

la concesión de una indemnización, no son, en circunstancias como las de los asuntos principales, incompatibles con el derecho fundamental de propiedad.

“3) El hecho de que, en circunstancias como las de los asuntos principales, el brote de la enfermedad se deba o no a un comportamiento culposo del propietario de los peces, es irrelevante a efectos de valorar la compatibilidad con el derecho fundamental de propiedad de las medidas impuestas por un Estado miembro con objeto de combatir las enfermedades de las listas I y II del referido anexo en el marco de la aplicación de la Directiva 93/53.”

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el papel de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho, ver las siguientes sentencias: STJCEE

de 13 de diciembre de 1979, Hauer, 44/79, Rec. p. 3727, apartado 15); STJCEE de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión, C-274/99 P, Rec. p. I-1611, apartado 37, y STJCEE de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec. p. I-9011, apartado 25.

Sobre la posibilidad de imponer límites a los derechos fundamentales, ver las siguientes sentencias: STJCEE de 13 de julio de 1989, Wachauf, 5/88, Rec. p. 2609, apartado 18; STJCEE de 10 de enero de 1992, Kühn, C-177/90, Rec. p. I-35, apartado 16, y de 15 de abril de 1997, Irish Farmers Association y otros, C-22/94, Rec. p. I-1809, apartado 27.

Sobre la posibilidad de indemnizar parcial o totalmente, a los propietarios de las explotaciones en las que se destruyan o sacrifiquen animales, ver la siguiente sentencia: STJCEE de 6 de abril de 1995, Flip y Verdegem, C-315/93, Rec. p. I-913, apartado 26.

## D) Jurisdicción contencioso-administrativa

**Tribunal Supremo. Solicitud de cierre de una discoteca por los ruidos y vibraciones procedentes de la misma y responsabilidad patrimonial de la Administración por vulneración de derechos fundamentales. Derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio**

#### SUPUESTO DE HECHO

Un vecino de Sevilla solicitó a su ayuntamiento el cierre inmediato de una discoteca, con motivo del ruido y vibraciones emanados de la misma, y la responsabilidad patrimonial a la Administración por vulneración de derechos fundamentales, con petición de pago de una indemnización de 3.003.500 pesetas. La solicitud fue desestimada por silencio negativo. Contra la misma, el vecino interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales de la persona. El recurrente alegó la vulneración de su derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE), el derecho a la libertad y seguridad (artículo 15 de la CE), el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18 de la CE) y el derecho a elegir libremente su residencia (artículo 19).

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó el recurso, invocando al respecto que no era la Administración quien vulneraba los derechos del recurrente sino el titular de la discoteca, indicando que la cuestión relativa a la adopción de determinadas medidas administrativas “Queda al margen de este proceso especial, cuyo conocimiento debe circunscribirse a la protección de los derechos fundamentales frente a los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo (artículo 6 de la Ley 62/1978)”.

Tras ello, el vecino interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que estimó el recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal mostró su desacuerdo con los planteamientos del tribunal de instancia, por considerarlos contrarios a la jurisprudencia reciente sobre la protección que ha de dispensarse con fundamento en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que tiene como uno de sus elementos más significativos el de “tutelar el espacio físico domiciliario frente a los atentados medioambientales que dificultan gravemente su normal disfrute”. (FJ 4)

En relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el Tribunal, siguiendo los planteamientos del Tribunal Constitucional, añadió a lo anterior que:

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 7877/1999

**FECHA:** 29 de mayo de 2003

**PONENTE:** Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Sevilla

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 18 de la CE

**DOCTRINA:** Solicitud de cierre de una discoteca por los ruidos y vibraciones procedentes de la misma y responsabilidad patrimonial de la Administración por vulneración de derechos fundamentales. Derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (FJ 4 y 7)

“[...] este derecho fundamental ha adquirido una dimensión positiva, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad.” (FJ 4)

Asimismo, éste declaró que:

“[...] habida cuenta que el texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar la protección del derecho fundamental de que se viene hablando no sólo frente a las injerencias de terceras personas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.” (FJ 4)

Por su parte, éste indicó que:

“[...] ciertos daños ambientales, en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar privándola del disfrute de su domicilio.” (FJ 4)

Así, en el caso de una exposición a determinados niveles de ruido, el Tribunal consideró que:

“[...] debe merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la vida personal y familiar, en el ámbito domiciliario, una exposición prolongada a determinados niveles de ruido que

puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, en la medida que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de acciones y omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.” (FJ 4)

Sentado lo anterior, el Tribunal pasó a analizar si los hechos acontecidos se podían considerar lesivos para el medio ambiente y si era posible reprochar al Ayuntamiento de Sevilla cierta pasividad por no haber adoptado las medidas pertinentes.

Al respecto, el Tribunal consideró probado que la contaminación acústica producida por los ruidos y vibraciones de la discoteca había afectado gravemente al domicilio del demandante.

En cuanto a la actitud del Ayuntamiento, el Tribunal declaró que:

“La pasividad municipal [...] es reprochable al Ayuntamiento de Sevilla, por cuanto supone una dejación de la competencia y responsabilidad que en materia de medio ambiente es asignada a los ayuntamientos en la normativa estatal”. (FJ 7)

En consecuencia, el Tribunal acordó estimar el recurso, por haber vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la CE), anulando la sentencia recurrida y condenando al Ayuntamiento a que man-

tuviera la clausura o cierre de la actividad de la discoteca en tanto no se comprobara por los técnicos municipales que éste disponía de medios suficientes para impedir la afectación de ruidos y vibraciones a las viviendas propias y colindantes. Asimismo, se condenó a la Administración demandada a indemnizar al demandante con el importe de 1.410.500 ptas. por los daños sufridos como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental. Las costas fueron impuestas al Ayuntamiento.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre el derecho a la intimidad, ver la siguiente sentencia: STSJ de Cantabria de 28 de marzo.

Declarando que uno de los elementos del derecho a la inviolabilidad del domicilio es el tutelar un espacio físico domiciliario frente a atentados medioambientales que dificulten gravemente su normal disfrute, ver las siguientes sentencias: STC de 10 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/4920); STC 119/2001, de 24 de mayo (Aranzadi 2001/119); STEDH de 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990/4) (caso Powel y Rayner contra el Reino Unido); STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3) (caso López Ostra contra el Reino de España), y STEDH de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998/2) (caso Guerra y otros contra Italia).

### Tribunal Supremo. Declaración de utilidad pública de las obras de ampliación del cementerio de una fundación privada a efectos de la expropiación de los bienes necesarios, y la urgente ocupación de los mismos. Posibilidad de que las fundaciones privadas beneficiarias de una expropiación suscriban préstamos para pagar el justiprecio de los terrenos objeto de la expropiación.

#### SUPUESTO DE HECHO

Un decreto de la Generalidad de Cataluña declaró de utilidad pública las obras de ampliación del cementerio de una fundación privada a efectos de la expropiación de los bienes necesarios al efecto, así como la urgente ocupación de los mismos. Los titulares de los bienes expropiados interpusieron recurso de reposición, que fue desestimado. Contra dicha resolución, éstos interpusieron recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró nulos el decreto y la expropiación, condenando a la Administración expropiante y a la fundación beneficiaria a que, de forma solidaria, indemnizasen a los recurrentes, desestimando las demás pretensiones.

Tras ello, los titulares, la fundación beneficiaria de la expropiación y la Generalidad de Cataluña interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, siendo estimado el recurso planteado por la beneficiaria.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

##### **Alegaciones de la fundación beneficiaria. Posibilidad de que las fundaciones reciban préstamos para pagar, en calidad de beneficiarias, el justiprecio de unos terrenos necesarios para sus fines**

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo centró el objeto de análisis, consistente en determinar “si concurren o no los requisitos que exige la Ley (estatal) de 17 de julio de 1945, de expropiación forzosa para instituciones privadas de interés público, para obtener la declaración de utilidad pública de las obras que realicen con cargo a sus fondos para la instalación, ampliación o mejora de los servicios propios de su finalidad”. (FJ 2)

Al respecto, el tribunal de instancia había entendido que faltaba el elemento relativo a que las obras se realizaran “con cargo a sus fondos”, fondos que, como declaró el tribunal de instancia, tenían que ser “capital de la entidad, cuotas de protectores o suscriptores o suscripciones voluntarias”. En cual-

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de Casación núm. 10189/1989

**FECHA:** 2 de junio de 2003

**PONENTE:** Excmo. Sr. Francisco González Navarro

**DEMANDANTE:** Particulares

**DEMANDADO:** Generalidad de Cataluña

**CODEMANDADO:** Fundación privada

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 34 de la CE; artículos 1 y 2 de la Ley de 17 de julio de 1945, de expropiación forzosa para instituciones privadas de interés público, y artículos 22 y 22.3 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo de 2001, de fundaciones

**DOCTRINA:** Declaración de utilidad pública de las obras de ampliación del cementerio de una fundación privada a efectos de la expropiación de los bienes necesarios, y la urgente ocupación de los mismos. Posibilidad de que las fundaciones privadas beneficiarias de una expropiación suscriban préstamos para pagar el justiprecio de los terrenos objeto de la expropiación (FJ 2 y 4)

quier caso, según el tribunal de instancia, quedaban excluidos “[el] endeudamiento y [el] recurso a la financiación externa, ya sea mediante préstamos directos o por la utilización de pólizas de créditos”. Por ello declaró la nulidad del decreto, ordenando la pertinente indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la ilegal privación de la propiedad.

De modos que el debate de centraba en determinar si las fundaciones privadas pueden pedir un préstamo para pagar, en posición jurídica de beneficiarias de la expropiación, el justiprecio de unos terrenos que son necesarios para sus fines.

La fundación recurrente consideraba que la interpretación hecha por el tribunal de instancia era contraria a los artículos 3.1 y 1753 del Código civil. El artículo 3.1 dispone que “Las normas se interpretarán según [...] la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [...]”. (FJ 4)

Atendiendo a dicho elemento, el Tribunal Supremo consideró que el tribunal de instancia había hecho una interpretación demasiado restrictiva de la normativa relativa a fundaciones, indicando al respecto que “la realidad social de los tiempos que vivimos no se compadece con esa restrictiva interpretación”. (FJ 4)

Antes de entrar en el análisis de dicha normativa, el Tribunal recordó que, de acuerdo con el artículo 34 de la CE, “las fundaciones se crean para servir un interés general –clarísimo [...], en el caso de la fundación que nos ocupa”, pues “el cementerio que constituye el objeto de su actividad es –o lo era, al menos, en el momento del pleito– el único cementerio de esa ciudad”. (FJ 4)

En cuanto a la normativa a la que había que atenerse para interpretar la norma mencionada, el Tribunal indicó lo siguiente:

“[...] la [Ley] 5/2001, de dos de mayo, [...] permite a las fundaciones constituir sociedades o participaciones en el capital de sociedades que limiten la responsabilidad de los socios, siempre que esa participación sea compatible con las finalidades fundacionales (artículo 35), llevar a cabo directamente explotaciones económicas, si el ejercicio de la actividad constituye por sí mismo el cumplimiento del fin fundacional (artículo 35), y realizar actos de adjudicación, de enajenación, de gravamen y, en general, de disposiciones sobre bienes inmuebles, establecimientos o bienes muebles que, en conjunto o, individualmente, comporten más de una décima parte del activo de la fundación (artículo 22.3, letra e), constituir otra persona jurídica, aumentar o disminuir la dotación, incluso la cesión global de todos o de parte de los activos (artículo 22.3, letra f).”

[...]

“[...] el Reglamento de las fundaciones de competencia estatal aprobado por Real decreto 316/1996, de 23 de febrero [...], permite incluso –obviamente–, con intervención del patronato, la constitución de préstamos hipotecarios.” (FJ 4)

[...]

“Análoga orientación marca la actual Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, la cual ha derogado a la Ley 30/1994, cuyo contenido ha pasado a integrar dos leyes distintas: la citada de fundaciones, del 2002 y la Ley 49/2002, de régimen jurídico de entidades con fines lucrativos. Pues bien, esa nueva ley de fundaciones deroga las disposiciones anteriores en lo que se opongan a ella, (por eso, y porque no se ha dictado el que haya de desarrollar la nueva ley, el Reglamento de 1994 continúa en vigor en la parte que hemos citado) y establece que las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias (*sic*) de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia; pudiendo incluso intervenir en cualquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades (con ciertas limitaciones que no es del caso reproducir pues no afectan al problema que nos ocupa) (artículo 24); podrán asimismo, obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios (artículo 26).” (FJ 4)

Lo dispuesto por la normativa descrita llevaba al Tribunal a siguiente conclusión:

“Desde este miradero [...] la vieja Ley de 17 de julio de 1945, se ve también con ojos nuevos, y aquellas palabras que contiene su exposición de motivos [...] sobre ‘la conveniencia de alentar la realización de obras de interés social proyectadas por enti-

dades privadas con cargo a sus propios recursos económicos’ y sobre la procedencia de concederles las mismas prerrogativas establecidas en favor de las que se ejecutan con fondos públicos, en orden a la declaración de utilidad pública y subsiguiente facultad de expropiación forzosa, cobran una fuerza expansiva que no sólo permite sino que conmina al operador jurídico a situarla en la realidad social en que nos hallamos.” (FJ 4)

De modo que, según el Tribunal:

“La legislación de fundaciones marcha con toda evidencia en una dirección muy diferente de la que pudo orientar al legislador en la primera década del siglo xx, y que, además, está descrita con la misma claridad en la exposición de motivos de esta última Ley 50/2002, de fundaciones, donde se dice, por ejemplo, que la ley precedente [...] ‘puso fin a un régimen regulador de las fundaciones que cabría calificar de vetusto (algunas de sus normas databan de mediados del siglo xix), fragmentario, incompleto y aun contradictorio, satisfaciendo las legítimas demandas y aspiraciones claramente planteadas por el sector, y adaptando, en suma, esta normativa a las exigencias del nuevo orden constitucional [...]’, precisión esta última que prueba que hacer una interpretación ‘conforme a la realidad social’ es, no sólo posible, sino necesaria.” (FJ 4)

Por lo expuesto, el Tribunal resolvió anular la sentencia impugnada.

La Administración expropiante formuló sus alegaciones en el mismo sentido, por lo que el Tribunal dio por reproducidos en ese sentido los motivos expuestos.

