

# No a la Dispensa de Prestar el Servicio Municipal de Mercado al Ayuntamiento de Huesca

Contribuido por M<sup>a</sup> Esperanza Serrano Ferrer  
28.09.2007

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 2007 confirma la anulación del acuerdo del gobierno autonómico por el que se dispensa al Ayuntamiento de Huesca de prestar el servicio de mercado, al ser innecesario por existir varios hipermercados y supermercados en el municipio. El hecho de que la Ley aragonesa 7/1999 establezca, al regular las aportaciones y prestaciones que se han de acompañar al servicio, que no serán procedentes en los supuestos de innecesiedad del servicio, no significa que sea una nueva causa de dispensa del servicio. Tanto la legislación aragonesa como estatal sólo autorizan la dispensa de los servicios obligatorios, entre los que se encuentra el de mercado, cuando la prestación del servicio resulte imposible o muy difícil. En el caso, la sentencia recurrida ni inaplica ni hace declaración alguna sobre la inconstitucionalidad del art. 45 de la Ley 7/1999 de 9 Abril de Administración Local de la CA de Aragón. Lo que hace es anular el acto impugnado porque se autoriza la dispensa del servicio de mercado por innecesiedad del servicio, y no porque resulte imposible o muy difícil el cumplimiento, el establecimiento y la prestación del servicio, que es lo que expresamente dice el art. 26.2. LBRR. Si el propio art. 45.1 define los supuestos de dispensa y luego, al regular las aportaciones y prestaciones que se han de acompañar al servicio, dispone en su ap. 5.º que no serán procedentes en los supuestos de innecesiedad del servicio, no puede aceptarse, como pretende la Administración recurrente, que ese concepto de innecesiedad sea una nueva causa de dispensa del servicio, pues éstas ya las ha definido el propio art. 45.1. Por tanto, teniendo en cuenta que la interpretación de las normas ha de hacerse en su conjunto y de acuerdo con su letra y espíritu, si en un apartado se refiere en concreto y de forma detallada a las causas de dispensa de los servicios obligatorios, a esa previsión se ha de estar, respecto a las causas autorizadas. Máxime cuando en ello se limita a reproducir las causas previstas y autorizadas en la normativa básica, que obviamente la norma autonómica ha de respetar aunque pueda completar y desarrollar. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Diputación General de Aragón y el Ayuntamiento de Huesca contra sentencia del TSJ Aragón de 5 de abril de 2004, que anuló el acuerdo del Gobierno autonómico de 2 de febrero de 2000 por el que se dispensaba al Ayuntamiento de Huesca de prestar el servicio municipal de mercado en razón a su innecesiedad con la prevención de que si en algún momento el servicio mencionado vuelve a ser necesario el Ayuntamiento estará obligado a asumirlo. La STSJ Aragón de 5 de abril de 2004 fallaba: "Que estimando el presente recurso contencioso-administrativo (...) debemos anular y anulamos el acuerdo de Gobierno de Aragón de fecha 2 de febrero de 2.000...".

Una vez notificada la sentencia, la Diputación General de Aragón y el Ayuntamiento de Huesca, preparan sus recursos de casación ante esta Sala del Tribunal Supremo.

La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la resolución que en el mismo se impugnaba refiriendo en sus Fundamento de Derecho, entre otros, lo siguiente:

"Segundo.- Los dos codemandados aducen, en primer lugar, que concurre la causa de inadmisibilidad del recurso prevista en el artículo 69.c), en relación con el 25.1, ambos de la Ley Jurisdiccional, por cuanto, a su juicio, el acto impugnado es un acto de trámite, considerando como acto definitivo el posterior acuerdo municipal del Pleno del Ayuntamiento de Huesca de 27 de junio de 2000, por el que se decide la supresión del servicio de mercado.

La distinción entre actos resolutorios (o definitivos) y actos de trámite toma su base en la circunstancia de que los actos se dictan en el seno de un procedimiento administrativo, en el cual hay una resolución final que es la que decide el fondo del asunto (artículo 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y para llegar a ella ha de seguirse un iter con distintas fases, con intervención de órganos o personas diversos, con actos también diferentes; estos actos previos a la resolución son los que la Ley llama actos de trámite; se trata, pues, de una distinción puramente funcional en el seno de un procedimiento administrativo; los actos de trámite son actos instrumentales de las resoluciones; es una distinción establecida con base en la propia estructura del procedimiento administrativo.

