se notificará al superior jerárquico, a los efectos del oportuno expediente disciplinario.

Siempre será bueno, cuando tengamos en la mesa de nuestro despacho, o en su caso en el gestor documental donde manejemos el expediente electrónico del Artículo 70 de la LPAC, el tener un ejemplar de nuestra Constitución abierta, en particular por el Artículo 1, **cuando proclama que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que**

propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Como corolario de este breve comentario quiero trasladar mi agradecimiento a la Asociación de Letrados de Entidades Locales, mostrando mi público reconocimiento sincero, y gratitud a tantísimos empleados públicos, y entidades privadas, que con su comportamiento están demostrando que a pesar de las dificultades y vicisitudes que estamos atravesando, podemos ser moderadamente optimistas en cuanto a la era post COVID-19, donde sector público y privado, y con especial hincapié los servidores públicos, la oportunidad de contribuir a la moderna Administración que con eficiencia y eficacia preste el servicio público de calidad que demanda la sociedad.

Cierto es que, parafraseando a Prats, **“No puede haber una sociedad sostenible sin una buena Administración, y que ésta no puede existir sin ciudadanos virtuosos”.**

Del mismo modo, quiero reseñar mi gratitud con el lector por el tiempo dedicado a la lectura de estas reflexiones personales (ya se sabe lo preciado que es por cuanto no podemos recuperarlo), a mitad de camino entre un exhaustivo análisis jurídico (no se ha pretendido en todo caso), y un comentario reflexivo que nace de la firme opinión de que estamos en un tiempo distinto donde nos es exigible ser empáticos con los demás desde nuestra posición de empleados públicos, valorando todo lo bueno que como servidores públicos podemos hacer por los demás, y todo ello tratando de huir de la rigurosa aplicación automática de la normativa (en ocasiones no acomodada a las excepcionales circunstancias que vivimos), considerando que **quizás ahora más que nunca, los destinatarios de las competencias y servicios municipales no son meros administrados, ni interesados, y ni tan si quiera meros ciudadanos, sino que en un nada desdeñable prisma cualitativo han pasado a adquirir el nuevo “status” de necesitados, y a buen seguro que desde tal prisma la autonomía local será aliada preferente.**

Hecho en Málaga a 18 de Abril del 2020.

J. Domingo Gallego Alcalá.

Servidor público. Director de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Vélez-Málaga.