#### **Alegaciones formuladas por los expropiados**

Los titulares expropiados alegaban que la fundación beneficiaria carecía de título para llevar a cabo la actividad de cementerio, por cuanto “los servicios mortuorios son competencia municipal que ha de prestarse en régimen de monopolio [artículos 25.2 j) y 86.3 de la LBRL, 26.1.a) y 86.3 de la LBRL] en la redacción que tenía al tiempo de la expropiación”.

Al respecto, el Tribunal señaló que

“[...] basta la mera lectura del artículo 25.2, letra j) para comprobar que lo que dice el precepto es que los municipios tienen ‘competencias (en plural), en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas’, lo cual no quiere decir que tengan una competencia total, absoluta, ni mucho menos excluyente de una competencia privada en esas materias que el precepto enumera [...]”. Y que todo esto es como decimos se confirma leyendo, por ejemplo, el artículo 55 del Reglamento de policía sanitaria mortuoria de Cantabria (Decreto 1/1994, de 18 de enero): ‘Podrán establecerse cementerios públicos y privados, siempre que reúnan los requisitos y autorizaciones establecidos en este Reglamento’.”

Por ello el Tribunal consideró que había que desestimar el motivo invocado.

En consecuencia, el Tribunal estimó los recursos interpuestos por la fundación beneficiaria y la Generalidad de Cataluña, anulando la sentencia impugnada y dejándola sin valor a efecto alguno, y desestimó el recurso interpuesto por los titulares expropiados.

En cuanto a las costas, condenó a los propietarios al pago de las de su recurso de casación. En los otros recursos, cada parte debería pagar las suyas.

## Tribunal Supremo. Altercados producidos tras el intento de un grupo de mujeres de participar en una celebración tradicionalmente reservada a hombres. Actuación policial impide su participación. Principio de igualdad. Derecho de reunión y manifestación

### SUPUESTO DE HECHO

En septiembre de 1998, el intento de un grupo de mujeres de participar en el Alarde provocó diversos incidentes, al oponerse a este propósito otras personas. Ello dio lugar a forcejeos e insultos en un clima de gran tensión. El Alarde es un acto cívico-religioso conmemorativo de los hechos de armas del 7 de septiembre de 1638, cuando los defensores de Hondarrabia consiguieron levantar el sitio a que habían estado sometidos por las tropas francesas, en el que, a grandes rasgos, escuadrones formados por íntegramente hombres desfilan uniformados y con armas. La participación de las mujeres se reduce al papel de cantineras.

El Alarde de ese año fue organizado acogiéndose a las normas reguladoras del derecho de reunión y manifestación, sin que constara la participación del Ayuntamiento de Hondarrabia.

Ante las circunstancias descritas, la Ertzaintza (policía dependiente del Departamento de Interior del Gobierno Vasco) formó un cordón para separar los grupos enfrentados, impidiendo la incorporación del grupo de mujeres, que acabó retirándose.

Tras ello, la asociación JM interpuso recurso contencioso administrativo, por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, alegando que la actuación policial había supuesto una vulneración del principio de igualdad y de su derecho de reunión y manifestación.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó parcialmente el recurso (únicamente en cuanto a la vulneración del principio de igualdad).

El Gobierno Vasco recurrió en casación la mencionada resolución, siendo su recurso estimado.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo recordó que ya se había pronunciado acerca de la mencionada festividad en relación con la posible vulneración del principio de igualdad de la limitación de la participación de las mujeres en calidad de cantineras. Al respecto, éste había admitido la existencia de una discriminación por razón de sexo, declarando que:

“[...] tratándose, no tanto de una conmemoración histórica fielmente apegada a los hechos, cuanto de un acto folklórico y festivo y, habida cuenta de que lo impugnado en la instancia eran actos de los respectivos ayuntamientos [...] que rechazaron las pretensiones de las mujeres de asumir en esas celebraciones el mismo papel que los hombres, debía otorgárseles a éstas el amparo que solicitaron. Entonces, ante la vinculación eficiente que se apreció entre el Alarde y las corporaciones municipales, la sala de Bilbao y el Tribunal Supremo entendieron que era procedente esa solución desde el momento en que no cabe que, por un poder público, se incurra en discriminación por razón de sexo.” (FJ 2)

Sin embargo, el Tribunal entendió que el caso enjuiciado, planteado el Alarde “como expresión del ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación”, lo que se ponía en tela de juicio era la actuación policial que había impedido la participación de las mujeres en el mismo.

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar si se podía considerar la participación en el Alarde como una manifestación del derecho de reunión y manifestación.

Al respecto, la sala de instancia había declarado que:

“[...] aun no siendo éste un caso de derecho de reunión en sentido estricto, sin embargo, le son aplicables los criterios for-

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 3163/2000

**FECHA:** 2 de junio de 2003

**PONENTE:** Excmo. Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

**DEMANDANTE:** Asociación de mujeres

**DEMANDADO:** Gobierno Vasco

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículos 14 y 21 de la CE

**DOCTRINA:** Altercados producidos tras el intento de un grupo de mujeres de participar en una celebración tradicionalmente reservada a hombres. Actuación policial impide su participación. Principio de igualdad. Derecho de reunión y manifestación (FJ 2, 3, 4 y 6)

mados en torno a él a propósito de las potestades administrativas de intervención y de los límites que lo circunscriben.”

Sentado lo anterior, y ligado con el principio de igualdad, el tribunal de instancia declaró que:

“[...] las recurrentes tenían derecho a desfilar en el Alarde ese día en virtud de la indicada facultad de participación cívica y de los artículos 14 y 9.3 de la Constitución y que no fueron ellas las agresoras, sino que, por el contrario, habían solicitado protección con anterioridad. También considera que la Ertzaintza, enfrentada al conflicto entre la seguridad y la participación cívica, debió buscar una solución que no frustrara el ejercicio de esa facultad. En concreto, afirma la sentencia”

En consecuencia, “la ponderación de intereses a la que se ve obligada la fuerza policial es análoga a la que ante el derecho de reunión se le plantearía, debiendo arbitrar proporcionalmente entre participación igualitaria y seguridad de personas y bienes [...]” (FJ 3)

Ello llevó al tribunal de instancia a concluir lo siguiente:

“La medidas [...] condujeron a excluir la participación de uno de los grupos, sobre la base exclusiva de consideraciones técnicas, puntuales e inmediatas de seguridad pública y el más pronto restablecimiento del orden externo en riesgo de alteración y [...] vinieron precedidas del completo desentendimiento hacia las demandas anticipadas de seguridad y protección que dicho colectivo social dirigía fundamentalmente y cuya implementación posibilitaba, al menos, el diseño de medidas y dispositivos restrictivos preestablecidos que armonizaran hasta donde fuese posible todas las facultades legítimas en presencia [por eso] incurren en una constitucionalmente ilegítima incidencia sobre el principio de no discriminación y conducen a la estimación del recurso.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco admitió la pretensión en cuanto a la vulneración del artículo 14 y la desestimó en cuanto al derecho fundamental de reunión.

El Gobierno Vasco discrepaba del parecer del tribunal de instancia al considerar que no se había producido una vulneración del artículo 14 de la CE. El recurrente consideraba que los organizadores del Alarde tenían derecho a llevarlo a cabo conforme a su propio criterio y que en ese caso habían hecho uso de su derecho de reunión “para reivindicar un modo de entenderlo: el tradicional”. (FJ 4)

Así, según el recurrente, “el derecho a la igualdad que puede reivindicar la asociación [JM] no se concreta en la adhesión al

‘Alarde’ que se celebraba a instancia de la asociación [AF], sino en la posibilidad de celebrar su propio ‘Alarde’ y este derecho a la igualdad no ha sido vulnerado”. (FJ 4)

Tras ello, el recurrente, apelando a la seguridad, concluyó que:

“[...] tampoco lesionó ese derecho pues, ante una situación de enfrentamiento que requiere una intervención urgente, es la seguridad pública lo que debe de tener presente la policía a la hora de actuar. Era la seguridad lo prioritario y no la realización de la igualdad, la cual podría tener lugar posteriormente, mientras que aquélla debía ser restablecida de modo inmediato. De ahí que la respuesta de la Ertzaintza fuese adecuada y proporcionada y no incurriera en vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, pues ‘las opciones que repasa el tribunal *a quo* (disolver la manifestación, procurar un sitio en la misma para los que intentaban integrarse en ella, etc.) reunían una alta potencialidad de aumentar la tensión y, por ende, agravar la situación de riesgo para la seguridad pública’.” (FJ 4)

El Tribunal Supremo estuvo de acuerdo con el recurrente en que los organizadores del Alarde lo habían hecho en ejercicio de su derecho de reunión y asociación, pues consideraba que se daban los elementos que según la jurisprudencia constitucional identifican el derecho de reunión. Acerca de los elementos del derecho de reunión, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] cuando se ejercita en lugares de tránsito público es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalis-

ta –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración– [...]” (FJ 6)

El Tribunal también dio la razón al recurrente al declarar lo siguiente en relación con el objeto del litigio:

“[...] no es la igualdad ni la forma en que se organizaron los actos [...] la cuestión central de este litigio. Lo que se debate es la actuación de las fuerzas de la Ertzaintza ante una situación de claro riesgo para la seguridad pública que, como se ha dicho antes, se produjo cuando la compañía [...] intentó incorporarse al Alarde organizado [...], riesgo que se concretó en forcejeos, insultos y tensión y que fue conjurado estableciendo un cordón que separó a esa compañía del resto de las personas que se hallaban en el lugar de los hechos hasta la retirada de aquélla.”

Finalmente, en relación con la posible vulneración del principio de igualdad, el Tribunal declaró que:

“En cualquier caso, no cabe entender que la actuación policial lesionara el derecho de las mujeres a no ser discriminadas [...]. En definitiva, la intervención policial [...] ni pretendía discriminar a las mujeres ni produjo por sí misma ese resultado, simplemente se encaminó a conjurar los riesgos existentes con medidas que se revelaron idóneas a tal fin evitando enfrentamientos entre los vecinos.” (FJ 6)

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho de reunión, ver las siguientes sentencias: STC 42/2000 (Aranzadi 2000/42); STC 85/1988, de 28 de abril (Aranzadi 1988/85) (FJ 2), y STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66) (FJ 3).

Sobre el Alarde, de la misma sala y sección, ver las siguientes sentencias: STS de 13 de septiembre de 2002, casación 2239/1998 (Aranzadi 2002/10198), y STS de 19 de septiembre de 2002, casación 2241/1998 (Aranzadi 2002/9110).

### Tribunal Supremo. Aprobación en sesión ordinaria del Pleno municipal de un convenio de planeamiento sin que conste en el orden del día ni se haya tramitado el correspondiente expediente. Impugnación de acuerdos de las corporaciones locales

#### SUPUESTO DE HECHO

Una entidad constructora suscribió un convenio con el Ayuntamiento de Marbella por el que se acordaron que aquél cedía a ésta determinados terrenos para edificar una vez que la entidad construyese y entregase al Ayuntamiento de Marbella una estación terminal de autobuses, el viario de conexión y un estacionamiento para usuarios de la referida estación y de un centro comercial, permitiendo a la empresa constructora su explotación en régimen de concesión.

El Pleno del Ayuntamiento de Marbella ratificó dicho convenio en sesión ordinaria y como asunto urgente, sin que fuera incluido previamente en el orden del día correspondiente y sin el previo dictamen de la Comisión Informativa correspondiente. Contra el mismo, varios concejales de la oposición interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que estimó parcialmente el recurso y declaró la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado.

El tribunal de instancia reconoció el derecho de los concejales a conocer los asuntos señalados en el orden del día con una antelación mínima de dos días hábiles “[...] sin que puedan tratarse más asuntos que los fijados en el mismo, salvo en casos de urgencia, [...] sin que se puedan incluir en el orden del día asuntos que no hayan sido previamente dictaminados, informados o sometidos a consulta de la Comisión Informativa que corresponda, salvo su inclusión por el alcalde por razones de urgencia debidamente motivada, con la posterior ratificación del Pleno [...]”.

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 2980/2000

**FECHA:** 8 de mayo de 2003

**PONENTE:** Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate

**DEMANDANTE:** Concejales del Ayuntamiento de Marbella

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Marbella

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículos 9.3, 23 y 103.1 de la CE; artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y artículos 82.3 y 91.4 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por Real decreto 2568/1986

**DOCTRINA:** Aprobación en sesión ordinaria del Pleno municipal de un convenio de planeamiento sin que conste en el orden del día ni se haya tramitado el correspondiente expediente. Impugnación de acuerdos de las corporaciones locales (FJ 4 y 5)

Asimismo, el tribunal destacó el derecho de los concejales a “examinar toda la documentación de los asuntos incluidos en el

orden del día que debe servir de base al debate y, en su caso, votación, documentación que deberá estar a su disposición desde el mismo día de la convocatoria en la Secretaría de la corporación”.

En relación con el convenio suscrito entre el Ayuntamiento y la constructora, el tribunal reconoció la complejidad del mismo y lo definió como convenio de planeamiento. En palabras del tribunal de instancia, éstos son “una manifestación de una actuación convencional frecuente en las administraciones públicas, que tiene por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor, siendo una figura que, aunque ostenta naturaleza negocial, su causa reside más en fijar la extensión y régimen de ejecución de una determinación futura del planeamiento, para el caso de que la misma llegue a concretarse por los procedimientos legalmente establecidos, que en el vínculo de contenido patrimonial típico de las figuras contractuales. Lo expuesto es compatible con la necesidad de que, si dicho convenio incorpora además otras figuras negociales para obtener la finalidad pretendida, deban sujetarse éstas a las especiales exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico para las mismas, como es el caso de la permuta que, aunque sometida a condición suspensiva, es generadora de obligaciones, exigibles cuando la condición se cumpla”.

En cuanto a la técnica de la permuta como fórmula de enajenación de bienes inmuebles frente al sistema general de subasta pública, el tribunal de instancia se refirió al deber de tramitar un expediente que acreditara su necesidad. Sin embargo, en el caso enjuiciado sólo se había presentado un “raquítico” expediente administrativo compuesto de un “informe de valoración”. De modo que, según el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, “Con este escueto denominado informe técnico de valoración no se satisfacen las exigencias legales de expediente administrativo tendente a acreditar la necesidad de la permuta y la equivalencia de valores”.

Por ello el Tribunal concluyó que el acuerdo era nulo de pleno derecho “tanto porque lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible de amparo constitucional, como porque se ha adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, estimando el recurso interpuesto.