Pues bien, que el acto recurrido no es un acto de trámite se infiere con claridad del artículo 45.3 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón, que regula el procedimiento para la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos obligatorios, precepto que dice así: "La tramitación del expediente de dispensa se ajustara a las siguientes reglas:...".

Como puede apreciarse, existe un procedimiento específico para la dispensa, que se inicia con la solicitud del Ayuntamiento interesado, sucediéndose a lo largo del mismo distintos actos de trámite, entre los que se incluyen diversos informes y una propuesta de resolución, culminando con una resolución del Gobierno de Aragón que pone fin al procedimiento (la que aquí se impugna) que deberá tener unos contenidos determinados.

La propia Ley define como resolución el acto administrativo objeto de este recurso y es indiscutible su condición de tal en el sentido del artículo 89 de la Ley 30/1992, por cuanto el pronunciamiento de la Comunidad Autónoma por el que se otorga o deniega la dispensa es el acto administrativo que termina un procedimiento específico, resolviendo las cuestiones planteadas en el mismo, y así se reconoce en la notificación del acuerdo ahora recurrido, en el que

expresamente se dice "que agota la vía administrativa"; el que luego dicha resolución se aporte a otro procedimiento administrativo no cambia su naturaleza de acto definitivo del procedimiento específico de dispensa; en consecuencia, debe rechazarse la excepción procesal invocada de contrario.

Por lo que se refiere al tema de fondo, la cuestión clave del presente recurso radica en dilucidar si cabe dispensar al Ayuntamiento de Huesca del servicio mercado por considerarlo innecesario, toda vez que existen en dicha Ciudad dos hipermercados, varios supermercados y numerosos comercios de productos alimenticios que cubren sobradamente el abastecimiento de la población.

El artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que los municipios con población superior a 5.000 habitantes deberán prestar, en todo caso, por sí o asociados, diversos servicios, entre los que se encuentra el de mercado; dicho servicio de mercado es, pues, un servicio público obligatorio en las poblaciones de más de 5.000 habitantes (entre las que se encuentra Huesca, que supera con creces dicho número), pudiendo los vecinos exigir su prestación (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1979, 9 de mayo de 1986, 25 de abril de 1989 y 21 de enero de 1992, etc.).

Ciertamente, el artículo 26.2 de la Ley 7/1985 contempla la posibilidad de que los municipios sean dispensados por la Comunidad Autónoma respectiva de la obligación de prestar los servicios mínimos que les correspondan, pero solo en el caso en el que por las características peculiares del municipio "resulte imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios"; fuera de esos concretos y tasados supuestos no cabe la dispensa de la prestación de los servicios obligatorios; consecuentemente, como la resolución impugnada basa el acuerdo de dispensa en la innecesiedad del servicio de mercado, en razón a que el abastecimiento alimenticio estaba garantizado con la oferta privada, es claro que vulnera lo dispuesto en el mentado artículo 26.2, que solo permite eximirse de la obligación de prestar los servicios mínimos cuando resulten de imposible o muy difícil cumplimiento, por lo que el presente recurso debe ser estimado (véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de noviembre de 2002).

El legislador ha querido que en municipios de más de 5.000 habitantes concorra el servicio municipal de mercado junto con la iniciativa comercial privada, y tal voluntad debe ser respetada en tanto no se modifique la normativa legal, que solo permite a la Comunidad Autónoma dispensar de los servicios mínimos obligatorios en los supuestos de imposibilidad o grave dificultad.

La Ley 7/1985 ha sido modificada en varias ocasiones; entre las diversas reformas se halla la operada por el Real Decreto Ley 5/1996, de 7 de junio, que liberaliza los servicios funerarios y altera el artículo 26.1.c), suprimiendo como servicio obligatorio de los municipios de más de 20.000 habitantes el de matadero, en tanto que mantiene sin variaciones el de mercado, cuando éste servicio en dicha fecha contaba con una oferta comercial de la iniciativa privada suficiente en todos las capitales de provincia, así como en otras poblaciones de cierta entidad; dicha reforma pudo permitir su dispensa en caso de que el servicio de mercado estuviese cubierto por la oferta privada, y sin embargo no lo hizo.