La empresa constructora interpuso recurso de casación contra la dicha resolución, siendo éste desestimado por el Tribunal Supremo.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente planteaba como uno de los motivos de casación el que la sala no hubiera “atendido a la motivación implícita de urgencia derivada de las actuaciones administrativas”. El Tribunal Supremo consideró que había que desestimar dicho motivo, manifestándose en los siguientes términos:

“[...] en la sentencia recurrida se declara nulo de pleno derecho el acuerdo municipal impugnado porque el tratamiento y resolución de asuntos no incluidos en el orden del día requiere que el alcalde, al así decidirlo, motive debidamente que se examinen en la sesión, expresando las razones de la urgencia (artículo 82.3 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por Real decreto 2568/1986), aplicable también a los portavoces de los grupos políticos (artículo 91.4 del mismo reglamento), lo que la propia recurrente admite que no se hizo, aunque ahora apela a lo decidido por la mayoría y a que la urgencia se deduce del expediente administrativo, circunstancias ambas que no justifican la deliberación y adopción de acuerdos sobre un asunto no incluido en el orden del día sin expresar las razones de la urgencia, exigencia ésta impuesta por la conjunción de dos principios básicos de la actuación administrativa, cual son el de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Cons-

titución) y el de eficacia (artículo 103.1 de la propia Constitución).”

Asimismo, el recurrente alegaba la inaplicación indebida del artículo 23 de la Constitución, “al declarar que el procedimiento de urgencia, seguido para la aprobación del acuerdo impugnado, vulneró el derecho de participación en los asuntos públicos de los concejales recurrentes por no haberse justificado la urgencia, a pesar de que ésta se deduce del propio expediente administrativo”.

Al respecto, el Tribunal indicó que

“[...] sólo cabe tratar en las sesiones del Ayuntamiento los asuntos incluidos en el orden del día, salvo que por razones de urgencia, debidamente justificada, se sometan a deliberación otros no incluidos en aquél.” (FJ 4)

De suerte que, según el Tribunal, el tribunal *a quo* había interpretado y aplicado correctamente el precepto constitucional.

Finalmente, el recurrente alegaba la indebida aplicación del artículo 62.1 de la LRJPAC por parte de la sala, que había considerado que el acuerdo municipal se había adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, al no haberse justificado la necesidad de permuta.

Sobre esta cuestión, el Tribunal declaró lo siguiente:

“La nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado, declarada en la sentencia recurrida, se deriva no sólo del insuficiente informe técnico para justificar el sistema de permuta, elegido para construir la estación terminal de autobuses, sino también y principalmente del uso indebido del procedimiento de urgencia, prescindiendo así absolutamente del previsto legalmente, que requiere la inclusión del asunto en el orden del día, y que habría permitido a los concejales examinar todos los antecedentes para emitir su voto, circunstancias ambas que han llevado, con todo acierto, al tribunal *a quo* a entender que el acto impugnado está incurso en los vicios contemplados en los apartados a) y e) del artículo 62.1 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, por haberse lesionado el derecho de la minoría a participar, a través de sus representantes libremente elegidos, en la implantación y gestión de un servicio público de su municipio mediante la elusión de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, razones todas determinantes de la improsperabilidad de este último motivo de casación.” (FJ 5)

Por lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso de casación.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los convenios de planeamiento, ver la siguiente sentencia: STS de 15 de marzo de 1997 (Aranzadi 1997/1677).

Sobre el derecho garantizado por el artículo 23 de la CE, ver la siguiente sentencia: STS de 5 de mayo de 1995 (recurso de casación 2889/93) (Aranzadi 1996/3641).

## Tribunal Supremo. Revocación de la autorización concedida para la ocupación de la vía pública mediante la instalación de una estación de servicio. Cláusulas de precario. Precariedad de primer y segundo grado

### SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de San Sebastián, previa revocación por razón de interés público de la autorización otorgada por la misma para su ocupación, acordó el desahucio de una compañía petrolera de unos terrenos de dominio público ocupados por una estación de servicio. Contra dicha resolución, la compañía mencionada interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por silencio administrativo.

Tras ello, la compañía interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El Tribunal declaró la disconformidad a derecho del acto impugnado y lo anulaba, fundándose en que en virtud de lo establecido por el artículo 10 del Real decreto de 28 de junio de 1927, la compañía petrolera se había hecho cargo de los surtidores que hasta entonces existían para la distribución de productos petrolíferos en régimen de monopolio, y con ello había adquirido un derecho indefinido de uso en régimen de concesión del suelo de dominio público en que se asentaban las instalaciones de venta de carburantes.

Contra dicha resolución, el Ayuntamiento de San Sebastián interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente, entre otros motivos, alegaba lo siguiente:

"[...] la infracción de la norma reglamentaria que regula el desahucio administrativo por entender que la condición en que la compañía ocupa el terreno de dominio público es la de un precario meramente tolerado, no permanente; que corresponde a una gasolinera implantada sobre una acera peatonal que surte a los vehículos estacionados en la propia calzada, obstaculizando el tráfico y sin carril de desaceleración ni isleta separadora del tráfico del vial; y que no existe derecho de indemnización cuando el Ayuntamiento, actuando la facultad que le otorga el artículo 120 del Reglamento de bienes de las entidades locales, pone fin a su tolerancia y exige la desocupación del dominio público municipal."

En consecuencia, el Tribunal se refirió a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al establecimiento de cláusulas a precario y, en su caso, el deber de indemnizar. Al respecto, el Tribunal declaró que:

"[...] las cláusulas de precario en las concesiones –que, como se ha visto, no garantizan la absoluta inmunidad de la Administración para eliminar la situación jurídica sobre la que se hace gravitar el precario administrativo–, llevan consigo la necesidad de distinguir entre una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segundo grado que no comporta resarcimiento, y que la distinción entre una y otra depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico." (FJ 13)

"En definitiva [...] la entrada en juego de la cláusula de precario no elimina por sí misma la obligación administrativa de indemnizar [...] No se produce exención del deber de indemnizar en el caso de que la Administración quiera poner fin a la situación creada al amparo de la cláusula de precario, pues esto sólo se admitiría en una precariedad de segundo grado, pero no en una precariedad de primer grado creada con carácter permanente y duradero, lejos de la provisionalidad y transitoriedad más propia de la precariedad de segundo grado [...]" (FJ 13)

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 8789/1997

**FECHA:** 8 de abril de 2003

**PONENTE:** Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

**DEMANDANTE:** Compañía petrolera

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de San Sebastián

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 10 del Real decreto ley de 28 de junio de 1927, y artículo 120 del Reglamento de bienes de las entidades locales

**DOCTRINA:** Revocación de la autorización concedida para la ocupación de la vía pública mediante la instalación de una estación de servicio. Cláusulas de precario. Precariedad de primer y segundo grado (FJ 13, 14 y 15)

Asimismo, el recurrente alegaba que "el pago de la tasa, impuesto o cualesquiera exacciones no puede sustituir a un acto administrativo autorizante, así como tampoco las obras de reparación o modificación de la instalación".

Sobre este aspecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Según reiterada jurisprudencia, [...] el único título habilitante para la ocupación privativa del dominio público mediante instalaciones fijas no desmontables es la concesión, la cual no puede ser sustituida por una mera autorización o por actos que demuestren la tolerancia de la Administración como el percibo de tasas o el otorgamiento de licencias o autorizaciones con una finalidad distinta." (FJ 14)

Sin embargo, en ese caso el Tribunal consideró que la sentencia no había incumplido dicha doctrina, indicando que:

"La sentencia admite –aunque de modo desacertado– la existencia de una concesión de uso legitimadora de la ocupación del demanio local por la compañía arrendataria del monopolio de petróleos. Sólo utiliza el argumento de la existencia de actos administrativos de reconocimiento como argumento complementario para corroborar la falta de relevancia de los cambios de ubicación sufridos por la estación de servicio, pero no extrae de dicha circunstancia las consecuencias que alega la parte recurrente." (FJ 14)

Por ello, el Tribunal consideró que había que desestimar dicho motivo de impugnación.

Finalmente, el Tribunal, de acuerdo con lo establecido por el artículo 102.1.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, que establece que cuando se estime el recurso de casación por alguno de los motivos deducidos al amparo del artículo 95.1.4 de dicha ley, "la sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate". (FJ 15)

En este sentido, el Tribunal, en contra de lo que había resuelto el tribunal de instancia, declaró lo siguiente:

"[...] la estabilidad de la situación de ocupación en precario del demanio local por [la compañía], demostrada por el transcurso de largo tiempo con tolerancia administrativa, junto con el carácter sobrevenido de las exigencias de interés público que justifican la revocación de la ocupación, [...] son circunstancias que atribuyen claramente a la ocupación examinada un carácter de precario de segundo grado." (FJ 15)

Por tanto, el Tribunal consideró que había que estimar el recurso, ordenando la retroacción del procedimiento adminis-

trativo al momento inmediatamente anterior a la iniciación del trámite pertinente para fijar la indemnización que proceda por el desalojo.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre las cláusulas de precario en autorizaciones de uso del dominio público, ver la siguiente sentencia: STSJ del País Vasco 341/2003, de 13 de junio.

Declarando que la entrada en juego de la cláusula de precario no elimina por sí misma la obligación administrativa de in-

demnizar, ver la siguiente sentencia: STS de 18 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1998/624) (Rec. núm. 1338/1990).

Declarando que no se produce exención del deber de indemnizar en el caso de que la Administración quiera poner fin a la situación creada al amparo de la cláusula de precario, ver las siguientes sentencias: STS de 23 de diciembre de 1971 (Aranzadi 1971/5199); STS de 8 de marzo de 1972 (Aranzadi 1972/1262); STS de 22 de abril de 1977 (Aranzadi 1977/1743), y STS de 14 de noviembre de 1984 (Aranzadi 1984/5747).

### Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Revocación de la autorización concedida para la ocupación de la vía pública mediante la instalación de una estación de servicio. Cláusulas de precario. Precariedad de primer y segundo grado

#### SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de San Sebastián revocó, sin derechos indemnizatorios, la autorización concedida para la ocupación de la vía pública mediante la instalación de una estación de servicio y suministro al por menor de carburante. Contra dicha revocación fueron presentadas varias alegaciones, siendo éstas desestimadas. Contra el acto desestimatorio fue interpuesto recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

El Tribunal estimó parcialmente el recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó la procedencia de la revocación de actos que en su momento determinaron la utilización del dominio público. Al respecto, el Tribunal declaró que:

"[...] para determinar la validez y eficacia de las facultades revocatorias o modificativas que la Administración se autoconceda por cláusula de precario será preciso investigar el fin concreto del acto concesional o autorizante del uso y examinar las razones de oportunidad en que se apoye dicha revocación o modificación, así como los planes y proyectos en cuya realización se ejercitan, determinando si este ejercicio responde plenamente a la protección y salvaguarda del primordial destino del bien de dominio público sobre el cual recae el uso anormal conferido y todas estas ideas dan lugar a que sea preciso distinguir entre una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segundo grado que no comporta resarcimiento, cuya separación depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico." (FJ 1)

Entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que debía reputarse ilegal "una cláusula tan absoluta como la que es objeto de impugnación, en que se exonere a la Administración de cualquier tipo de indemnización como consecuencia de la futura modificación, suspensión o extinción de la autorización o concesión por razones de interés general, haciendo abstracción de las circunstancias que concurren y de cuál es su causa". (FJ 1)

Asimismo, el Tribunal señaló lo siguiente:

"Al margen de la posibilidad de discutir si en el caso concreto se da el interés general que origina la revocación, también debe quedar en pie la posibilidad de pedir el resarcimiento por daños y perjuicios, si efectivamente se han producido, para el caso de que el cambio, suspensión o extinción de la autorización o concesión sean procedentes, al existir realmente un interés general que lo demanda. Ello tiene aún mayor importancia

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 2722/1998

**RESOLUCIÓN:** 341/2003

**FECHA:** 13 de junio de 2003

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Javier Rodríguez Moral

**DEMANDANTE:** Estación de servicio y asociación de vecinos

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de San Sebastián

**DOCTRINA:** Revocación de la autorización concedida para la ocupación de la vía pública mediante la instalación de una estación de servicio. Cláusulas de precario. Precariedad de primer y segundo grado (FJ 1 y 2)

en supuestos como el actual, en que el uso anormal del dominio público se ha otorgado para la prestación de un servicio de interés general, como es el eléctrico, y que en aras del mismo se han realizado una serie de inversiones que pueden verse frustradas, o al menos agravadas, como consecuencia de la suspensión, modificación o extinción." (FJ 1)

Por tanto, según el Tribunal, en relación con el derecho a ser indemnizado como consecuencia de la revocación de una licencia, "[...] pueden existir supuestos en que el cambio o revocación no genere derecho a indemnización, pero, por contra, pueden existir otros en que sí surja este derecho, por lo que la cláusula que *a priori* los excluya contraría los principios de responsabilidad por daños que presiden nuestro ordenamiento jurídico". (FJ 1)

De modo que, según el Tribunal, se podría distinguir entre "una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segunda grado que no comporta resarcimiento, cuya separación depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico". (FJ 1)

Entrando en el análisis de los hechos acontecidos, el Tribunal recordó que en 1965 el Ayuntamiento de San Sebastián había autorizado al recurrente para instalar una estación de servicio de venta al público de carburantes. Sin embargo, como también apuntó el Tribunal, según declaró el Plan especial de reforma interior de la zona, aprobado en 1985, "la gasolinera dificultaba el tráfico rodado, disminuyendo la superficie peatonal de la plaza, deteriorando el nivel ambiental, y creando un peligro en una zona tan transitada, por lo que el equipo redactor del plan proponía su traslado a otro lugar, y que la reubicación podía



encomendarse a una futura revisión del plan general, mediante el establecimiento de áreas especiales para este tipo de instalaciones”.

Por su parte, el Tribunal declaró que:

“[...] en cuanto al análisis de las circunstancias que atribuyen a la ocupación el carácter de precario de primer grado susceptible de generar derecho a la indemnización como consecuencia del desalojo, tenemos en primer lugar, que de la prueba practicada se desprende con claridad la vocación de permanencia de la estación de servicio sobre el demanio local, pues no se puede calificar de otro modo a un emplazamiento de venta y distribución de carburantes que se prolonga desde 1966, sirviéndose de instalaciones permanentes, sin sujeción a plazo, y en un sector que cubre necesidades permanentes e indeclinables, fruto de una demanda estable, o mejor, en evolución progresiva, al compás de la incorporación del vehículo a los hábitos de la vida cotidiana.” (FJ 2)

Por su parte, acerca de las exigencias de interés público que se alegan como justificativas de la revocación, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[las circunstancias] quedan resumidas en la reacomodación urbanística en la que se ha encontrado sumida la ciudad de Donosti/San Sebastián, y que se traduce en un intento de racionalizar el tejido urbano de la urbe, asumiendo entre otros objetivos, el desplazamiento de las gasolineras ubicadas en pleno casco urbano [...] y que evidentemente revisten carácter sobrevenido en relación con el interés público que motivó originariamente la autorización, y que no fue otro que el aseguramiento razonable de suministro de carburante a los residentes del municipio, que permanece incólume [...] si bien se pretende su coordinación con la constelación de nuevos intereses cuya pro-

tección entiende el Ayuntamiento que corresponde resaltar en este particular momento histórico de la ciudad.” (FJ 2)

Lo expuesto llevó al Tribunal a la conclusión de que concurrían los requisitos jurisprudencialmente consagrados para dar “derecho a indemnización como contrapartida del cese de la ocupación demanial cuya operatividad debe ser respetada mediante una suma remitida en su señalamiento definitivo a la ulterior fase de ejecución de sentencia”. (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal entendió que procedía estimar parcialmente el recurso, anulando el acto impugnado por no ser conforme a derecho, al negar indemnización a la parte actora por el cese de la ocupación del espacio público, condenando a la Administración demandada a abonar a la actora la indemnización que proceda por el desalojo, fijándola con arreglo a las bases establecidas por la propia sentencia.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre las cláusulas de precario en autorizaciones de uso del dominio público, ver la siguiente sentencia: STS de 8 de abril de 2003.

Sobre la procedencia de la revocación de actos que en su momento determinaron la utilización del dominio público, ver las siguientes sentencias: STS (Sala Tercera, Sección Tercera), Recurso de casación 3577/95 (Aranzadi 2002/6475); STS de 29 de octubre de 1979 (Aranzadi 1979/3545), de 23 de abril de 1980 (Aranzadi 1980/2719); STS de 29 de septiembre de 1980 (Aranzadi 1980/3460); STS de 4 de noviembre de 1997 (Aranzadi 1997/8680); STS de 18 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1998/624), y STS de 13 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/1980); STS (Sala Tercera, Sección Cuarta), de 8 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/3681), y STSJ del País Vasco (Sección Primera), de 7 de julio de 1997.

### Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Reglamento autonómico que exige la evaluación de impacto ambiental en un supuesto carente de cobertura legal. Principio de reserva de ley

#### SUPUESTO DE HECHO

La Confederación Hidrográfica del Norte dictó resolución por la que se autorizaba con carácter temporal el almacenamiento e instalación de un desguace de vehículos en zona de policía de un río. El Gobierno regional formuló requerimiento previo, que fue desestimado por silencio. Tras ello, se interpuso recurso contencioso administrativo, que también fue desestimado.

La parte actora solicitaba la anulación de la resolución administrativa, alegando que debería haberse sometido la actividad a evaluación de impacto ambiental.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó la normativa estatal y autonómica relativa a la evaluación de impacto ambiental. En concreto, “[...] en la aplicación y validez del Decreto autonómico 50/1991, que obliga a someter a evaluación de impacto ambiental una serie de actividades, entre las que se encuentran en el anexo II-6 ‘el desguace y/o almacenamiento de chatarra’”. (FJ 2)

Como apuntó el Tribunal, la norma autonómica ampliaba el elenco de posibilidades que debían someterse a evaluación de impacto ambiental de acuerdo con la normativa estatal en la materia, contenida en el Real decreto legislativo 1302/1986.

A tal efecto, el Tribunal citó una sentencia en la que el mismo, a propósito de la exigencia por una norma de naturaleza reglamentaria de someter a evaluación de impacto ambiental el planeamiento urbanístico, había exigido la existencia de una norma de rango legal para adoptar ese tipo de medidas.

En esa ocasión, el Tribunal declaró que:

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 973/2001

**FECHA:** 23 de abril de 2003

**PONENTE:** Ilma. Sra. María Teresa Marijuán Arias

**DEMANDANTE:** Gobierno de Cantabria

**DEMANDADO:** Confederación Hidrográfica del Norte

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Anexo II.8 del Decreto 50/1991, de 29 de abril; Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 junio, y apartado 10.b) del anexo II de la Directiva 85/337

**DOCTRINA:** Reglamento autonómico que exige la evaluación de impacto ambiental en un supuesto carente de cobertura legal. Principio de reserva de ley (FJ 2 y 3)

“[...] la norma reglamentaria dirigida a tal fin habrá de contar con una habilitación legal emanada precisamente de la comunidad autónoma, esto es, con una habilitación que le venga de quien en la comunidad es el único detentador del poder legislativo: del Parlamento vasco, en fin.” (FJ 3)

El Tribunal consideró que dicha doctrina era aplicable al caso enjuiciado, por cuanto se estaba “ante una norma autonómica de naturaleza reglamentaria que carece de la cobertura legal exigible”.

Sin embargo, el Tribunal admitió la posibilidad de que “[...] pueda considerarse cubierta la reserva de ley por la normativa urbanística o por la existencia de una norma de Derecho comunitario, la Directiva 85/337, que el decreto autonómico incorpora al ordenamiento interno”. (FJ 3).

Por ello, procedió a analizar el contenido de la directiva mencionada. De la misma estudió el contenido de sus dos anexos, referido cada uno a un determinado tipo de proyectos, observando el papel del Estado o la comunidad autónoma sobre los mismos:

“[...] para los proyectos del anexo I, es evidente que el Estado, o la comunidad autónoma en su caso, no cuentan con ámbito propio de decisión a la hora de proceder a su transposición al derecho interno. Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea [...], existe una obligación inequívoca de someter estos proyectos a evaluación sin que los estados puedan introducir ninguna limitación en la materia. En estas condiciones bien puede considerarse cubierta la reserva de ley por la norma comunitaria, pues es ella misma la que decide directamente qué proyectos o actividades deben seguir este trámite, sin que la norma interna adopte decisión alguna más que la mera transposición de un mandato imperativo. La decisión de limitar la libertad o la propiedad, en definitiva, no se adopta por la norma interna, sino directamente por la norma comunitaria, lo que hace que pueda considerarse cubierta por ella la reserva de ley internamente exigible que, de hecho, carece de sentido cuando con ella no se adopta originariamente tal limitación.” (FJ 3)

En cuanto a las actividades del anexo II, el Tribunal declaró lo siguiente:

“En relación con éstas, los estados cuentan con cierto margen de discrecionalidad, pues a ellos corresponde decidir en qué condiciones deben someterse a evaluación, por tener una importante repercusión ambiental. No se trata, por tanto, de que los estados puedan decidir qué proyectos de los del anexo II se sujetan a evaluación y cuáles no, pues, como tiene señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, un Estado no puede excluir *a priori* determinados tipos de proyectos. [...] Ahora bien, las instancias nacionales competentes, el Estado o las comunidades autónomas, sí cuentan con un ámbito propio de decisión, pues a ellas les corresponde indicar en qué condiciones se impone la evaluación de impacto ambiental para lo cual deberán tomar como referencia, desde luego, el criterio previsto en la directiva relativo a la intensidad con que la actividad afecte al medio ambiente”. (FJ 3)

Por tanto, según el Tribunal, en ese caso:

“[...] la norma comunitaria no llega a cubrir la reserva de ley puesto que no es ella la que directamente impone la restricción que supone la sumisión a evaluación para las actividades del anexo II. Será necesario, en consecuencia, que sea una norma con rango de ley la que seleccione, dentro del respecto al Derecho comunitario, los proyectos o actividades del anexo II que deben sujetarse a evaluación de impacto ambiental indicando los criterios o condiciones que llevan a su selección”. (FJ 3)

Analizando el supuesto en cuestión (normas y planes de urbanismo), el Tribunal señaló que era el anexo II el que se refería a las mismas. Al respecto, aún y admitiendo la inclusión en su apartado 10.b) de “trabajos de ordenación urbana”, lo que constituye “una referencia genérica que permite considerar comprendidos, entre otras cuestiones, los planes y normas de urbanismo, así como sus modificaciones”, el Tribunal declaró que:

“[...] la directiva no impone por sí misma que todos los planes y normas de ordenación urbana se sujeten a este control, sino que será en este caso la comunidad autónoma la que deberá

decirlo indicando qué tipo de trabajos de ordenación urbana son éstos, y señalando bajo qué condiciones o criterios deben efectivamente someterse a evaluación de impacto ambiental. Esta decisión, como se ha indicado ya, deberá adoptarse en una norma con rango de ley”. (FJ 3)

En ese sentido apunta la Directiva 97/11, que alteró al apartado 10 del anexo II, que “no se refiere genéricamente a los ‘b) trabajos de ordenación urbana’ sino a los ‘proyectos de urbanizaciones, incluida la construcción de centros comerciales y aparcamientos’, de suerte que “[...] ya no pueden considerarse aludidos los planes y normas de ordenación urbana, sino los más concretos proyectos de realización de obras, instalaciones o actividades”. (FJ 3)

Por lo expuesto, el Tribunal llegó a la conclusión de que la previsión del Decreto 50/1991 carecía de la cobertura de la directiva mencionada y, por tanto, procedía declarar la nulidad de la misma. En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso.

### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la legislación básica estatal y de desarrollo autonómico en materia de evaluación de impacto ambiental, ver las siguientes sentencias: STC de 26 de junio de 1995 (Aranzadi 1995/102), y STS de 24 de octubre de 1996 (Aranzadi 1996/7594).

Declarando que, en las materias comprendidas en el anexo I de la Directiva 85/337 existe una obligación inequívoca de someter estos proyectos a evaluación sin que los estados puedan introducir ninguna limitación en la materia, ver las siguientes sentencias: STEDH de 11 de agosto de 1995 (asunto C-431/92) (TJCE 1995/132), y STEDH de 2 de mayo de 1996 (asunto C-133/96) (TJCE 1996, 86).

Negando que un Estado pueda excluir *a priori* determinados tipos de proyectos, ver las siguientes sentencias: STEDH de 24 de octubre de 1996 (C-72/95) (TJCE 1996/188); STEDH de 22 de octubre de 1998 (C-301/95) (TJCE 1998/188), y STEDH de 13 de septiembre de 1999 (C-435/97).

## Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Establecimiento en un organismo público de un sistema de control horario consistente en la lectura biométrica de la mano por infrarrojos. Derecho a la intimidad personal y familiar. Libertad informática

### SUPUESTO DE HECHO

La Consejería de la Presidencia del Gobierno de Cantabria resolvió implantar un nuevo sistema de control horario, consistente en la lectura biométrica de la mano.

Contra la resolución por la que se aprobaba el mencionado sistema y la orden sobre la puesta en funcionamiento del mismo fue interpuesto recurso contencioso-administrativo. Los recurrentes alegaban que el nuevo sistema vulneraba su derecho a la intimidad. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria desestimó el recurso.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó en primer lugar el contenido del derecho a la intimidad, indicando que:

“El derecho a la intimidad personal, como derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para sostener una calidad mínima de la vida humana” [...].” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal se refirió a dicho derecho como limitador de las facultades organizativas de los empresarios, declarando que:

“[...] también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos [...]. Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho [...]. Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador [...], ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél.” (FJ 6)

Lo indicado se correspondería con los dicho en anteriores ocasiones en cuya virtud:

“[...] la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad [...].” (FJ 6)

En cuanto al análisis de la proporcionalidad de las medidas, el Tribunal declaró que:

“[...] para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).” (FJ 6)

Entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que el sistema de control que se pretendía instaurar resultaba “idóneo para conseguir el objetivo propuesto”. Éste objetivo consistía en “lograr un mayor nivel de eficacia en la Administración pública”. (FJ 8)

Además, el Tribunal consideraba que “La existencia de otros posibles sistemas igualmente idóneos para conseguir la referi-

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 759/2002

**FECHA:** 28 de marzo de 2003

**PONENTE:** Ilmo. Sr. César Tolosa Tribiño

**DEMANDANTE:** Funcionario al servicio del Gobierno de Cantabria

**DEMANDADO:** Gobierno de Cantabria

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículos 10, 103 y 106 de la CE; artículo 6 de la Ley orgánica 15/1999, de 3 de diciembre, de protección de datos de carácter personal

**DOCTRINA:** Establecimiento en un organismo público de un sistema de control horario consistente en la lectura biométrica de la mano por infrarrojos. Derecho a la intimidad personal y familiar. Libertad informática (FJ 4, 5, 6, 8, 11 y 13)

da finalidad, no convierte el sistema enjuiciado en ilegal, siendo legítimo que la Administración opte, dentro de la legalidad, por aquel sistema que considere más conveniente”. (FJ 8)

Así, tras efectuar el correspondiente juicio de proporcionalidad, el Tribunal consideraba que:

“[...] la implantación del sistema puede reportar más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, máxime cuando nos encontramos ante la imposición de una obligación a un colectivo vinculado a la Administración mediante una relación de sujeción especial [...]. En efecto, una adecuada política en materia de personal al servicio de la Administración, habrá de redundar en una mayor eficacia de la misma para la consecución de los intereses generales, valor reconocido constitucionalmente en el artículo 103 de la Constitución y que conforme a la STC 85/1983, de 25 de octubre (Aranzadi 1983, 85), plasma junto con el artículo 106 la concepción constitucional de la Administración, concepción que se impone a los concretos e individuales intereses de cada uno de los posibles funcionarios afectados.” (FJ 8)

Finalmente, el Tribunal se refirió a la libertad informática, de la que dijo que representa:

“[...] no sólo ‘la libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático.’” (FJ 11)

El debido respeto a la libertad informática llevó al Tribunal a analizar el posible incumplimiento por parte de las disposiciones impugnadas de la Ley orgánica 15/1999, de 3 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En concreto, se centró en el artículo 6 de la misma, que se refiere a la necesidad de prestar consentimiento en ciertos casos en los siguientes términos:

“No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias [...] siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.” (FJ 13)

El Tribunal consideró que el caso enjuiciado correspondía a dicho supuesto, lo que, junto a la circunstancia de que la utilización de la mano no constituía una agresión referida a la intimidad corporal, llevó al Tribunal a desestimar el recurso interpuesto, por ser inexistente la vulneración del derecho fundamental invocado.

**JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA**

Sobre el derecho a la intimidad, ver las siguientes sentencias: (en este mismo número) STS de 29 de mayo de 2003; STC 209/1988, de 27 de octubre (Aranzadi 1988/20); STC 231/1988, de 2 de diciembre (Aranzadi 1988/231); STC 197/1991, de 17 de octubre (Aranzadi 1991/197); STC 99/1994, de 11 de abril (Aranzadi 1994/99); STC 143/1994, de 9 de mayo (Aranzadi 1994/143); STC 207/1996, de 16 de diciembre (Aranzadi 1996/207), y STC 186/2000, de 10 de julio (Aranzadi 2000/186), entre otras.