Por último, el Ayuntamiento de Huesca aduce que la abundante oferta de los particulares dificulta gravemente la prestación del servicio municipal de mercado, pero lo cierto es que la dispensa se basa en la innecesiedad del servicio, no en que resulte su prestación de muy difícil cumplimiento, por lo que la materia litigiosa se circunscribe al motivo esgrimido para otorgar la dispensa.

En apoyo de la resolución impugnada se cita el artículo 45.5 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón, estimando los demandados que dicha norma permite a las Comunidades Autónomas dispensar de la obligación de prestar los servicios mínimos por causa de "innecesiedad", pero tal postura no puede acogerse pues con independencia del ámbito de aplicación del artículo 45.5, lo cierto es que la Ley estatal 7/1985 es básica y se impone a la competencia legislativa autonómica, que la ha de respetar, tal como previene la sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre ".

El TS inicia su análisis, por el motivo segundo de casación, aducido por la Comunidad Autónoma de Aragón, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, por estimar, entre otros, que el acto impugnado era un acto de trámite, pues de admitirse el mismo haría innecesario el análisis de los demás, aparte de que la sentencia recurrida, analiza en primer lugar y de forma prioritaria la cuestión relativa a si el acto impugnado es o no un acto de trámite.

En el citado segundo motivo de casación, la Comunidad Autónoma de Aragón, alega en síntesis; a), la infracción del artículo 107.1 de la Ley 30/92, por entender que el acuerdo de 2 de febrero de 2000, del Gobierno de Aragón era un acto de trámite, que ni decidía directa o indirectamente el fondo del asunto, dado que la decisión quedaba en manos del Ayuntamiento de Huesca, ni determinaba la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni producía indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos; y b), que la sentencia infringe los artículos 149.1.18ª de la Constitución y 35.1.3º y 9.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón, en cuanto parte de que cualquier regulación autonómica no recogida en la Ley de Bases es inconstitucional, en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional que cita, y además inaplica la Ley Autonómica, sin haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

De una parte, porque el acuerdo de 2-2-2000 del Gobierno de Aragón, no se puede estimar como acto de trámite y basta para ello con remitirse a las valoraciones de la sentencia recurrida (FD 2º), ya que, concede de forma definitiva al Ayuntamiento de Huesca, la autorización solicitada, sobre dispensa de la obligación de prestar el servicio obligatorio de mercado y además, el mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 7/99, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón, es un acto definitivo que agota la vía administrativa.

Y no obsta en nada a lo anterior el que después el Ayuntamiento pueda o no acogerse a esa dispensa concedida, como se alega, pues la dispensa ya está autorizada y es esa dispensa la que se cuestiona e impugna, sin olvidar, que el acuerdo posterior del Ayuntamiento resultaría amparado por ese acuerdo anterior, que de no impugnarse habría devenido en firme y consentido.

Y de otra, porque la sentencia recurrida, ni inaplica ni hace declaración alguna sobre la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley 7/99 de Administración Local de Aragón, y por tanto no tenía que abrir trámite de audiencia a las partes.

Pues, en efecto, en sus Fundamentos de Derecho Segundo y Cuarto analiza y valora el artículo 45 citado y en concreto el apartado 5, y anula el acto impugnado, porque se autoriza la dispensa del servicio de mercado por innecesariedad del servicio, y no, porque resulte imposible o muy difícil el cumplimiento del establecimiento y prestación del servicio, que es lo que expresamente dice el artículo 26.2 de la Ley 7/85, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Sin que a lo anterior obste el que ciertamente el artículo 45.5 de la Ley 7/99 de Administración Local de Aragón, refiera ese concepto de innecesariedad, pues no hay que olvidar, primero como refiere la sentencia recurrida que la Ley Básica Estatal solo se refiere y autoriza las dispensas de los servicios obligatorios que definen, entre los que se encuentran los de mercado, cuando la prestación del servicio resulte imposible o muy difícil, y segundo, que es la propia Ley 7/99, la que su apartado 1, refiere:

"Los municipios podrán solicitar a la Diputación General de Aragón la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos a que se refiere el artículo anterior cuando, por sus características peculiares, resulte imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio Ayuntamiento".