Negando el carácter absoluto del derecho a la intimidad, ver las siguientes sentencias: STC 57/1994 (Aranzadi 1994/57), y STC 143/1994 (Aranzadi 1994/143).

Sobre los derechos fundamentales de los trabajadores como limitación de las facultades organizativas de los empresarios, ver la siguiente sentencia: STC 292/1993 (Aranzadi 1993/292) (FJ 4).

Declarando que la su limitación de los derechos fundamentales sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, ver las siguientes sentencias: STC 99/1994 (Aranzadi 1994/9) (FJ 7); STC

6/1995 (Aranzadi 1995/6) (FJ 3), y STC 136/1996 (Aranzadi 1996/136) (FJ 7).

En contra de que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador sirva a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ver las siguientes sentencias: STC 94/1984 (Aranzadi 1984/9); STC 108/1989 (Aranzadi 1989/108); STC 171/1989 (Aranzadi 1989/171); STC 123/1992 (Aranzadi 1992/123); STC 134/1994 (Aranzadi 1994/134); STC 173/1994 (Aranzadi 1994/173), y STC 11/1981 (Aranzadi 1981/11) (FJ 22).

Sobre el principio de proporcionalidad, ver las siguientes sentencias: STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995, 66) (FJ 5); 55/1996, de 28 de marzo (Aranzadi 1996/55) (FJ 6, 7, 8 y 9); STC 207/1996, de 16 de diciembre (Aranzadi 1996/207) [FJ 4.e)], y STC 37/1998, de 17 de febrero (Aranzadi 1998/37) (FJ 8).

Declarando que una adecuada política en materia de personal al servicio de la Administración debe de redundar en una mayor eficacia de la misma para la consecución de los intereses generales, ver la siguiente sentencia: STC 85/1983, de 25 de octubre (Aranzadi 1983/85).

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Ordenanza municipal. Obligación de someter los inmuebles de cierta antigüedad a una inspección técnica por profesionales titulados legalmente para ello. Contenido esencial del derecho de propiedad. Reserva de ley**

**SUPUESTO DE HECHO**

El Pleno del Ayuntamiento de Madrid aprobó la Ordenanza municipal sobre conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones.

En dicha ordenanza se imponía a los propietarios de los edificios la acreditación del buen estado de los mismos, teniendo que pasar una inspección técnica que acreditara su estado a tales efectos.

Un particular interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la misma, por considerar que sus artículos 25 a 52 afectaban al "contenido esencial" del derecho de propiedad. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso, ordenando la anulación de la ordenanza.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA**

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó si la mencionada ordenanza establecía unas normas que afectarían al "contenido esencial" del derecho de propiedad o, por el contrario, se trataba de un ejercicio de potestades administrativas establecidas en el artículo 22 del RSCL, con respaldo legal en el artículo 181 del TRLS, por no afectar a dicho contenido esencial.

La argumentación del Tribunal giró entorno a dos ejes: la reserva de ley y el contenido esencial del derecho fundamental de propiedad.

En relación con el contenido esencial, el Tribunal declaró que: "Este contenido esencial intangible de los derechos constituye el *statu quo* de la propiedad y adquiere un peso normativo que necesariamente ha de ser configurado por ley, porque actúa precisamente como límite de la ley y no es determinado por ésta." (FJ 2)

Así, según el Tribunal:

"Para enjuiciar pues la legitimidad de una norma de rango inferior a la ley, como es la ordenanza municipal que nos ocupa, hemos de utilizar como parámetro el 'contenido esencial' del derecho a que se refiere, que en este caso es el de propiedad." (FJ 1)

Acerca del contenido del derecho de propiedad, el Tribunal declaró que:

"Uno de los deberes primordiales que incumbe a todo propietario, es el de mantener y conservar los inmuebles que le pertenezcan en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públi-

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 452/1999

**RESOLUCIÓN:** 674/2003

**FECHA:** 13 de junio de 2003

**PONENTE:** Ilma. Sra. Elvira Adoración Rodríguez Martí

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Madrid

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 22 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL); artículo 181 del Texto refundido de la Ley del suelo (TRLIS); artículos 25 a 32 de la Ordenanza municipal sobre conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones, aprobada por el Ayuntamiento en Pleno de Madrid en fecha 28 de enero de 1999

**DOCTRINA:** Ordenanza municipal. Obligación de someter los inmuebles de cierta antigüedad a una inspección técnica por profesionales titulados legalmente para ello. Contenido esencial del derecho de propiedad. Reserva de ley (FJ 2 y 3)

**VOTO PARTICULAR:** Ilmo. Sr. Javier Eugenio López Candela

cos, como establece el TRLS, siendo su obligación tan ineludible, que se faculta a la Administración pública, a actuar subsidiariamente en el cumplimiento de aquel deber, en los supuestos en que no lo haga el propietario, y a costa de éste [...]."

En cuanto a este deber de mantener los inmuebles en buen estado, el Tribunal declaró que:

"Este deber de los propietarios se había presumido cumplido tradicionalmente, correspondiendo a los poderes públicos, en este caso, a la Administración municipal, acreditar mediante las oportunas inspecciones e informes técnicos realizados por funcionario público, que cualquier edificio en concreto no reunía las condiciones exigidas de seguridad, por incumplimiento del propietario de los deberes de conservación y mantenimiento,

estando por tanto facultada para compelerle a realizarlos, o realizarlos por sustitución.”

Sin embargo, “A partir de la publicación de la Ordenanza [...] la forma en que la Administración velaba para que los propietarios cumplieran sus deberes, se modifica radicalmente, pues se invierte la carga de la prueba, y se impone a los propietarios el gravamen de acreditar fehacientemente ante el municipio, que los edificios de su propiedad se hallan en condiciones de seguridad constructiva”. (FJ 1)

De modo que, según el Tribunal:

“[...] el artículo 25 de la ordenanza [...] impone [...] una carga respecto del derecho de propiedad, que entiende la Sala afecta al contenido esencial del mismo sobre todo respecto de la ‘forma y precios’ en que ha de realizarse la inspección.” (FJ 2)

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar el contenido de los preceptos que desarrollaban la medida indicada.

Al respecto, entendió que el artículo 27 de la ordenanza dejaba “al arbitrio de los profesionales la acreditación del cumplimiento o incumplimiento de los deberes ineludibles de los propietarios, que sólo a la Administración pública le está encomendado constatar”. (FJ 2)

Por su parte, “Los informes [...] son a cargo de los propietarios, que deberán abonar los correspondientes honorarios, suponiendo dicho pago una merma o restricción de carácter económico del derecho de propiedad, que como ya hemos venido analizando, está reservada exclusivamente a la ley por el texto constitucional; y no habiéndose promulgado ley alguna que establezca esta carga de carácter oneroso, la ordenanza que la impone carece de cobertura legal e infringe el principio de legalidad y de jerarquía normativa”. (FJ 2)

En cuanto a los plazos establecidos por el artículo 23 para llevar a cabo la inspección, el Tribunal consideró que “podrían ser atentatorios al principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la CE, toda vez que sin la existencia de una ley general, cada municipio tendría libertad para establecer los plazos que estimara oportunos, existiendo por tanto mayor intensidad de gravamen en aquellos municipios que establecieran plazos más cortos entre una inspección y otra”. (FJ 2)

Finalmente, en relación con el artículo 32, el Tribunal declaró que vulneraba los principios de legalidad y tipicidad (artículo 25 de la CE) “al establecer un sistema sancionatorio para el caso de que los propietarios no realizasen la inspección técnica de los edificios, en los plazos y formas establecidos en la norma”. (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal declaró que el mencionado precepto:

“Si bien [...] califica las sanciones a imponer a los propietarios reuñentes al cumplimiento de la inspección técnica de edificios, como multas coercitivas, entiende la Sala que se trata de auténticas sanciones consecuencia de infracciones administrativas que no están previstas ni determinadas en ninguna ley anterior a la ordenanza [...]. La imposición de sanciones constituye el reconocimiento implícito de que la conducta contraria a los artículos 25 a 32 de la ordenanza constituye una infracción administrativa, como no podía ser de otro modo, ya que ninguna obligación administrativa tendría el carácter vinculante para el cumplimiento si la falta de éste no estuviera considerada como infracción y llevaría aparejada la correspondiente sanción.” (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal anuló los artículos 25 a 32 de la ordenanza.

#### Voto particular

El Ilmo. Sr. Javier Eugenio López Candela formuló un voto particular, al discrepar del parecer de la mayoría en varios aspectos.

En primer lugar, el magistrado se refirió al deber de prestar el informe técnico establecido por la norma. Al respecto, el magistrado declaró que dicha obligación quedaba justificada por la

necesidad de garantizar que el edificio se halla “en las condiciones debidas de seguridad”. Además, éste destacó que:

“[...] la exigencia de dicho tipo de informes técnicos no resulta desconocida en el ordenamiento administrativo, pues es frecuente que la Administración encomiende a los particulares la presentación de informes elaborados por técnicos cuya competencia se presume al objeto de acreditar el cumplimiento de una determinada normativa.” (FJ 2)

En cuanto al principio de legalidad (artículo 9.3 de la CE), el Tribunal declaró que éste no quedaba vulnerado, pues “partiendo de la base de que una regulación reglamentaria del derecho de propiedad que no incida en el contenido esencial del mismo es acorde con el principio de reserva de ley, en tanto en cuanto al citado contenido esencial siga siendo reconocible”. (FJ 4)

En efecto, el magistrado consideraba que no se había alterado el contenido esencial del derecho de propiedad, indicando que “no queda afectado por el hecho de que se imponga la presentación del mencionado certificado, sea desfavorable o no la inspección técnica”. (FJ 4)

Tampoco observó merma del principio de igualdad “por el hecho de que pueda existir diferente tratamiento entre los españoles por el hecho de someterse a diferente normativa sobre la materia [...] pues además de que igualdad no implica ‘uniformidad’ en todo el territorio nacional”. (FJ 6)

El único aspecto en que el magistrado coincidió con el parecer del Tribunal fue en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora previsto en el artículo 32, que, según el magistrado, exigía “una habilitación legal previa que en el presente caso no existe”. En consecuencia, el magistrado entendía que el recurso debiera haberse estimado parcialmente, sólo para anular éste precepto.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el contenido esencial del derecho de propiedad, ver las siguientes sentencias: STC de 8 de abril de 1981 (Aranzadi 1981/11), y STC 37/1987, de 26 de marzo (Aranzadi 1987/37).

Sobre esta sentencia, ver el siguiente artículo: SARMIENTO, Daniel y MORAL, Leonor, “Ordenanzas locales, reserva de ley y reservas democráticas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2003”, en Cuadernos de Derecho Local, núm. 3.

## Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Competencia estatal y municipal en materia de telecomunicaciones. Principio de legalidad. Principio de irretroactividad

### SUPUESTO DE HECHO

Una compañía de telefonía móvil interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza reguladora de las condiciones urbanísticas de localización de instalaciones de telefonía móvil y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública, del Ayuntamiento de Torrelavega, interesando la nulidad de determinados preceptos.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria desestimó el recurso.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Las alegaciones formuladas por el recurrente podían agruparse en las siguientes causas: "a) la invasión de competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones; b) el establecimiento en la ordenanza de criterios y condiciones que exceden de la competencia urbanística de los entes Municipales; c) El establecimiento del régimen sancionador en la ordenanza se encuentra carente de cobertura legal; d) la vulneración del principio de irretroactividad por parte de la ordenanza, al afectar sus disposiciones a instalaciones ya existentes."

### Alegaciones relativas a la invasión de competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones y el establecimiento en la ordenanza de criterios y condiciones que exceden de la competencia urbanística de los entes municipales

El recurrente alegaba que el artículo 4.2 vulneraba el derecho a la ocupación del dominio público de los operadores de telecomunicaciones por establecer "la potestad de autorizar la localización de las instalaciones a favor del Ayuntamiento y sin matización alguna, como restricción absoluta de su derecho de ocupación y de manera desproporcionada". En respuesta a dicha alegación, el Tribunal recordó la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la distribución de competencias en materia de telecomunicaciones. Como declaró en una ocasión (STS de 24 de enero de 2000):

"a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del demanio municipal que exija el tendido de redes, cables o, como dice la sentencia de instancia, instalaciones o canalizaciones." (FJ 4)

Por su parte:

"b) La competencia municipal se orienta a la preservación de intereses municipales y la normativa de régimen local especialmente concernida es la relativa a bienes y servicios municipales planeamiento urbanístico, Por consiguiente, los ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la nuevas redes de telecomunicaciones, Y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos [...]" (FJ 4)

En cuanto a los límites de la competencia municipal en la materia, el Tribunal Supremo había declarado lo siguiente:

"El ejercicio de dicha competencia municipal [...] no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad [...]" (FJ 4)

Al respecto, el Tribunal declaró que:

"[...] el sistema constitucional de determinación de competencias del Estado y de las comunidades autónomas no impide

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa.

Recurso contencioso-administrativo núm. 485/2002

**FECHA:** 14 de marzo de 2003

**PONENTE:** Ilma. Sra. María Josefa Artaza Bilbao

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Torrelavega

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículos 4.2; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 1 y 2; 15, párrafo 2, 11.2; 17, apartados c2, c5, c8; 20, apartados 3 y 4 y 20 a 24 de la Ordenanza reguladora de las condiciones urbanísticas de localización de instalaciones de telefonía móvil y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública, del Ayuntamiento de Torrelavega

**DOCTRINA:** Competencia estatal y municipal en materia de telecomunicaciones. Principio de legalidad. Principio de irretroactividad (FJ 4, 6, 7, 9, 11 y 13)

que la ley reconozca competencias a los entes locales para la protección de sus intereses en salvaguarda de la autonomía municipal. Y ello es así, en la materia de telecomunicaciones, no sólo cuando con las instalaciones se utilice el dominio público [...] sino también cuando dichas instalaciones puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Administración municipal esta obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente [...]" (FJ 4)

"[...] existe una relación directa entre las instalaciones expresadas y las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana a las que puede y debe atender la regulación municipal, y el punto de conexión entre unas y otras pueden ser tanto los instrumentos de planeamiento urbanístico, como las ordenanzas o reglamentos relativos a dichas instalaciones [...]" (FJ 4)

Así, acerca de la posible vulneración por el artículo 4.2 del principio de proporcionalidad, el Tribunal concluyó que:

"[...] no se vulnera el principio de proporcionalidad ni las competencias estatales en materia de telecomunicaciones, pues, responde a las exigencias de las potestades de programación y planificación urbanística como inherente a los intereses que debe proteger el Ayuntamiento determinando el modelo territorial del municipio y, establece la necesidad de autorización de las localizaciones de las instalaciones de telecomunicaciones por parte del Ayuntamiento y ello sin perjuicio de las otras competencias estatales y autonómicas concurrentes." (FJ 4)

En otro orden de cosas, el recurrente consideraba que el artículo 6 de la ordenanza contenía criterios que establecían conceptos jurídicos indeterminados "que permiten introducir un elemento de discrecionalidad subjetivo".

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"No pueden aceptarse estas imputaciones pues, precisamente, no debe olvidarse que las licencias urbanísticas tienen carácter reglado y por tanto la compatibilidad o no con el entorno

deberá determinarse no de forma subjetiva por el funcionario o autoridad actuante, sino conforme al planeamiento y ordenanzas concretas aplicables en el sector [...]. De todo ello debe concluirse la plena legalidad de la regulación a través de ordenanza municipal del impacto visual [...]. (FJ 5)

El recurrente alegaba asimismo que la regulación por el artículo 6 del uso compartido de instalaciones suponía una asunción de competencias exclusivas del Estado (artículo 149.1.21 de la CE). Al respecto, el Tribunal, reiterando lo declarado en otra ocasión, admitió que “[...] la obligación de compartir infraestructuras únicamente puede ser impuesta por la Administración competente en la materia, en concreto por la Administración del Estado mediante orden ministerial, aunque las mismas se instalen sobre zonas de dominio público local”. (FJ 6)

Sin embargo, según el Tribunal, el mencionado precepto “[...] no impone la obligación de compartir instalaciones, ni atribuye al Ayuntamiento de Torrelavega funciones de arbitraje en caso de desacuerdo de las operadoras para el uso compartido de las instalaciones [...]”. (FJ 7)

Asimismo, el recurrente alegaba que la obligatoriedad de presentación de un plan de implantación de las instalaciones y el condicionamiento de las licencias a su presentación eran “ilegales por contener exigencias desproporcionadas en cuanto a la actividad e instalación de telefonía móvil, [...] suponiendo medidas antieconómicas y de difícil asunción por las operadoras”.

Al respecto, el Tribunal citó lo indicado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre de 2000 (Aranzadi 2002/1196), en relación con el alcance de las competencias municipales en materia de telecomunicación y la armonización de las mismas con las competencias del Estado, en la que éste declaró que:

“Con independencia del cuál sea el contenido del plan técnico previsto en la ordenanza que se impugne, es importante destacar que, sin una habilitación específica y al amparo de la legislación de bases de régimen local, interpretada de acuerdo con los intereses que deben proteger los municipios, el Tribunal Supremo entiende no desproporcionada la exigencia de una planificación que examine, coordine e incluso apruebe el Ayuntamiento.” (FJ 9)

En cuanto a la posibilidad de que el Ayuntamiento ordene la realización de inspecciones de las instalaciones, el recurrente también apreciaba la existencia de una invasión de las competencias exclusivas atribuidas al Estado. El Tribunal también desestimó dicho motivo, alegando que:

“[...] con independencia de la existencia de las facultades del Estado, debe entenderse existe cobertura legal y constitucional respecto a la competencia del ente municipal en orden a inspeccionar las instalaciones y proteger la tutela de los intereses locales en materia de seguridad en locales públicos, protección civil, de medio ambiente, patrimonio histórico-artístico y salubridad [...]”. (FJ 11)

#### **Alegaciones relativas a la falta de cobertura legal del régimen sancionador de la ordenanza**

El recurrente también alegaba que el régimen sancionador previsto por la ordenanza carecía de cobertura legal. Al respecto, el Tribunal recordó lo declarado en otra ocasión por el Tribunal Supremo, que se había manifestado en los siguientes términos:

“La autonomía municipal, queda garantizada por la propia CE (artículo 140). La autonomía municipal es proclamada y garantizada constitucionalmente, en función de los fines que vienen atribuidos a los órganos administrativos del municipio por la ley ordinaria; para que aquellos fines puedan satisfacerse, la CE otorga a los municipios personalidad jurídica plena. La capacidad de que gozan los entes locales, por imperio de los artículos

137 y 140 de la CE, no queda concretada a competencias reflejadas en la CE, sino que esta permite que el legislador ordinario precise el *quantum* de autonomía local. Por ello, el concepto “autonomía local” es un concepto indeterminado, susceptible de ser precisado cuando los actos o las disposiciones municipales se someten al control de los tribunales

Tras ello, el Tribunal Supremo había aclarado que “los municipios sólo pueden perseguir los fines taxativamente señalados en la ley”.

Acogiéndose a ello, el Tribunal Supremo había considerado que no se había producido una vulneración del principio de legalidad, por cuanto “[...] el precepto reglamentario [...] no viene sino a desarrollar los preceptos de la ley [...] al proteger análogo bien jurídico que aquélla, encontrando además su acomodo en la potestad reglamentaria municipal, desarrollada a través de las correspondientes ordenanzas, en la conceptualización que de las mismas ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1992 (Aranzadi 1992, 5378) [...]”. (FJ 12)

#### **Alegaciones relativas a la vulneración del principio de irretroactividad por parte de la ordenanza, al afectar sus disposiciones a instalaciones ya existentes**

Finalmente, el recurrente alegaba que el establecimiento del plazo de tres meses para presentar el plan de implantación y el de tres meses más para la solicitud de la licencia individualizada vulneraba el artículo 9.3 de la CE, que proscribía la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos.

Al respecto, el Tribunal citó una sentencia del Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia hace distinción entre dos tipos de retroactividades. Así, según declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre de 2002:

“[...] ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo –cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no–, una retroactividad de grado medio –cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados– y una retroactividad de grado mínimo –cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior–.

“Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas.” (FJ 13)

En ese caso, el Tribunal Supremo había llegado a la conclusión de que se trataba de una irretroactividad de grado mínimo (“aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con posterioridad a su entrada en vigor”). Por tanto, siguiendo con la mencionada jurisprudencia, procedía desestimar el mencionado motivo de impugnación.

Por lo expuesto, el Tribunal acordó desestimar el recurso.

#### **JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA**

En este mismo número, sobre la impugnación de una compañía telefónica de una ordenanza relativa a las instalaciones de radiocomunicación, ver la siguiente sentencia: STSJ de Andalucía, de 18 de marzo de 2003.

Sobre la atribución de competencias al Estado y los municipios en materia de telecomunicaciones, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de enero de 2000 (Aranzadi 2000/331), y STS de 18 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/8744).

Sobre el uso compartido de instalaciones, ver la siguiente sentencia: STS de 20 de septiembre de 2002 (Aranzadi 2002/1196).

Sobre los “planes de implantación”, ver las siguientes sentencias: STS de 20 de septiembre de 2002 (Aranzadi 2002/1196); STS de 18 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/8744), y STS de 24 de enero de 2000, Recurso 114/1994 (Aranzadi 2000/331).

Sobre la posibilidad de que el régimen sancionador previsto por una ordenanza vulnere el principio de legalidad, ver la siguiente sentencia: STS de 15 de junio de 1992.

Excluyendo la retroactividad de carácter mínimo de la retroactividad en sentido propio, ver las siguientes sentencias: STC 42/1986 (Aranzadi 1986/42); STC 99/1987 (Aranzadi 1987/99); STC 227/1988 (Aranzadi 1988/227); STC 210/1990 (Aranzadi 1990/210); STC 182/1997 (Aranzadi 1997, 18); STS de 18 de marzo de 1995 (Aranzadi 1995/2500), y STS de 15 de abril de 1997 y de 17 de mayo de 1999 (Aranzadi 1999/3988), entre otras.

## Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Competencia de los entes locales en materia de instalaciones de radiocomunicación

### SUPUESTO DE HECHO

Una compañía de telefonía móvil interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Santiponce sobre la instalación y el funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación, interesando la nulidad de determinados preceptos.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria estimó parcialmente el recurso.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba la existencia de ciertos vicios formales. Uno de ellos era la elaboración de forma unilateral de la ordenanza sobre una materia de competencia exclusiva del Estado sin previa consulta a la Administración estatal. Tras señalar que no se trataba de un defecto formal sino de una cuestión que afectaba al fondo, el Tribunal estimó conveniente referirse a la atribución de competencias en dicha materia, advirtiendo de antemano que:

“[...] con carácter general ha de convenirse que las corporaciones locales sí son competentes para regular la materia que nos ocupa, como se ha dicho otras veces, no discutiéndose las competencias municipales en materias tales como urbanismo medio ambiente y protección de la salubridad pública, el problema, pues, es un problema de límites.” (FJ 3)

Así, en relación con las competencias de los municipios, éste declaró lo siguiente:

“Resulta, pues, incuestionable la potestad reglamentaria de las corporaciones locales; cuyo contenido material viene delimitado por los intereses propios del municipio cuya salvaguarda tiene legalmente atribuida. A nuestro entender, es una obviedad que no necesita especial justificación, toda instalación o el establecimiento de cualquier infraestructura, con mayor o menor intensidad, conlleva un impacto en la ciudad, que en múltiples perspectivas atañe e incide en intereses netamente municipales; por lo que resulta acorde con el orden delimitado que el municipio sea quien controle y regule el uso de su propio suelo o subsuelo y vele por los intereses municipales que se vean comprometidos.” (FJ 3)

Más adelante, éste declaraba que:

“[...] los ayuntamientos, titulares del dominio público solicitados no pueden denegar la autorización pertinente para la utilización que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador por su término municipal utilizando el suelo o el subsuelo de sus calles, ahora bien, una cosa es esta obligación y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquélla. [...] En suma, no es posible negar a los ayuntamientos competencia para regular las incidencias derivadas de las obras y actuaciones de las distintas compañías en sus respectivas instalaciones y que pueden representar, incluso, importantes costes para los proyectos municipales.” (FJ 5)

Sentado lo anterior, el Tribunal señaló la diferencia entre planeamiento y ordenanzas. Éstos “tienen una naturaleza jurídica diferente, [...] son producto de dos potestades distintas, la plani-

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 242/2002  
**FECHA:** 18 de marzo de 2003

**PONENTE:** Excmo. Sr. José Antonio Montero Fernández

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Santiponce

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículos 2 a 4, 6, 7, 10 in fine y 47 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Santiponce sobre la instalación y el funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación

**DOCTRINA:** Competencia de los entes locales en materia de instalaciones de radiocomunicación (FJ 3, 5, 6, 9 y 10)

ficadora y la reglamentaria y por ende su naturaleza es la de plan y la de reglamento”.

Acerca de los planes urbanísticos, el Tribunal indicó que “[...] proyectan sobre el territorio una ordenación concreta del derecho de uso y edificación establece el diseño de la ciudad y por tanto, es el instrumento adecuado para determinar por donde han de discurrir las infraestructuras y su emplazamiento, y fijar compatibilidades e incompatibilidades de uso, así como prohibiciones o restricciones”. (FJ 5)

Por el contrario, las ordenanzas “son verdaderas reglamentaciones generales que no están ligadas a los planes, cuyo objetivo es regular, los aspectos morfológicos incluidos los estéticos, y cuantas otras condiciones, no definitorias directamente de la edificabilidad y el destino del suelo, sean exigibles para la autorización de los actos de construcción, edificación y usos susceptibles de realización en los inmuebles.” (FJ 5)

De suerte que:

“La función ordenadora de la infraestructura de las telecomunicaciones le viene, pues reservada a los planes, lo que ha de conllevar por la estructuración natural de las competencias y los ámbitos de actuación, que las ordenanzas municipales se limiten a la misión de complementar y completar, en su caso, el planeamiento de ordenación, incidiendo en los aspectos técnicos de la edificación y urbanización pero con respeto y ajustándose a las normas sectoriales reguladoras de los servicios públicos o de interés público.”

[...]

“Por tanto, a través del planeamiento se va a prever y decidir la localización o ubicación de los terrenos destinados a sistemas generales o dotacionales o redes públicas en los distintos tipos o clase de suelos, y sus elementos integrantes y descripción de sus características y trazado; junto a esta actividad estructurante, puede coexistir, también, una ordenación más detallada y concreta de los sistemas generales mediante el



establecimiento de criterios y estándares, entre ellos el de definir la capacidad de la infraestructura, tan importante en un mercado como el de telecomunicaciones liberalizado y en el que se establece como principio a seguir, con limitaciones, la facultad de construir las propias redes. También corresponde al planeamiento la zonificación, esto es la implantación de infraestructura o redes locales en cada zona o sector, con previsiones de usos e intensidades de ocupación.” (FJ 5)

Finalmente, en cuanto al alcance de las materias reservadas a las ordenanzas, éste declaró que “En definitiva, las ordenanzas, y desde luego la que nos ocupa, no pueden establecer determinaciones de ordenación urbanística”. Añadiendo que “Tampoco puede el Ayuntamiento utilizar las ordenanzas que nos ocupa para introducir normas de protección ambiental que no le corresponde, en tanto que los ayuntamientos no están investidos de la potestad para dictar normas adicionales de protección respecto de las estatuidas por el Estado”. (FJ 5)

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar los artículos cuestionados expresamente por la parte actora.