Y del hecho de que el artículo 45.5 refiera que no habrá derecho a aportaciones en los supuestos de innecesariedad en el servicio, no se puede inferir sin más, como se pretende, que esa innecesariedad sea una nueva causa de dispensa del servicio, pues las causas de dispensa ya las ha definido la Ley 7/99 en su artículo 45.1, y si quería establecer otras ese era el lugar adecuado, y del hecho de que después se refería a la innecesariedad, a los efectos de hacer o no aportaciones o prestar ayudas, esa innecesariedad se ha de predicar obviamente de los supuestos de imposibilidad o dificultad, que si se acreditan pueden hacer innecesario el servicio, que es a lo que ciertamente alude la sentencia recurrida cuando en su Fundamento de Derecho Cuarto se refiere al ámbito de aplicación del apartado 5 del artículo 45.

Sin olvidar, en fin, como también refiere la sentencia recurrida, que la Ley Estatal 7/85 en cuanto es básica se impone a la competencia legislativa autonómica, y si bien ésta podrá ciertamente desarrollar y completar la norma básica no puede contradecirla, entre otros, conforme a la propia sentencia del Tribunal Constitucional que la sentencia recurrida cita.

A la vista de la conexión existente entre los motivos de casación segundo del Ayuntamiento de Huesca y primero de la Comunidad Autónoma de Aragón, que aparecen aducidos además al amparo del artículo 88,1,c) de la Ley de la Jurisdicción, el TS considera procedente analizarlos conjuntamente:

A) En el citado motivo de casación segundo del Ayuntamiento de Huesca, al amparo del artículo 88, letra c) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, alegando la inaplicación del artículo 45.5 LALA, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Y, además la vulneración de la normativa procesal aplicable, sin dar trámite de audiencia a esta parte, produciendo su indefensión, por lo que también sería motivo de casación la letra c) del apartado 1 del artículo 88 de la LJCA.

B) Y en el primer motivo de casación aducido por la Comunidad Autónoma de Aragón se alega en síntesis, que sin haber suscitado las partes la cuestión relativa a la aplicabilidad o no del artículo 45.5 de la Ley 7/99 de Administración Local de Aragón, la Sala entra en el análisis de esa cuestión cayendo en un grave vicio de incongruencia, con vulneración del artículo 65.2. de la Ley de la Jurisdicción; y que ha prescindido de un trámite esencial como el de elevar la cuestión de inconstitucionalidad para el caso de el órgano jurisdiccional se plantee la constitucionalidad o no de una norma postconstitucional; añadiendo además que la Sala realiza un juicio de constitucionalidad de la Ley que le está vedado y sin plantear cuestión de inconstitucionalidad inaplica la Ley 7/99 citada.

El TS considera que procede rechazar tales motivos de casación, pues como se advierte de los Fundamentos de

Derecho Segundo y Cuarto, la sentencia recurrida tiene en cuenta y valora lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 7/99, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón, y por tanto no puede aceptarse, como refieren las partes recurridas, que haya inaplicado lo dispuesto en el citado artículo 45.

De otra parte, porque como el artículo 45 citado era en buena medida el fundamento del acto impugnado, y como la sentencia no hace declaración expresa alguna sobre la inconstitucionalidad del mismo no había lugar al trámite de audiencia a las partes que estas reclaman, sin olvidar que la Sala de Instancia si que puede hacer juicio de constitucionalidad sobre la norma autonómica y solo está obligada a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, cuando se le ofrezcan dudas sobre la constitucionalidad de la norma y esta sea determinante para el fallo, artículo 35 de la Ley Orgánica 2/79 de 3 de octubre, y tales supuestos aquí no concurren según los términos de la sentencia recurrida.

Y en fin, porque, como más atrás se ha expuesto, la sentencia no aplica lo dispuesto en el artículo 45.5 de la Ley 7/99, como refiere en su Fundamento de Derecho Cuarto, en base al ámbito de aplicación del citado precepto y a virtud de lo dispuesto en la Ley Estatal Básica 7/85, y esa valoración se ha de estimar ajustada a derecho de acuerdo con lo más arriba expuesto, pues si el propio artículo 45 en su apartado 1 define los supuestos de dispensa, por cierto, copiando la propia redacción de la Ley Básica Estatal 7/85, artículo 26, y luego al regular las aportaciones y prestaciones que se han de acompañar al servicio, dispone en su apartado 5, que no se serán procedentes en los supuestos de innecesariedad del servicio, no puede aceptarse como se pretende, que ese concepto de innecesariedad sea una nueva causa de dispensa del servicio, pues las causas de dispensa del servicio ya las ha definido el propio artículo 45 en su apartado 1.