El artículo 2 de la ordenanza establecía el deber de los operadores de presentar un programa técnico de desarrollo. El contenido de dicho programa técnico estaba contenido en el artículo 10. Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] las instalaciones van a formar parte de una red, que se entiende y se concibe en su conjunto, no aisladamente por cada elemento que la compone.” (FJ 6)

“[...] en definitiva, para el ejercicio del control público que legalmente tiene atribuido, necesite conocer de forma acabada el conjunto de la red y las funciones y lugar que ocupa en la instalación que se va a ubicar en el término municipal, lo cual sólo es posible conseguir teniendo la información que se pretende obtener a través del programa técnico cuestionado. El contenido exigido en el artículo 10 de la ordenanza se incardina teleológicamente para el análisis y, en su caso, autorización a los solos efectos de la licencia de actividad y de obras de ser necesarias en directa exigencia de una información que resulta necesaria y adecuada para que el Ayuntamiento pueda desarrollar las competencias, en concreto urbanísticas y medio ambientales, que legalmente se le encomienda. Sin perjuicio de la nulidad de la exigencia que se acompañe una póliza de seguro de responsabilidad ilimitada.” (FJ 6)

En cuanto a la obligación, establecida por el artículo 3 y desarrollada por el artículo 10 *in fine*, de presentar un seguro de responsabilidad civil que cubra de manera ilimitada posibles afectaciones a los bienes o a las personas, el Tribunal declaró que:

“Ningún título competencial avala el establecimiento de las condiciones vistas para la concesión de la licencia, ni las exigencias de las referidas garantías poseen contenido urbanístico o medioambiental [...]. Son, pues, determinaciones que inciden directamente en la regulación sectorial de las telecomunicaciones en cuanto que afecta a requisitos exigidos a las operadoras para la instalación de redes y su utilización, incidiendo directamente en la competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones, aparte de afectar al sistema general del régimen de responsabilidad propio del Derecho civil, o en el mejor de los casos como medida adicional medioambiental cuya competencia también es estatal o, en su caso autonómica. Razones que nos han de llevar a declarar la nulidad de los artículos 3 y 10 *in fine* en los términos vistos.” (FJ 9)

En el caso del artículo 6, que establece una limitación de potencia en las zonas de uso continuado por la ciudadanía en general, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Las corporaciones municipales por tanto, no tienen, competencia para regular una materia afectante directa y sustancialmente al sector de las telecomunicaciones y medioambientales. Ciertamente posee competencias sobre protección de la salud

pública, en los términos antes transcritos del artículo 42 de la Ley 14/1986, mas las mismas se desenvuelven en el control sanitario de las expresadas instalaciones, no, como sucede con la determinación referida, mediante la regulación de concretas características técnicas de las instalaciones.” (FJ 9)

Por ello, el Tribunal consideró que también había que declarar la nulidad del artículo 6.

En relación con el deber de respetar unas distancias mínimas entre instalaciones, establecido en el artículo 7, el Tribunal declaró que:

“La previsión vista posee un evidente contenido ordenador, al prohibir mediante el mecanismo introducido de la no autorización de las instalaciones, de la infraestructura material, imposibilitando su instalación en todo el suelo urbano y urbanizable y en el no urbanizable en la superficie definida.” (FJ 10)

“Por tanto, una previsión como la que nos ocupa, en la que se contiene una determinación de ordenación del territorio, sólo puede encontrar su instrumento idóneo de ordenación en los establecidos expresamente para dicha finalidad, esto es en los instrumentos de ordenación, en los planes de distintos ámbitos que se prevean, no siendo, pues, una ordenanza reguladora de la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación la disposición adecuada a efecto de realizar dicha ordenación”. (FJ 10)

Finalmente, acerca de la obligación establecida por la norma de compartir un mismo emplazamiento por parte de diferentes operadoras que establecía el artículo 47, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] la regulación contenida en el indicado artículo 47 y la que se hace en la ordenanza, se mueven en planos diferentes, afectan a materias distintas, y por ende pudiéndole corresponder la facultad de autorizar la compartición al Estado en el ámbito competencial que le es propio y exclusivo, sector de las telecomunicaciones, ello no es incompatible para que se ejerzan por el municipio las competencias que le son propias dentro del ámbito distinto como el urbanístico y medioambiental. Así las facultades otorgadas en el artículo 47 de la LGTel al órgano competente de las telecomunicaciones, se incardinan en la esfera propia de las telecomunicaciones, a la luz del artículo 11 de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997, la compartición o coubicación de instalaciones, artículo 48 del Real decreto 1736/1998, de 31 de julio, y no sólo de los bienes de titularidad pública o privada, aparte de ser un derecho reconocido a cualquier operador, puede venir impuesto por motivos de exigencias esenciales, entre las que se encuentra como se ha indicado la ordenación urbana y rural, intereses públicos de utilización racional del territorio que deben imponerse a los privados de los operadores, en cuyo caso el ente competente para imponerlas no es otro que aquel que tiene atribuidas las competencias de urbanismo, en función de sus preferencias.” (FJ 12)

Por ello, el Tribunal entendió que no procedía declarar la nulidad del mencionado precepto.

En consecuencia, el Tribunal estimó parcialmente el recurso, ordenando la anulación de los artículos 3, 6, 7 y último párrafo del artículo 10 respecto de la exigencia de póliza de seguro de responsabilidad civil ilimitada.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la impugnación de una compañía telefónica de una ordenanza relativa a las instalaciones de telefonía móvil y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública, ver la siguiente sentencia: STSJ de Cantabria, de 14 de marzo de 2003.

Sobre la competencia municipal en la materia, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de enero de 2000 (Aranzadi 2000/658), y STS de 18 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/8744).

## Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Competencia de los entes locales en materia de instalaciones de telecomunicación

### SUPUESTO DE HECHO

Una compañía de telefonía móvil interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la ordenanza del Ayuntamiento de Santiponce sobre la instalación y el funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación, interesando la nulidad de determinados preceptos.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria estimó parcialmente el recurso.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal centró su análisis en la atribución de competencias en la materia, prestando especial atención a la colisión competencial entre la competencia exclusiva estatal sobre las comunicaciones y las competencias de las corporaciones locales, que pueden entrar en conflicto cuando éstas ejercen sus competencias en materia de urbanismo y medio ambiente, como es el caso de la instalación de estaciones de telefonía móvil dentro de un término municipal.

### Telecomunicaciones y urbanismo

En cuanto a la compatibilidad de la competencia estatal en materia de telecomunicaciones con el ejercicio de la competencia municipal en materia de urbanismo, el Tribunal hizo una primera aclaración, resaltando la necesidad de distinguir entre “el servicio de telecomunicaciones, en sí mismo considerado, y otro es el demanial, afectado por la canalización de la red soporte del servicio por cable, en la medida en que la prestación de dicho servicio requiera un indispensable componente de infraestructura que utilice pertenencias del dominio público, singularmente municipal”. (FJ 2)

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“[...] la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) llevaba y lleva aparejada el derecho de ocupación del dominio público en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 de la LOT y 43 y ss. de la LGT). Por consiguiente, los ayuntamientos, titulares del dominio público solicitado no pueden denegar la autorización pertinente para la utilización que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador por su término municipal utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ahora bien, una cosa es esta obligación y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquélla”. (FJ 2)

“Por el contrario, la regulación adecuada de la utilización del dominio público por parte de las empresas de servicios es una cuestión esencial dada la saturación y el desorden que puede producirse en las instalaciones [...]. En suma, no es posible negar a los ayuntamientos competencia para regular las incidencias derivadas de las obras y actuaciones de las distintas compañías en sus respectivas instalaciones y que pueden representar, incluso, importantes costes para los proyectos municipales.” (FJ 2)

Legado a este punto, y reiterando lo ya declarado en otra ocasión por el Tribunal Supremo, el Tribunal declaró lo siguiente:

“a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del demanio municipal que exija el tendido de redes, cables o [...] instalaciones o canalizaciones.

“b) La competencia municipal se orienta a la preservación de intereses municipales y la normativa de régimen local especialmente concernida es la relativa a bienes y servicios municipales

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1741/2001

**FECHA:** 16 de abril de 2003

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Joaquín Moreno Grau

**DEMANDANTE:** Compañía de telefonía móvil

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Totana

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 25.f) de la Ley de bases del régimen local (LBRL); artículo 17 de la Ley de ordenación de las telecomunicaciones (LOT), y artículos 43 y siguientes de la Ley general de telecomunicaciones; Ordenanza reguladora sobre instalación de antenas de telecomunicaciones, aprobada por el Ayuntamiento de Totana

**DOCTRINA:** Competencia de los entes locales en materia de instalaciones de telecomunicación (FJ 2)

y planeamiento urbanístico. Por consiguiente, los ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública.

“c) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los ayuntamientos no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.” (FJ 2)

Asimismo, el Tribunal declaró que:

“La colisión de competencias justifica que la normativa municipal se realice teniendo en cuenta los diferentes intereses en presencia y, especialmente, el interés público representado en el ejercicio de las competencias estatales sobre las telecomunicaciones. Sobre esta base resulta inconcebible que se realice una regulación urbanística afectante a la red de telecomunicaciones por ondas sin intervención de la Administración del Estado.” (FJ 2)

### Telecomunicaciones y medio ambiente

Sobre esta cuestión, el Tribunal declaró lo que sigue:

“[...] parece fuera de toda duda que los ayuntamientos, a través de los instrumentos de planeamiento, pueden establecer condicionamientos paisajísticos o estéticos que pueden calificarse de medioambientales. El problema se plantea con relación a las medidas medioambientales que inciden en el establecimiento de niveles de emisión o de distancias de seguridad por los ayuntamientos.” (FJ 2)

“Al contemplar la realidad de la normativa municipal reguladora del establecimiento de estaciones base de telefonía móvil se aprecia cómo los ayuntamientos están introduciendo normas

de protección ambiental, bien imponiendo niveles máximos de emisión radioeléctrica, bien fijando distancias mínimas de situación de las estaciones.” (FJ 2)

“La pregunta que cabe formularse es si están los ayuntamientos habilitados para dictar estas normas adicionales de protección.” (FJ 2)

Sobre dicha cuestión, el Tribunal declaró que:

“[...] debe entenderse que los ayuntamientos no están investidos de la potestad para dictar normas adicionales de protección. El artículo 25.f) de la LBRL les otorga competencia en materia de medio ambiente en los términos de la legislación del Estado o de las comunidades autónomas. Por consiguiente, salvo que exista una habilitación legal expresa que les confiera la posibilidad de establecer normas más rigurosas en el ámbito del municipio, su actuación deberá limitarse, como veremos, a comprobar el respeto de los niveles de emisión radioeléctrica y distancias fijadas en la normativa estatal o, en su caso, autonómica.” (FJ 2)

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la impugnación de una compañía telefónica de una ordenanza relativa a las instalaciones de tele-

fonía móvil y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública, ver la siguiente sentencia: STSJ de Cantabria, de 14 de marzo de 2003.

Sobre la atribución del Estado y las entidades locales en la materia, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de enero de 2000 (Aranzadi 2000/331), y STS de 18 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/8744).

Sobre la relación de los instrumentos de planeamiento urbanístico como instrumento a través del cual se materializa el ejercicio de las competencias, ver las siguientes sentencias: STS de 26 de febrero de 1982 (Aranzadi 1982/1642); STS de 7 de mayo de 1985 (Aranzadi 1985/5679); STS de 13 de noviembre de 1986 (Aranzadi 1986/6651); STS de 15 de octubre de 1988 (Aranzadi 1988/8035); STS de 23 de noviembre de 1993 (Aranzadi 1993/8518); STS de 22 de abril de 1996 (Aranzadi 1996/4574); STS de 24 de octubre de 1996 (Aranzadi 1996/7465); STS de 27 de noviembre de 1996 (Aranzadi 1996/8295); STS de 17 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1996/9523), y STS de 2 de noviembre de 1999 (Aranzadi 1999/8776), entre otras.

### Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Solicitud de entrada a un local para proceder a la extracción de bienes muebles embargados y adjudicados en venta por gestión directa

#### SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Bilbao denegó la autorización de entrada en un local para extraer del mismo los bienes muebles embargados y adjudicados en venta por gestión directa, ante la negativa del propietario del local.

El auto apelado había denegado la entrada por considerar que el acto administrativo que se intentaba ejecutar carecía de la apariencia de legalidad necesaria, por cuanto, tras el correspondiente juicio de desahucio, en la diligencia de lanzamiento los bienes que se hallaban en el inmueble fueron tenidos por abandonados y adquirida su propiedad.

Contra dicho acto, la Tesorería General de la Seguridad Social interpuso un recurso de apelación, siendo éste estimado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Tesorería General de la Seguridad Social alegaba que “la legalidad intrínseca del acto que se trata de ejecutar, consistente en la venta por gestión directa de la maquinaria que se halla depositada en el inmueble, está fuera de toda duda y la ejecutividad del acto también, y que es irrelevante el abandono de los bienes embargados por el deudor en el procedimiento de desahucio, ya que la valoración de dicha cuestión excede del presente procedimiento, y que el propietario del inmueble que se opuso a la entrada alegando que adquirió los bienes tras ser abandonados debió plantear una tercería de dominio ante la Dirección Provincial de la TGSS si lo que pretendía es la propiedad de dichos bienes”. (FJ 1)

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] al juez de lo contencioso-administrativo le corresponde valorar ‘la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo [...], verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él por el artículo 87.2 de la LOPJ y, por último, garantizar que la irrupción en estos lugares se produzca sin más limitaciones a los derechos fundamentales que aquellas que sean estrictamente necesarias.’” (FJ 3)

Así, estudiando la sentencia apelada, el Tribunal observó lo siguiente:

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 361/2002

**RESOLUCIÓN:** 195/2003

**FECHA:** 4 de marzo de 2003

**PONENTE:** Ilmo. Sr. José Antonio Alberdi Larizgoitia

**APELANTE:** Tesorería General de la Seguridad Social

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 87.2 de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ)

**DOCTRINA:** Solicitud de entrada a un local para proceder a la extracción de bienes muebles embargados y adjudicados en venta por gestión directa (FJ 1, 3 y 4)

“[...] la sentencia apelada parte de la aparente legalidad del acto que la TGSS trata de ejecutar y, en el marco de las funciones de control anteriormente descritas, sólo encuentra frente a su ejecutividad la circunstancia obstativa de la eventual propiedad de los bienes por parte del dueño del local en el que se hallaban depositados, como consecuencia de su abandono por el deudor, a la sazón depositario de ellos (artículo 128.2 del RGRSS –Real decreto 1637/1995, de 6 de octubre), por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social.” (FJ 3)

Sin embargo, según el Tribunal, en un supuesto como el controvertido, “La respuesta que el ordenamiento jurídico da a dicha controversia no es precisamente la de enervar la ejecutividad del acto, sino, como postula la TGSS en su recurso, la posibilidad que asiste al dueño del local que pretende la propiedad de los bienes de plantear una tercería de dominio ante la propia TGSS y frente a su denegatoria ante el orden civil de la jurisdicción (artículo 173 y siguientes del RGRSS)”. (FJ 4)

Por ello, el Tribunal consideró que procedía estimar el recurso de apelación, revocando y dejando sin efecto la sentencia dictada y autorizando a la Tesorería General de la Seguridad Social a la entrada solicitada.

**JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA**

Sobre el deber del juez de lo contencioso-administrativo de valorar la correcta y debida individualización del sujeto que ha

de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo, ver las siguientes sentencias: STC 137/85 (Aranzadi 1985/137), y STC 160/91 (Aranzadi 1991/160).

## Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Convenios urbanísticos y modificación de planes generales de ordenación urbana

**SUPUESTO DE HECHO**

El Ayuntamiento de Avilés aprobó un proyecto de urbanización y accesos a cierta finca, presentado por un centro comercial. Contra dicho acuerdo, una asociación de vecinos interpuso recurso contencioso administrativo, por considerarlo ilegal. El Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA**

El recurrente alegaba la nulidad del acto impugnado, aduciendo la nulidad del convenio urbanístico y la modificación puntual posterior del Plan general de ordenación urbana de Avilés (PGOU), y ello porque el Convenio tenía por objeto una modificación del PGOU de Avilés, que es potestad administrativa sujeta a interés público.

El Tribunal rechazó dicho motivo de alegación. Al respecto, citó la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los convenios urbanísticos, indicando al respecto lo siguiente:

“[...] los convenios son instrumentos facilitadores de la actuación urbanística que sirven para eliminar los puntos de fricción entre Administración y administrados *ab initio*, no siendo meros actos de trámite, sino que se dirigen a preparar y poner en marcha una actuación urbanística posterior, constituyendo una realidad o un acto sustantivo e independiente del procedimiento de modificación o revisión del plan, de modo que el convenio previo y la modificación posterior del plan aparecen como realidades autónomas e independientes [...]” (FJ 2)

Asimismo, el Tribunal señaló que:

“[...] dichos convenios son verdaderos contratos o convenciones que producen para ambas partes contratantes los efectos previstos en el artículo 1257 del Código civil; si bien se matiza que el interés público que justifique la potestad del planeamiento no puede encontrar límites en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados, aunque en caso de incumplimiento del convenio por parte de la Administración, por dicha limitación, daría lugar a un derecho de indemnización a favor de dicho incumplimiento contractual por parte de la Administración.” (FJ 2)

En cuanto a la vigencia de los mismos, el tribunal declaró que: “[...] los convenios adquieren vigencia, o mejor, producen efectos urbanísticos, cuando se incorporan al plan y, una vez incorporados corren la misma suerte que el plan, de modo que serán nulos cuando existan determinaciones del planeamiento que lo sean [...]”

Finalmente, el Tribunal destacó la distinción hecha por la jurisprudencia de varios tipos de convenio, declarando que:

“[...] hay que diferenciar entre convenio de gestión urbanística y los convenios de planeamiento, pues mientras los primeros se concluyen para la gestión o ejecución del planeamiento ya aprobado, los segundos, como el que ahora se enjuicia, constituyen una manifestación de una actuación convencional frecuente en las administraciones públicas que tiene por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor, pero constituyendo el convenio, como se ha dicho, una realidad o acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del plan de que se trate, de modo que el convenio no queda afectado en su validez por las vicisitudes de la modificación que es una actuación posterior.” (FJ 2)

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa.

Recurso contencioso-administrativo núm. 1446/1998

**RESOLUCIÓN:** 452/2003

**FECHA:** 29 de mayo de 2003

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Francisco Salto Villén

**DEMANDANTE:** Asociación de vecinos

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Avilés

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 47 de la CE; artículo 146.2 de la Ley de haciendas locales (LHL), y artículo 10 del Real decreto 500/1990, de 20 de abril

**DOCTRINA:** Convenios urbanísticos y modificación de planes generales de ordenación urbana (FJ 2, 3, 4, 5 y 6)

De lo expuesto, el Tribunal concluía que se podía deducir fácilmente la validez de los convenios cuyo objeto fuera una modificación del PGOU y, por tanto, la validez del acto impugnado.

El recurrente también alegaba que el convenio debía considerarse nulo por no adecuarse al interés público, y por falta de motivación.

Al respecto, el Tribunal negó la existencia de cualquier prueba de que el convenio y la posterior modificación del PGOU hubieran sido contrarios al interés urbanístico y, por el contrario, sí constaba un interés general para llegar a celebrarlo, por lo que entendía que también debía caer esa alegación. El interés público aludido por el Tribunal radicaba en “[...] la creación de puestos de trabajo para trabajadores desempleados del municipio, y el compromiso de impartir cursos de formación para los mismos”. (FJ 3)

Según el Tribunal, también llevaba a dicha conclusión el hecho de que “la modificación ulterior del Plan general de ordenación urbana ha cumplido con los principios de racionalidad y audiencia de todos los interesados, a los que se refiere la parte recurrente, pues como ya se ha dejado sentado, el convenio desde el punto de vista urbanístico adquiere efectividad y vigencia (urbanística se entiende) cuando lo previsto en dicho convenio se incorpora al plan”. (FJ 3)

Al respecto, éste señaló finalmente que:

“[...] frente a esta alegación ha de traer a colación la doctrina jurisprudencial según la cual la potestad de planeamiento, tiene naturaleza innovativa incluso superior a la meramente discrecional, de la que debe presumirse su legalidad, salvo desviación de poder, notorio error de hecho, incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que es presupuesto inexorable; y en el caso de autos no hay demostración de la existencia de ninguno de esos vicios [...]” (FJ 4)

El Tribunal también negó que, como alegaba el recurrente, se pudiera predicar la nulidad del convenio por obligar al Ayuntamiento a dictar actos contrarios a derecho. El recurrente lo veía así porque consideraba que, de un lado, lo único que se pretendía con el convenio era la obtención de fondos, con desviación de poder, y, de otro, porque se vulneraba el artículo 146.2 de la LHL. El Tribunal aportó los siguientes motivos:

“[...] primero, porque es lícita la contrapartida dineraria convenida a favor del Ayuntamiento, por aplicación del principio de constitucional proclamado en el artículo 47 de la Constitución, y recogido en la legislación ordinaria (artículo 3 de la Ley 6/1998, de 13 de abril) que establece la participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos; y en segundo lugar, porque, contrariamente a lo alegado por la parte actora, el artículo 146.2 de la vigente Ley de haciendas locales, desarrollada por el Real decreto 500/1990, de 20 de abril, establecen, el primer precepto, que los recursos se destinarán a satisfacer el conjunto de sus respectivas obligaciones como señala la parte, pero añade: ‘salvo en el caso de ingresos específicos afectados a fines determinados’; y el artículo 10 del citado reglamento, en su apartado segundo, añade, que ‘sólo podrán afectar a fines determinados aquellos recursos que, por su naturaleza o condiciones específicas tengan una relación objetiva y directa con el gasto a financiar, salvo en los supuestos expresamente establecidos en las leyes.’” (FJ 5)

Asimismo, el Tribunal trajo a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual:

“[...] la impugnación indirecta de disposiciones, con ocasión del recurso contra el acto de aplicación, no puede desorbitarse hasta el extremo de abrir sin límites la impugnación de la norma de cobertura, precisando que con excusa del recurso indirecto no se pueden atacar aspectos que no tengan relación directa e inmediata con el acto o, norma, pretendiendo una declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico desligada del acto de aplicación, como ocurre en el caso enjuiciado respecto de esta alegación que nada tiene que ver con la posible ilegalidad del proyecto aprobado de accesos a la finca La Tejera, que es el acto impugnado, razón por lo que desde esta perspectiva no se puede admitir ni la impugnación del Convenio, ni de la modificación del Plan general de ordenación urbana.” (FJ 5)

Finalmente, el recurrente alegaba la nulidad del convenio por calificar el suelo como urbano cuando no concurrían los requisitos previstos legalmente para ello. Al respecto, el Tribunal recordó lo declarado por el Tribunal Supremo a propósito de un

convenio que pretendía la instalación de un centro comercial, en el que se había acordado la posibilidad de solicitar licencia de edificación antes de que los terrenos estuvieran totalmente urbanizados, y, precisamente en el convenio se adquiría el compromiso por parte de la mercantil de verificar todas las obras de urbanización necesarias para que el suelo, finalmente, llegara a tener la condición de solar. Asimismo, el Tribunal recordó que:

“A mayor abundamiento, debe tenerse presente que la instalación de grandes centros comerciales ha sido una de las actuaciones admitidas por el Tribunal Supremo, de las que predica que concurren en ellas un interés general necesario para permitir su instalación en suelo no urbanizable.” (FJ 6)

Por lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los convenios urbanísticos, ver las siguientes sentencias: STS de 15 de febrero de 1994 (Aranzadi 1994/1448); STS de 15 de marzo de 1997 (Aranzadi 1997/1677; STS de 7 de noviembre de 1990; STS de 31 de enero de 2002 (Aranzadi 2002/2225); STS de 19 de febrero de 1992 (Aranzadi 1992/2968); STS de 19 de diciembre de 1993 (Aranzadi 1993/9561), y STS de 31 de enero de 2002.

Negando que un convenio y posterior modificación de un PGOU fueran contrarios a los intereses urbanísticos, ver la siguiente sentencia: STSJ de Asturias de 29 de mayo de 2003.

Atribuyendo naturaleza innovativa a la potestad de planeamiento, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de noviembre de 1981; STS de 11 de julio de 1987 (Aranzadi 1987/8285), y STS de 20 de diciembre de 1990 (Aranzadi 1990/10049).

Admitiendo que en la instalación de grandes centros comerciales concurre un interés general necesario para permitir su instalación en suelo no urbanizable, ver las siguientes sentencias: STS de 13 de julio de 1984 (Aranzadi 1984/4675); STS de 25 de febrero de 1985 (Aranzadi 1985/2642); STS de 9 de diciembre de 1986 (Aranzadi 1987/1023); STS de 9 de julio de 1987; STS de 29 de septiembre de 1987 (Aranzadi 1987/8270), y STS de 9 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1996/9234).

## Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Enajenación mediante concurso público de determinadas parcelas de titularidad municipal destinadas a construcción de viviendas sujetas a régimen de protección pública. Principio de igualdad

### SUPUESTO DE HECHO

El Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid resolvió como revisión de oficio el recurso ordinario interpuesto contra el acuerdo por el que se disponía que se anunciara la enajenación mediante concurso público de determinadas parcelas de titularidad municipal destinadas a construcción de viviendas sujetas a régimen de protección pública.

Contra ello, fue interpuesto recurso contencioso-administrativo. El recurrente solicitaba que se declarara la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de los actos administrativos impugnados y consecuentemente de las adjudicaciones de suelo que en virtud de la valoración atribuida en los pliegos de condiciones técnicas y económico-administrativas impugnados al criterio de la “demanda social estructurada” se hubieran efectuado por el Ayuntamiento de Madrid a favor de las sociedades cooperativas. El recurrente consideraba que quedaban limitadas de forma injustificada las posibilidades de adjudicación para cualquiera persona física o jurídica que concurriera a la licitación bajo una forma distinta a la de cooperativa de viviendas, lo que suponía una vulneración del principio de igualdad (artículo 14), lo que representaría una causa de nulidad [artículo 62.1.a)].

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso.

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 2328/1996

**RESOLUCIÓN:** 364/2003

**FECHA:** 6 de marzo de 2003

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

**DEMANDANTE:** Asociación de promotores inmobiliarios

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Madrid

**CODEMANDADO:** Grupo inmobiliario

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículos 1, 9.3 y 14 de la CE, y artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común

**DOCTRINA:** Enajenación mediante concurso público de determinadas parcelas de titularidad municipal destinadas a construcción de viviendas sujetas a régimen de protección pública. Principio de igualdad (FJ 4)

**FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA**

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó las alegaciones hechas por el recurrente en relación con la denominada “demanda social estructurada”. Al respecto, el Tribunal analizó el contenido y los límites del principio de igualdad, declarando lo siguiente:

“[...] el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (artículo 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (artículo 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la CE, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. La apreciación de en qué medida la ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (artículo 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (artículo 9.1 y 3, relativo a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria.” (FJ 4)

En relación con el principio de igualdad, el Tribunal citó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado que:

“[...] se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando, que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la CE, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. La apreciación de en qué medida la ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador, con el único límite de que no dé lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma, ni, como resulta obvio, contra la esencia misma del propio principio de igualdad, que rechaza toda distinción de trato que por su alcance no sea objetiva ni razonable y que, por tanto, haya de calificarse de discriminatoria; la justificación de la desigualdad debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.” (FJ 4)

A la vista de las anteriores consideraciones, el Tribunal consideró que el acuerdo impugnado no revestía trato discriminatorio para aquellas personas que se presentaran al concurso bajo forma distinta a la cooperativa de viviendas, por lo que desestimó el recurso interpuesto.

**JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA**

Sobre el principio de igualdad, ver las siguientes sentencias: STEDH de 23 de julio de 1968 (JUR 2000, 311044), y STEDH de 27 de octubre de 1975 (JUR 2000/311052).

**E) Jurisdicción civil**

**Tribunal Supremo. Ruidos producidos por una industria. Competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. Responsabilidad extracontractual**

**SUPUESTO DE HECHO**

Varios particulares instaron juicio de menor cuantía contra una entidad de vegetales congelados y el Ayuntamiento de Alzaguas, sobre indemnización por daños y perjuicios. Los actores solicitaban que se condenara solidariamente a los demandados a satisfacerles, en concepto de daños morales, la suma de 100.000 pesetas para cada miembro de la unidad familiar, y se condenara a ambos demandados a indemnizar a los mismos la suma de 17.945.408 pesetas más el interés legal por la pérdida de valor de su domicilio, ofreciendo éstos la entrega de su domicilio a cambio de dicha cantidad.

El juzgado correspondiente estimó la demanda, pronunciándose como sigue:

“A) debo condenar solidariamente a ambos demandados a satisfacer, en concepto de daños morales a los actores, la suma de cien mil pesetas mensuales por cada miembro de la unidad familiar (es decir, cuatrocientas mil pesetas mensuales) desde el mes de diciembre de 1990 y hasta tanto cese la injerencia que constituye el objeto del presente litigio. B) Condenar solidariamente a ambos demandados a indemnizar a los actores en la suma de diecisiete millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientas ocho pesetas, más el interés legal desde la fecha de esta interpelación judicial, por la pérdida del valor de su domicilio, debiendo los actores entregar su domicilio contra

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 2527/1997

**RESOLUCIÓN:** 431/2003

**FECHA:** 29 de abril de 2003

**PONENTE:** Excmo. Sr. José Almagro Nosete

**DEMANDANTE:** Particulares

**DEMANDADOS:** Empresa de congelados y Ayuntamiento de Alzaguas

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 24 de la CE; artículo 7 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; artículo 8.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos; artículo 1124 (sic) del Código civil, y artículos 2.1.c) y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común

**DOCTRINA:** Ruidos producidos por una industria. Competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. Responsabilidad extracontractual (FJ 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 12)