Y a esa declaración se ha de estar, teniendo en cuenta que la interpretación de las normas ha de hacerse en su conjunto, y de acuerdo con su letra y espíritu y si en un apartado se refiere en concreto y de forma detallada a las causas de dispensa de los servicios obligatorios a esa previsión se ha de estar, respecto a las causas autorizadas, máxime cuando en ello se limita a reproducir las causas previstas y autorizadas en la normativa básica, que obviamente la norma autonómica ha de respetar aunque pueda completar y desarrollar, que es lo que la sentencia recurrida declara.

Sin olvidar por último, que la el TS podía aplicar como hizo la norma estatal por ser básica, y definir con precisión las causas de dispensa del servicio obligatorio de mercado; puesto que el Tribunal Supremo no tiene dudas sobre la constitucionalidad del artículo 45 de la Ley 7/99, si se interpreta en su conjunto y de acuerdo con la normativa básica que trata de desarrollar, esto es, entendiendo, como se ha expuesto, que la innecesariedad, que refiere en su apartado 5, no se ha de estimar como nueva causa de dispensa y si como una referencia a los servicios que resulten innecesarios porque son de imposible o de muy difícil cumplimiento.

En el motivo primero de casación el Ayuntamiento de Huesca, denuncia, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando en síntesis:

A) La vulneración del artículo 9.1 de la Constitución Española, por cuanto la no aplicación, por parte de la sentencia recurrida del artículo 45.5 de la Ley 7/99 de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, supone la vulneración del principio de legalidad; que la expresión innecesariedad del servicio es una especificación o desarrollo legal del artículo 26.2 de la LBRL; y que la sentencia recurrida inaplica el artículo 45.5 de la Ley de Administración Local de Aragón al decir "con independencia del ámbito de aplicación del apartado 5 del mencionado artículo 45, lo cierto es que la Ley Estatal 7/85 es básica y se impone a la competencia legislativa autonómica, que ha de respetar".

B) La vulneración del artículo 149.1.18ª de la Constitución Española en relación con el artículo 35.1.2ª de la Ley Orgánica 8/82 de 10 de agosto del Estatuto de Autonomía de Aragón, en razón a que el Estado tiene la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Aragón asumió estatutariamente la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen local, y el concepto de desarrollo normativo por las Comunidades Autónomas habilita a éstas para aprobar las normas que, respetando las determinaciones básicas estatales, permiten que la materia quede completamente regulada, y en ese ejercicio de su potestad normativa, respetando las bases, tiene libertad de configuración, plasmando una política propia que no tiene por qué ser idéntica a la defendida por el legislador estatal (STC 5/1982).

Y en el caso de autos además el artículo 45 citado de la Ley Autonómica reproduce lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 7/85 estatal.

C) La infracción del artículo 163 de la Constitución Española y de los artículos 35 y siguientes de la Ley orgánica 2/79 y del artículo 5.1 5.2 y 5.3 de la Ley Orgánica 6/85. Pues si la Sala consideraba que el artículo 45.5 LALA era contrario a la Constitución debía plantear cuestión de inconstitucionalidad y no dejar de aplicar la norma legal autonómica.

El TS considera que procede rechazar tal motivo de casación por lo más atrás expuesto, ya que la Sala de Instancia aplica adecuadamente al caso de autos la normativa básica estatal, no hace declaración alguna sobre la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley 7/99, y por último esta Sala del Tribunal Supremo no tiene dudas sobre la constitucionalidad del artículo 45 citado si se interpreta y aplica como procede, estimando que la innecesariedad a que se refiere en su apartado 5, se ha de poner en relación con las dos únicas causas de dispensa del servicio, imposibilidad o gran dificultad, que son las recoge en apartado 1 y que son al tiempo las únicas admitidas por la Ley Estatal Básica

en la materia Ley 7/85.

Las valoraciones anteriores obligan conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción a declarar no haber lugar a los recursos de casación a que esta litis se refiere, declarando no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por la Diputación General de Aragón y por el Ayuntamiento de Huesca, contra la sentencia de 5 de abril de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recaída en el recurso contencioso administrativo 576/2000, que queda firme.